

Yale Law School
Yale Law School Legal Scholarship Repository

SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría
Constitucional y Política) Papers

Yale Law School SELA (Seminario en
Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)
Papers

1-1-2009

La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal

Jaime Couso
Universidad Diego Portales

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Couso, Jaime, "La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal" (2009). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 73.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/73

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal¹

Jaime Couso, Universidad Diego Portales

Introducción

La ley penal castiga, en diversas hipótesis, las relaciones sexuales con personas menores de edad, incluso en casos en que ellos han prestado su consentimiento para tales relaciones. En el pasado, el castigo penal de tales relaciones parece haber servido más bien a la protección de la moral de la época y del poder monopólico del padre de familia para decidir sobre la sexualidad de sus hijos de una forma eficiente para los intereses de la familia que encabezaba (sobre todo, para promover alianzas matrimoniales convenientes). En las leyes penales actuales, todavía puede apreciarse la atención a los intereses familiares cuya protección se encomienda al padre (o a ambos padres), si bien junto a la protección de los intereses del menor de edad, todo ello bajo el tópico de la “incapacidad de consentimiento sexual”. Este tratamiento en buena medida se ve desafiado por la concepción -que ha ganado terreno en la teoría legal- de los niños y adolescentes como sujetos autónomos, titulares de derechos y libertades fundamentales, aún cuando dicha concepción también reconozca que ellos deben ser protegidos de las consecuencias perjudiciales del ejercicio de su libertad. En cualquier caso, la concepción de los niños como sujetos de derecho, desarrollada especialmente a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (CDN), plantea la necesidad de redefinir el tratamiento penal de las relaciones sexuales con niños y adolescentes: su sexualidad ya no puede entenderse como una función de los intereses paternos/parentales, de modo que estos intereses no merecen protección a costa de una injerencia indebida en la esfera de la privacidad del niño o adolescente. Ello impone la necesidad de replantearse la cuestión del estatuto jurídico de la sexualidad de los niños y

¹ Este artículo corresponde a una versión corregida del paper presentado al Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Constitucional (SELA), celebrado en Asunción, Paraguay, entre el 11 y el 14 de Junio de 2009.

adolescentes, en general, el rol legal de los padres frente a la sexualidad de sus hijos, y la función protectora que en este campo debe desempeñar (y dejar de desempeñar) el Derecho penal, en particular.

El paper adelantará algunas reflexiones sobre ese necesario replanteo, a partir de una revisión del origen histórico de la regulación legal de las relaciones parento-filiales en diversos países del continente americano (I), las características básicas de la regulación vigente en esos países, tras las reformas introducidas durante el siglo XX (II), el análisis de la forma en que el “principio del daño” debe aplicarse al caso de la sexualidad infanto-adolescente, con especial referencia al estado del arte en la investigación psicológica y antropológica (III), y la teoría legal y la jurisprudencia comparada sobre los derechos del niño (IV), concluyendo con la formulación resumida de algunos principios operativos que deben guiar la necesaria revisión de la regulación penal vigente en la materia (al final del mismo punto IV).

I. Orígenes históricos del control penal de la sexualidad de los menores de edad poder patriarcal, estereotipos de género y normalización.

Ya antes de los tiempos de la independencia, la ley prohibía, tanto en las metrópolis europeas como en las colonias de América hispana y América del Norte, tener relaciones sexuales con mujeres solteras menores de cierta edad. El fundamento de esa prohibición tenía que ver con la protección del interés paterno y familiar en preservar la virginidad de sus hijas hasta el matrimonio, un valor moral y religioso (Retamal:51), a la vez que económico -como mercancía o *commodity*- (Cocca:11), asociado, para las élites blancas, a la protección de la honra familiar y de la mujer, de la que dependía, a su vez, la posibilidad de establecer un alianza matrimonial conveniente. Indirectamente, también estaba en juego el interés de la prole, en conservar el estatus social y

económico de sus ascendientes, pues la *ilegitimidad* de la filiación determinaba un claro descenso en la escala social (Milanich:228ss.).

Esta prohibición, que en los hechos alcanzaba únicamente a las mujeres blancas, convivía con una tolerancia abierta respecto del acceso sexual a mujeres (solteras menores de edad) negras, indígenas o mestizas, tanto en relaciones formalmente consensuales como abiertamente coaccionadas, como era el caso de las niñas que trabajaban como criadas en casas patronales y eran forzadas, con cierta frecuencia, a prestar servicios sexuales (cfr., sobre el caso chileno, Salazar:297). De hecho, en Estados Unidos la propia ley ofrecía una defensa para las relaciones sexuales con mujeres solteras menores de edad que fueran “sexualmente experimentadas” (*sexually experienced*) o “impuras”, lo que unido al mito de la promiscuidad sexual y lascivia natural de las mujeres negras (Cocca:11; en Chile, Retamal:53 reproduce el mito sobre las indígenas y negras), explica que la protección legal no les alcanzara.

En cualquier caso, la regulación de la sexualidad de los menores de edad en occidente, casi desde sus inicios parece haber reconocido dos fenómenos distintos: las relaciones sexuales con niñas menores de una edad que bordea los 10 ó 12 años y las relaciones sexuales con mujeres mayores de esa edad, pero que legalmente todavía se consideraban “menores”. Las relaciones del primer tipo se prohíben desde tiempos relativamente remotos, como ya se puede apreciar en el Estatuto de Westminster de 1275, y fueron consideradas un delito grave (delito capital, o *felony*, según la época) (Cocca:10). Las relaciones sexuales con personas mayores de 10 ó 12 años de edad, que según la ley ya podían casarse con consentimiento de sus padres, sólo llegaron a considerarse delito – con penas algo menores- bajo ciertas circunstancias que, como se verá, no parecen haber sido las mismas en la América hispana y en los Estados Unidos de América (EUA).

En el caso de Inglaterra y EUA, como se vio, el castigo penal de las relaciones sexuales con menores de edad no fue absoluto (incluso para las relaciones con menores de 10 ó 12 años), pues admitía la defensa de que la niña era “sexualmente experimentada” o “impura”, lo que demuestra que estas prohibiciones tenían poco que ver con la cuestión de la falta de capacidad de la niña o la joven para consentir en la actividad sexual, y mucho más con la protección de la castidad prematrimonial (Cocca:11). Como una demostración adicional de ello, la propia ley permitía estas relaciones sexuales si la niña estaba casada, lo que en algunos estados de los EUA podía ocurrir sin límite mínimo de edad, si la niña estaba embarazada (Cocca:9).

Por lo que respecta a la extensión del castigo al sexo con niñas y jóvenes mayores de esa edad, surgió no tanto como un delito distinto, sino como una ampliación del alcance del mismo crimen, que a partir de ahora (1865, en Inglaterra, y pocos años después, en todos los estados de la Unión en EUA) también incluía a menores de 18 ó 20 años (Cocca:14). Esta elevación de la edad de consentimiento sexual, en el caso de EUA, habría buscado normalizar el comportamiento sexual de las jóvenes de clases bajas y medias, cuyo libertinaje era visto, ya sea como una inmoralidad, ya como una forma de abuso por parte de hombres con mayor poder y experiencia, que se encontraba apenas a un paso de la prostitución (Cocca:12-13).

En el caso de la América hispana, la prohibición legal operaba, en primer lugar, sobre la base de la fijación de una edad (alrededor de los 12 años) bajo la cual se presumía el daño (y se configuraba el delito) por el sólo hecho de producirse la relación sexual, aún cuando la víctima no hubiese sido forzada ni engañada.

Fuera de ello, y como una forma de reforzar el poder que la ley entregó al padre para controlar el matrimonio y la sexualidad de sus hijas casaderas (lo que en el caso de España y sus colonias se produjo a partir del siglo XVIII; Muñoz:111), la ley extendió

el castigo penal a las relaciones sexuales “consensuales” (sin violencia o coacción) con mujeres mayores de 12 años, hasta una edad que fluctuaba entre los 20 (en Chile) y los 23 años (en España), siempre que se tratara de una “doncella”, es decir, una virgen. Incluso, para ciertos delitos en los que el sexo se obtenía bajo coacción, la diferencia entre mujeres de “buena fama” y mujeres que no lo eran, tenía importancia para calificar la gravedad del delito.

En uno y otro caso, el fundamento de la prohibición -al igual que inicialmente en Inglaterra y EUA-, no tiene mucho que ver con la capacidad para consentir libremente en la relación sexual. De hecho, es difícil imaginar que una virgen inducida por su padre a casarse a los doce años, o una niña de la misma edad recién iniciada en la prostitución (que por ello ya no es “doncella”), hayan tenido una mayor capacidad de consentir libremente en las relaciones sexuales que una virgen soltera de 19 años (en Chile), o aún de 22 años (en España), que se fugara con su pretendiente para consumar la relación sexual (lo que constituía el delito de “raptó con anuencia de la raptada”)². Adicionalmente, otras disposiciones de las leyes penales adoptadas durante el siglo XIX por las antiguas colonias españolas en América, tomadas del Código penal Español de 1848, refuerzan la idea de que el interés protegido no era la libertad (sexual) de la mujer, sino su honra y la honra paterna y familiar, de la que dependía la posibilidad de casar a sus hijas y asegurar la reproducción material de sus condiciones de vida: 1) si el ofensor se casa con la ofendida, se suspendía el procedimiento o se remitía la pena (esto

² Es cierto que en el delito de estupro, en cambio, sí importaban los defectos en el consentimiento de la doncella, en la medida que se exigía la intervención de engaño (tanto en el Código penal español como en el de Chile). Pero el delito de raptó de doncella mayor de 12 años (y menor de 20 o 23 años, respectivamente), con anuencia de la raptada, no exigía engaño (Pacheco:1080, sin mayor análisis, supone que la raptada es víctima de “seducción” –lo que viciaría su consentimiento- por el mero hecho de la doncellez); de hecho se consideraba un atentado contra la familia y la sociedad (no propiamente contra la raptada,) que uno de los miembros de la comisión redactora del Código penal chileno (Gandarillas) consideraba por ello, como un delito que debía ser perseguible de oficio, a diferencia de la violación y el estupro, que sólo constituían un conflicto privado (solucionable, por ejemplo, con un matrimonio arreglado) (Actas de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Sesión 160, en 25 de junio de 1873, pp. 36-37 original).

incluso se aplicaba al caso de la violación); 2) el delito no era perseguible sino previa denuncia de la agraviada, o sus padres o abuelos; 3) el condenado quedaba sujeto a la pena accesoria de “dotar a la ofendida” y dar “alimentos congruos” a la prole.

La protección de estos intereses económico-sociales, con todo, no queda entregada directamente al estado, que se conforma con reforzar el poder del padre de familia para tomar las decisiones sobre las alianzas matrimoniales y controlar la sexualidad de sus hijas. El gozaba, en principio, de una prerrogativa exclusiva para decidir si acaso denunciar o no el hecho, o si consentir o no en el posterior matrimonio con el ofensor – que terminaba con el proceso-, poder que podía ejercer, en el mejor de los casos, en favor de lo que creía más conveniente para sus hijas –independientemente de las preferencias de éstas-, o de forma más bien caprichosa, de acuerdo con razones inescrutables por el estado³. Nada de ello tenía que ver con la capacidad o incapacidad de la niña o mujer para consentir libremente en una relación sexual autónoma.

Por lo demás, en la regulación colonial y decimonónica de la sexualidad de los menores de edad, como podrá apreciarse, no existe ninguna prohibición semejante a las analizadas, que se aplicara a los niños y jóvenes varones. Desde luego, contra ellos no puede cometerse el delito de violación, estupro o de raptó, sean menores de doce años o mayores de esa edad. La única infracción penal relevante en España e Hispanoamérica es la sodomía, que se castiga como una grave inmoralidad, no como un atentado contra la libertad sexual; el hecho de que la pena fuese mayor cuando se sodomizaba a un niño (menor de 12 o 14 años) se explica más bien por el temor de que de esa manera se corrompiese al niño que por un intento de proteger el carácter consensual de estas relaciones sexuales, que se castigaban incluso cuando eran mantenidas por dos varones mayores de edad. En lo que respecta a las relaciones heterosexuales, los niños y jóvenes

³ Sobre la extensión de este poder, que contaba con el imponente símbolo prestado por la delegación estatal del ejercicio legítimo de la violencia, véase Couso (134 ss.).

varones no eran nunca considerados como víctimas; la sociedad consideraba natural –y la iglesia lo toleraba como algo inevitable- que se iniciasen sexualmente más jóvenes, sin estar casados y con mujeres mayores y más experimentadas –típicamente, prostitutas-.

El fundamento de esta diferencia de género en la regulación de la sexualidad de los menores de edad no tenía nada que ver, nuevamente, con la capacidad para consentir en forma libre en la relación sexual, sino con el hecho de que, en el caso de los varones, el sexo no arriesgaba su honra ni su futuro económico-social, ni la honra o intereses de su padre. Lo que sí podía poner en riesgo el futuro de un joven acomodado y los intereses de su padre, en cambio, era un matrimonio inconveniente, y por ello la ley, que no hacía cuestión de su capacidad para tener sexo desde que tuviese el deseo de hacerlo, le negaba la capacidad para casarse por su propia voluntad hasta que alcanzara una mayoría de edad fijada en un límite muy alto - los 25 años de edad, en el caso del Código civil chileno de 1857-, entregando al padre en esta materia un veto prácticamente imposible de sortear.

II. Nuevos fundamentos para una nueva (vieja) prohibición: protección en contra del abuso y, todavía, normalización.

No es posible ofrecer una explicación unitaria para las reformas a la regulación penal de las relaciones sexuales con menores de edad introducidas en los diversos países de América hispana y en EUA durante el último siglo y medio, pero sí es posible identificar algunas líneas comunes que, a partir de enmiendas implementadas en las últimas tres décadas del siglo XX, modifican notoriamente el panorama de las reglas existentes y de la justificación que las acompaña:

- 1) La edad de protección en contra de relaciones sexuales precoces o abusivas se eleva (o reduce) hasta coincidir –en la mayor parte de los casos- con la mayoría de edad legal, que a su vez, en la mayoría de los países, ha sido rebajada hasta los 18 años; en varios países se mantiene además una edad de consentimiento sexual menor (14 años, en Chile), por debajo de la cual el daño (derivado del carácter abusivo de la relación) se presume de derecho.
- 2) Es cada vez más frecuente que la ley establezca, como condición para que el delito se configure, una diferencia mínima de edad entre victimario y víctima (*age span*), que fluctúa entre los 2 y los 6 años.
- 3) Los estereotipos de género (varón victimario, mujer víctima) han tendido a desaparecer de la ley, de modo que también comete el delito la mujer que tiene sexo con un varón, por debajo de la edad de consentimiento, si entre ellos se da la diferencia de edad exigida por la ley⁴.

Estas reformas se producen sobre el telón de fondo de una modificación esencial del “mapa cultural de la sexualidad” en las sociedades que las implementaron, desde un modelo de sexualidad reproductiva, asociado a una concepción tradicional del matrimonio y la familia, de corte patriarcal, hacia uno de sexualidad no reproductiva, centrado en la felicidad y el deseo (Frayser:262 ss., 266 ss.). Eso explica que, tendencialmente, la preocupación se ponga en la posibilidad de que el menor de edad – varón o mujer- esté siendo objeto de relaciones abusivas –sea que se presuman, por la diferencia de edad, o que la ley exija la prueba del abuso-, y no en el peligro de que la

⁴ Sin perjuicio de esas pautas comunes, las leyes surgidas de estas reformas difieren en algunos aspectos, entre los cuales cabe destacar, por su importancia e impacto en el control de la sexualidad de los adolescentes, el siguiente: mientras las leyes de algunos países (como Chile) distinguen categóricamente entre las relaciones sexuales con menores de 12 ó 14 años –en las que se presume el daño, sin necesidad de que se pruebe un engaño o abuso de autoridad o de experiencia- y las relaciones sexuales con mayores de esa edad y menores de 18 años -que sólo constituyen delito cuando se prueba engaño o abuso de autoridad o experiencia-, las leyes de otros países (como varios estados de EUA), en cambio, no distinguen categóricamente entre unas y otras, configurándose en ambos casos el delito por el sólo hecho de haberse tenido sexo con un menor de edad –sin necesidad de probar la existencia de engaño o abuso-.

mujer (sólo ella) pierda la virginidad antes del matrimonio o que los adolescentes ejerzan la sexualidad sin el permiso de sus padres.

De hecho, en la redacción de uno de los instrumentos normativos más representativos de un cierto acuerdo internacional en la materia, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), de 1989, la prohibición de relaciones sexuales con menores de edad queda sujeta a la condición de que sea “ilegal” (unlawful)⁵, en el entendido de que –como lo declararon los representantes de Francia y Holanda que la propusieron- la protección introducida a través de lo que sería el futuro Art. 34 de la CDN no se proponía regular la vida sexual de los niños sino combatir la explotación sexual de los mismos (Hodgkin/Newell:523).

Sin perjuicio de esa tendencia general, las legislaciones individualmente consideradas se apartan en muchos casos de ese nuevo fundamento de la regulación, buscando adicionalmente, o por lo menos permitiendo, un control normalizador de la sexualidad infantil:

- Muchas de las legislaciones prescinden de la exigencia de diferencia de edad (Cocca:23-24 identifica 8 estados de los EUA, para el año 2000) o fijan una diferencia demasiado reducida (dos años); mientras otras, habiendo fijado la edad de consentimiento sexual bastante alto (16 ó 18 años), prescinden de la exigencia de abuso de autoridad del autor o de la dependencia de la víctima, presumiendo el abuso por el mero hecho de la diferencia de edad. Con ello, en muchos casos terminan castigando, no el abuso, sino la desobediencia a los padres, sobre todo cuando tuvo como consecuencia el embarazo de la mujer:

“Delia, una joven de diecisiete años, tenía dos meses de embarazo cuando se fue al doctor para un chequeo médico. El doctor, al enterarse de que su novio tenía 22 años, llamó a la policía. El defensor público de su novio alegó que “Ellos están felices juntos. Él está trabajando y apoyando económicamente a su hijo, y ellos se proponen casarse y

⁵ Rechazándose especialmente la moción planteada por algunos delegados de que dicho adjetivo fuera suprimido (Hodgkin/Newell:523).

vivir con los padres de la chica. ¿Qué objetivo tiene todo esto?” Cuando fueron a la Corte, los novios ya se habían casado; él fue condenado a una pena que se dio por cumplida. Delia, frustrada y asustada señaló: “amar a alguien no es un delito”...” (Tomado de Cocca:1⁶)⁷

De hecho, la represión de la desobediencia alcanza, no sólo a quien formalmente ocupa la posición de ofensor, sino también a quien aparece ante la ley como ofendido, cuando éste es objeto de alguna medida normalizadora a través del sistema de protección a la infancia⁸. El caso más extremo, que no era poco común hasta hace unos años en Chile, es el del internamiento en hogares de protección –con una finalidad correccional- de adolescentes de sexo femenino que manifiestan un comportamiento sexual precoz, lo que se considera como un “desajuste conductual”, que da cuenta de que están “fuera del control parental”.

- Varias legislaciones, sobre todo las leyes de protección a la infancia, ancladas en la asunción cultural de una “inocencia sexual” de los niños o adolescentes (Frayser:261), parten de la base de que sus contactos sexuales son dañinos per se, con independencia del contexto y de la edad de aquellos (en general, también niños o adolescentes) con quienes realizan esos contactos. Sobre esa base, apoyadas por un discurso (pseudo) experto que patologiza cualquier comportamiento sexual infantil que contraste con el ideal de la “inocencia

⁶ La traducción es mía.

⁷ En el caso de Chile, hace tan sólo unas semanas (en abril de 2009), una asistente de un proyecto de investigación que dirijo, sobre la justicia penal de adolescentes chilena, me reportó sus observaciones de una audiencia en la que una adolescente embarazada de 14 años (que tenía 13 años al momento de la concepción) asistió junto a su pareja de 17 años al acto en el cual el tribunal decidiría sobre la eventual suspensión condicional del procedimiento penal seguido en contra del segundo, por violación impropia de su joven pareja. En ese acto también compareció la madre de la embarazada, quien era en realidad la principal interesada en ejercer el rol de víctima, al punto que la negociación de la suspensión y sus condiciones fue en todo momento con ella, sin que a la joven embarazada se le dirigiese la palabra en ningún momento. De hecho, sentada junto al imputado, su rol era más bien el de la pareja del infractor. La suspensión fue finalmente decretada, con condiciones que son sintomáticas de la verdadera naturaleza del conflicto y de lo bizarro que resultaba la criminalización del asunto: el adolescente debía terminar sus estudios y contribuir a la mantención de su futuro hijo. Tras el acuerdo, la pareja se retiró de la sala de audiencias tomada de la mano, ¡acompañada de la madre de la adolescente! Si se hubiese propuesto y aprobado, además, una condición de asistir a terapia de pareja y mantenerse junto a la madre de su futuro hijo, la audiencia no habría sido más bizarra.

⁸ Sobre la función normalizadora y disciplinaria del sistema de protección a la infancia, véase Couso (145 ss., 150 ss.).

sexual”, criminalizan esas expresiones de sexualidad y promueven acciones de control y represión en contra de sus jóvenes autores (en general, a través del sistema de protección a la infancia):

“En noviembre de 1993, los Child Protective Services del condado de San Diego declararon a Tony Diamond (de 9 años de edad*) un peligro grave para su hermana. Jessica (de 8 años de edad*) había comentado en la escuela que su hermano la había “tocado adelante y atrás”. Obligada por la ley de prevención y tratamiento del abuso de menores (Child Abuse Prevention and Treatment Act) de 1974 a reportar cualquier sospecha de ese tipo de abuso, aun si era cometido por otro menor, la escuela llamó a la Child Abuse Hotline. El trabajador social que realizó la entrevista de la familia reunió todo un expediente de las faltas previas de Tony: en la primaria decía palabras de uso sexual y se asomaba bajo las faldas de las niñas. A los 4 años se subía encima de Jessie cuando se bañaban.

Con base sólo en el testimonio de Jessica, el tribunal de menores acusó a Tony de “abuso sexual” de “la menor” Jessica, “lo que incluye, aunque no se restringe a, el tacto de sus zonas vaginal y anal [...] poniéndole un lápiz en los glúteos” (es decir, le picaba las nalgas con un lápiz), y la amenaza de lastimarla si se lo decía a alguien... el entrevistador hizo esta tajante evaluación: “La revisión del caso hace suponer que Tony es un delincuente sexual en ciernes”.

(Tomado de Levine:90-91)

- La igualación entre varón y mujer como potenciales víctimas de los delitos de abuso sexual (o de violación impropia o “statutory rape”), con la misma edad de consentimiento sexual, en varias legislaciones tiene una excepción que escapa del nuevo fundamento de estos delitos (el abuso): las relaciones homosexuales, para las cuales la prohibición penal se extiende hasta edades más elevadas⁹.

III. Norma legal, normatividad social y normalidad psicológica: ¿cómo aplicar el principio del daño al caso de la sexualidad de niños y adolescentes?

Discontinuidades entre la norma legal y la realidad social

“SANTIAGO, Chile — Son apenas las 5 pm en el que una vez fue conocido como uno de los países más conservadores de América latina, y la juventud de Chile está vibrando y matraqueando al ritmo de un reggaetón. En la discoteca Bar Urbano, chicos y chicas

* El paréntesis es mío, con información aportada por la autora.

* Idem.

⁹ Lo que ha sido calificado por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas –revisando el caso de los territorios británicos de ultramar y en la Isla de Man– como una violación del artículo 2 de la Convención Internacional sobre derechos del Niño, que prohíbe la discriminación arbitraria entre niños, en la aplicación de los derechos de la misma Convención (Hodgkin/Newell:524). La legislación chilena incurre en el mismo vicio.

de entre 14 y 18 años se están quitando sus camisetas, dejando a la vista sostenes, tatuajes y piercings en los ombligos.

El lugar es una maraña de labios, lenguas y manos, todas buscando a tientas y explorando. Cerca de 800 adolescentes se balancean y saltan con la letra de la canción, incitándolos a “Poncea! Poncea!”: besuquéate con todos los que puedas.

Y de hecho se besuquean –con un desconocido tras otro-, esforzándose por alcanzar el honor de ser reconocidos por el “ponceo,” como el que logre meterse con el mayor número de personas.

Chile, durante largo tiempo considerado como el país con pautas sociales más tradicionales de Sudamérica, está rompiendo con esa reputación a través de sus precoces adolescentes. La juventud chilena está viviendo un período de exploración sexual que, según académicos y funcionarios, el país nunca antes había presenciado”

(“In tangle of young lips, a Sex Rebellion in Chile”, The New York Times, 12 de septiembre de 2008¹⁰)

La ley chilena califica como un delito cualquier acercamiento sexual (como el “ponceo”) entre un/una adolescente de 16 años y una niña/niño de 13. La diferencia de edad necesaria para presumir el abuso es, en este caso, de 3 años. Tratándose de relaciones sexuales con penetración, la diferencia es de 2 años. En ambos casos, con todo, la prohibición no alcanza a las relaciones sexuales con mayores de 14 años, a no ser que se configure un caso de abuso (estupro) o de sexo remunerado.

Las estadísticas sobre comportamiento sexual de niños y adolescentes chilenos, por su parte, dan cuenta de un notorio descenso, desde 1990 hasta el año 2007, en la edad de iniciación sexual (en relaciones sexuales con penetración), con una significativa prevalencia de casos de iniciación antes de los 14 años de edad:

	11-13 años	14-15 años	16-17 años	18-23 años	Total
Varones	7%	25%	39%	28%	99%
Mujeres	2%	18%	34%	46% (18-25 años)	100%

Fuente: Flacso-Chile¹¹

¹⁰ La traducción es mía.

¹¹ Salud Sexual y Reproductiva en Chile – 2007. Actualización de Datos Estadísticos, 2008, en http://issuu.com/flacso.chile/docs/ssr_chile_2007/21, citando datos del Instituto Nacional de la Juventud, “V Encuesta Nacional de Juventud 2007” (también disponible en <http://www.injuv.gob.cl/pdf/Vencuestaprensanoiembre.pdf>).

La edad de la primera pareja sexual, al momento de la iniciación sexual de las niñas/adolescentes, se concentraba en el tramo 17-20 años de edad, lo que sugiere una alta correlación de parejas con 4 ó 5 años de diferencia de edad. En el caso de los varones que se inician sexualmente, sus parejas tendencialmente son del tramo etario de 15-18 años.¹²

¿Epidemia o revolución cultural?

Por cierto, de estos cambios en el comportamiento sexual de los niños y adolescentes chilenos –o de los de cualquier otro país donde haya aumentado la precocidad sexual de los niños- no se puede derivar directamente ninguna conclusión normativa acerca de si es correcto relajar, mantener o reforzar las prohibiciones penales. El derecho podría considerar esto una epidemia de un grave mal que se cierne sobre nuestros niños y adolescentes, o una transformación cultural que obliga a modificar la apreciación previa que teníamos acerca de la inocencia sexual de los mismos. Ello depende de un juicio acerca de si esas relaciones son o no perjudiciales para ellos, lo que no se deduce directamente de la frecuencia de las mismas en la sociedad.

El principio del daño y la sexualidad de niños y adolescentes

De acuerdo con una concepción liberal del Derecho y del Estado, como la defendida por John Stuart Mill, no se puede prohibir lo que no daña a otros. En materia penal, esta exigencia, en los sistemas jurídicos continentales, se suele expresar a través del “principio de lesividad” o de “protección exclusiva de bienes jurídicos”, que precisamente ha sido invocado (con éxito, en algunos casos) para derogar la prohibición penal de comportamientos sexuales que no dañan a otro, por más que choquen con las preferencias culturales de la mayoría (Roxin: par. 2, nm 1-3). Nino (269 ss.), escribiendo más bien desde la tradición anglosajona, considera que aquella

¹² *Ibíd.*

debe ser una exigencia general de un sistema penal liberal, de modo que sólo se puede castigar una conducta dañina, que, además, consista precisamente en el daño que la ley estaba destinada a evitar.

La transformación del mapa cultural de la sexualidad en occidente, desde un modelo reproductivo y patriarcal –que consideraba la sexualidad con menores de edad como una inmoralidad y un atentado al honor y a las prerrogativas del padre de familia- a uno no reproductivo, centrado en la realización del deseo sexual y la búsqueda de la felicidad personal, sienta las bases para redefinir la regulación legal de la sexualidad en general, y también la de los menores de edad, (exclusivamente) a partir del principio del daño: la sexualidad es un campo de realización personal, que no debe estar sujeto al control de los demás, salvo que de ello se derive un daño para terceros, o para ellos mismos –en el caso de quienes aún no tienen suficiente autonomía, respecto de quienes el paternalismo jurídico esté justificado (Garzón Valdés)-. Si bien el liberalismo (Mill, en particular) asumió de forma más o menos indiferenciada que los niños y los menores de edad estaban en el caso de quienes deben ser protegidos en contra de las acciones que los dañaban a ellos mismos, la concepción de los derechos del niño desarrollada especialmente a partir de la aprobación de la CDN, reconoce sólo de forma limitada la justificación de acciones paternalistas respecto de niños y menores de edad que sólo se dañen a sí mismos (Freeman, 1997.a:40, defendiendo la tesis de un *paternalismo liberal*, que proteja no sólo la autonomía futura, sino también la autonomía actual de los niños). Pero antes de analizar en qué medida, bajo un modelo cultural de sexualidad centrado en la realización personal, los niños y menores de edad deberían ser protegidos de expresiones y contactos sexuales que otros consideren dañinas para ellos mismos, es necesario preguntarse primero si acaso, y bajo qué condiciones, las expresiones de la sexualidad de los niños y adolescentes podrían ser dañinas para ellos.

Para decidir esta cuestión, los juristas suelen buscar el auxilio de las ciencias de la conducta, hasta ahora sin obtener respuestas demasiado concluyentes o satisfactorias; pues los juicios de la “ciencia” en esta materia se dispersan bastante, probablemente porque la sexualidad es un campo de conflicto cultural en el que se enfrentan diversas aproximaciones ideológicas y religiosas, que logran permear la sensibilidad “científica”. Aún así, algunas pautas ofrecen la investigación psicológica y antropológica, que ayudan a identificar potenciales daños asociados a relaciones sexuales tempranas; pero, como se verá, esa información no permite responder directamente a la pregunta acerca de dónde debe empezar la prohibición (no todo daño merece ser prohibido), sino sólo dónde debe terminar (no puede prohibirse lo que no daña).

*Sobre la cuestión del daño que puede derivar de la sexualidad de los niños*¹³

“Como he puntualizado más de una vez en estas páginas, la existencia de relaciones sexuales entre niños durante su vida temprana, especialmente entre hermanos y hermanas, es un hecho muy común. Los deseos libidinales de los niños pequeños, intensificados como están por sus frustraciones edípicas, junto con la ansiedad que emana de sus más profundas situaciones de peligro, los impulsan a realizar actividades sexuales desde que, como he tratado de demostrar en el capítulo presente, no sólo gratifican su libido, sino que los capacitan para obtener refutaciones a los diferentes miedos en relación con el acto sexual. He encontrado repetidas veces que si tales objetos sexuales han actuado además como figuras “bondadosas”, las primeras relaciones sexuales de esta naturaleza ejercen una influencia favorable sobre las relaciones de la niña con sus objetos y sobre sus futuras relaciones sexuales... Sin embargo, aunque, como hemos visto, las experiencias de esta índole pueden tener un efecto favorable sobre la vida sexual de la niña y sus relaciones de objeto, pueden también conducir a serios trastornos en este terreno. Si sus relaciones sexuales con otro niño sirven para confirmar sus miedos más profundos –ya sea porque su pareja es demasiado sádica o porque la realización del acto sexual hace surgir más ansiedad y culpa en ella a causa de su propio sadismo excesivo-, su creencia en la maldad de los objetos introyectados y de su propio ello serán más fuertes aún, su súperyo será más severo que nunca, y, como resultado, su neurosis y todos los defectos de su desarrollo sexual y caractereológico serán mayores”

Melanie Klein, 1932 (Klein:233-234)

Al psicoanálisis debemos, según parece, el descubrimiento de la sexualidad infantil y de su importancia trascendental en el desarrollo de una personalidad madura capaz de

¹³ Al examinar la cuestión de los daños de la sexualidad de los menores de edad, distingo entre niños y adolescentes, pensando en un límite de edad que puede situarse en torno a los doce o catorce años, la edad por debajo de la cual muchas legislaciones suelen establecer una presunción irrefutable de abuso. En ocasiones, como se desprende del contexto, me refiero genéricamente a “niños” pensando genéricamente en los menores de edad, es decir, abarcando también a los adolescentes.

entablar relaciones interpersonales recíprocas y satisfactorias. Pero como puede desprenderse de estas tempranas observaciones de Melanie Klein, los impulsos sexuales de los niños pueden expresar amor u odio, e impactar en otros niños de forma “bondadosa” o sádica y destructiva.

Para Anna Freud, la tarea de los padres en relación con la sexualidad de los niños es compleja. Por una parte –escribe en 1949- deben reconocer y permitir, como cosa normal que forma parte del sano desarrollo de sus hijos (y no como “malos hábitos”), la expresión de sus impulsos sexuales a través de juegos y exploraciones, por lo menos cuando son pequeños (Freud:29-30). Por otra parte, sin embargo, no pueden “ponerse a la altura del nivel instintivo del niño y proporcionarle las satisfacciones que aquél desea”, lo que significaría “seducir al niño, al mismo tiempo que darle una licencia ilimitada a su agresión”, sino que deben ayudarlo a enfrentar la frustración de sus instintos, como condición para la convivencia civilizada, sin prohibiciones ni castigos, sino enseñándoles a “desplazar sus energías de una a otra tendencia” (sublimación¹⁴) (Freud:42-43). La adquisición exitosa de esta capacidad de desplazar el instinto –definida en términos tan normativos como el necesario paso por las etapas oral, anal y genital, en el desarrollo del niño pequeño-, daría paso en los niños con desarrollo “normal” –ya según el propio Sigmund Freud- al período de “latencia” en el desarrollo sexual; por contraste, las expresiones sexuales de los niños mayores de 3 ó 4 años, que no responden a ese modelo ideal de desarrollo sexual, son observadas tendencialmente con preocupación. El propio concepto de “niños y jóvenes sexualmente agresivos” (*Sexually Agressive Children and Youth, SACY*), aplicado actualmente en el sistema de

¹⁴ “El niño puede resistir por un tiempo este proceso de transformación instintiva y aferrarse a sus deseos originarios. Mas si se lo maneja correctamente, aceptará las satisfacciones substitutas que se le entregan. Se contentará con gozar de los placeres permitidos en lugar de los prohibidos. La curiosidad sexual se transformará en el deseo de aprender; la manipulación de las heces prestará sus energías a la pintura creadora... El amor objetal puede perder su carácter exclusivo y, bajo la forma del afecto, extenderse a otros miembros de la familia, etcétera... es cosa afortunada que ningún otro instinto se preste a la transformación con la misma facilidad que el instinto sexual” (Freud:43-44).

protección de EUA a quienes –sin agredir a ningún tercero- manifiestan conductas sexuales que no se adaptan a una pauta estándar de comportamientos considerados como adecuados a cada edad, y que es empleado por el sistema de prevención, detección, denuncia y tratamiento de comportamientos de riesgo en diversos sistemas de protección a la infancia, traduce en alguna medida aquella preocupación en una reacción estigmatizante y criminalizadora por parte de la autoridad¹⁵ (Thigpen et al:241ss.¹⁶).

Así, en el abordaje de los primeros desarrollos del psicoanálisis, la expresión de la sexualidad de los niños, en la más temprana infancia, es concebida como una dimensión esencial de la formación una personalidad madura. Pero en esas mismas expresiones hay, para el psicoanálisis, serios peligros en ciernes, sobre todo si ellas no responden a la pauta de los comportamientos definidos como esperados para cada etapa, o si se mantienen durante el período de latencia. Fuera de la normalidad acechan la patología y el daño.

Normalidad y normatividad

Ahora bien, el examen de los discursos expertos sobre la normalidad sexual y sobre los daños causados por comportamientos sexuales “anormales”, da cuenta de una gran carencia de conocimientos (Di Mauro:443) o de un marco teórico compartido a partir del cual interpretar los fragmentarios datos arrojados por la investigación científica (Bancroft:449-450). En ese contexto, las afirmaciones categóricas sobre el carácter anormal, patológico y dañino de ciertos comportamientos, en buena medida dan cuenta de determinadas orientaciones ideológicas, o justamente de los modelos culturales de sexualidad dominantes, más que de conocimientos científicos. Así, por ejemplo, la

¹⁵ En cualquier caso, puede observarse lo lejos que está del ideal de unos adultos sensibles, que acompañen al niño, sin prohibiciones ni castigos, en su aprendizaje de la sublimación, la construcción criminal de las expresiones sexuales de niños que –durante lo que debería ser su “período de latencia”- se han “fijado” en alguna etapa anterior.

¹⁶ Destacando la falta de sensibilidad intercultural de esas pautas, definidas a partir de la normatividad sexual de niños blancos de clase media, pero empleadas para etiquetar como “agresivos” a niños de otras etnias, donde la normatividad sexual puede ser culturalmente distinta.

supuesta anormalidad de los comportamientos sexuales durante el “período de latencia”, asociada a una concepción de la “inocencia sexual de la infancia”, que todavía hoy condiciona las valoraciones de la clase media de EUA, es calificada, en un recuento (relativamente) reciente del estado del arte en el debate científico en la materia, como una ideología: “seguimos aferrados a una ideología de la inocencia sexual de la niñez” (Herdt:275¹⁷). Y si bien en la práctica diagnóstica es frecuente la elaboración y aplicación de inventarios de conductas sexuales consideradas normales y anormales a cada edad (empleados, a veces, para el diagnóstico sintomático de episodios de abuso) (Thanasiu:309ss.), la pretensión de que las conductas incluidas en esos inventarios (como “tocar las partes íntimas de otra persona”, aún en contextos en que nadie se siente incómodo con ello) constituyen conductas inapropiadas, que dañan la salud o el sano desarrollo del niño, no se basa en ninguna evidencia empírica, sino, como lo admite la directora de un extenso estudio aplicado en Oklahoma (EUA) sobre la base de tales inventarios, en puros valores morales (Levine:103,113).

Identificado el carácter ideológico de la concepción acerca de la “inocencia sexual de los niños” (que implica la fijación de una norma), el conocimiento científico se pone en la necesidad de “mirar a la sexualidad de los niños sin ningún estándar... (porque) de alguna forma hemos perdido vista los rangos de la normalidad” (Di Mauro:444¹⁸).

En ese contexto no debe extrañar que el discurso experto se vuelva hacia la investigación de cuáles son esos rangos:

“un punto de partida importante es el rango de pautas de comportamiento de diversos grupos de la población, según edad, origen étnico y cultura; un esquema de la diversidad de comportamientos sexuales, de los hitos en el desarrollo sexual y de género durante el ciclo vital, y del proceso de socialización sexual” (Di Mauro:444).

¹⁷ La traducción de ésta, y de las demás citas a esta obra, es mía.

¹⁸ La traducción de ésta, y de las demás citas a esta obra, es mía.

No puede subestimarse la importancia de esta aseveración: si bien es cierto que la pura “normatividad” o normalidad estadística (*normativity*) de un comportamiento no dice directamente nada acerca de si debemos o no prohibirlo, pues esto último depende de si causa daño o no (en este caso, a los niños que lo exhiben), cuando se trata de un comportamiento sexual, quienes podrían decirnos algo sobre su carácter “anormal”, patológico y dañino, vuelven la vista, a falta de parámetros suficientes, hacia el examen y la investigación de cuáles son las normatividades en la materia, qué hacen realmente los niños con su sexualidad.

Parte de esa investigación ya se ha emprendido en el pasado, de modo que no se parte de cero. Y de esas primeras investigaciones emergen datos relevantes sobre la “normatividad” de la sexualidad durante el “período de latencia”

“... la tendencia a manifestar un comportamiento sexual antes de la madurez, e incluso antes de la pubertad, está determinada genéticamente en muchos primates, incluidos los seres humanos. La medida en la cual esa tendencia encuentra expresión abierta es en parte funcional a las reglas de la sociedad en la que el individuo crece, pero algunas expresiones muy probablemente se darán bajo cualquier circunstancia” (Ford and Beach, 1951, citados por Frayser:259¹⁹).

Así, cuando un estudio comparado realizado en 1982 analizó las actitudes de los niños de diversos países occidentales (EUA, Inglaterra, Australia y Suecia) frente a la sexualidad, si bien “todas estas sociedades se diferencian según cuánto permiten a los niños pensar sobre el sexo, siendo Estados Unidos el que menos lo hace, y Suecia el que más”, desde el punto de vista de las actitudes de los niños, en unos y otros países, resultó claro que “no existe un período de latencia en relación con el sexo, como Freud hipotetizó” (Frayser:260). De hecho, una investigación más reciente da cuenta de que “en la niñez se presenta un amplio rango de actividades sexuales” y que las “prescripciones culturales pueden encontrarse en clara contradicción con el interés de los niños en la actividad sexual” (Frayser:260). Aún así, otro estudio, que da cuenta de

¹⁹ La traducción de ésta, y de las demás citas a esta obra, es mía.

“considerables diferencias” en los niveles de manifestación de comportamientos sexuales entre niños de 2-6 años de edad de EUA y Holanda (los padres de estos últimos reportan mucho mayor frecuencia), hipotetiza que ellas bien pueden explicarse por las diferencias culturales en la socialización sexual impartida por los padres a los hijos, sin desconocer que “el comportamiento sexual en los niños es normal, esperable, e incluye un amplio rango de comportamientos” (Friedrich et al:117-118²⁰), mientras otro estudio confirma esa impresión, al reportar diversos niveles de autonomía sexual adquirida por niños (y permitida por sus padres) de EUA, Dinamarca y Holanda (Frayser:281). Pero, nuevamente, a pesar de esas diferencias, la suposición de un período de latencia hasta la pubertad se ve desmentida por las investigaciones de Herdt y McClintock, en las que

“intentamos establecer la importancia del desarrollo de la atracción sexual en torno a los 10 años en varones y niñas, heterosexuales y homosexuales, usando la mejor información proporcionada por los estudios publicados en los Estados Unidos”, haciendo notar que “...Cuando presento estos hallazgos a lo largo del país... aunque los estudiantes universitarios y los adolescentes están fascinados con la idea de que su sexualidad alcanza una fase memorable alrededor del los 9 y medio o 10 años de edad, sus padres están perplejos, e incluso padres académicos, de clase media, pueden ponerse ansiosos y aproblemados por el hecho de que los niños que están viviendo con ellos ahora mismo son seres sexuales” (Herdt:274).

A su vez, en relación con las actitudes de los padres frente a las conductas sexuales de sus hijos, una perspectiva multicultural da cuenta de diversas “normatividades”, algunas de las cuales pueden chocar con tabúes muy establecidos por la mayoría de ellas:

“Las sociedades pueden imponer suaves restricciones al juego heterosexual, la masturbación y otras actividades eróticas durante la primera infancia, y aplicar restricciones más fuertes en la infancia tardía... Sin embargo, existe una amplia variación en las actitudes de padres y adultos hacia los niños que expresan interés sexual o que se involucran en comportamientos sexuales. Los padres pueden alentar las actividades sexuales de los niños, y los juegos con otros niños pueden incluir interacción sexual. El comportamiento heterosexual y homosexual en la niñez es aceptado como una parte normal de la niñez en muchas sociedades (Herdt, 1990). Los niños pueden tener oportunidades de observar a adultos involucrándose en relaciones sexuales, y pueden hablar con los adultos sobre sexo. A veces los niños pueden involucrarse en relaciones sexuales con adultos, más a menudo en contextos rituales

²⁰ La traducción es mía.

(Feierman, 1990). Sin embargo, la mayoría de las sociedades desapruueba las relaciones sexuales niño-adulto que involucran a niños preadolescentes” (Frayser:260)

Pero en este punto vale la pena insistir en que la relación entre comportamientos normativos y juicios de “normalidad” psicológica no es necesaria, sobre todo en un contexto cultural diverso y conflictivo, como cada vez más lo son las sociedades sometidas a los impulsos globalizadores. Por ello, a pesar de que la falta de parámetros de “normalidad” obliga a poner como punto de partida la “normatividad”, todavía es posible que lo normativo sea “anormal”, y dañe. Así, en contra del riesgo de inferir que un comportamiento sexual infantil es inocuo, directamente a partir de su normatividad cultural, Herdt advierte que ese procedimiento

“...acepta demasiado globalmente la noción de que cultura es igual a adaptación, o que si algo es cultural entonces va a promover el desarrollo del niño. La noción de cultura, en una epistemología tan relativista como esa, es demasiado amplia y vaga, demasiado alejada de la vergüenza, el silencio, el estigma, y la opresión de la gente real que vive en comunidades reales” (Herdt:277)

Por ello, si bien la tarea científica debe partir de la investigación de las normatividades en materia de sexualidad infantil (y adolescente), el siguiente paso es definir el comportamiento sexual que debe considerarse abusivo, por expresar manipulación o coacción (Di Mauro:444), aún cuando se trate de expresiones “normativas”. Para ello tampoco se parte de cero, y debe prestarse especial atención a situaciones de violencia estructural, dentro de las cuales se manifiestan comportamientos sexuales abusivos (aún cuando sean normativos), como el racismo, la pobreza, la homofobia, en las que puede darse una importante prevalencia de prostitución, turismo sexual, migración sexual (Herdt:277).

Para calificar un contexto como propiamente *coercitivo*, la percepción de los propios niños o adolescentes involucrados en contactos o expresiones sexuales, aporta una perspectiva que difícilmente puede obviarse, en la medida en que la coerción se debe

definir operacionalmente por la declaración del niño o adolescente de que ese contacto o expresión se produjo bajo fuerza o intimidación (Paul et al:334-335).

Sin embargo, también se consideran abusivos contactos sexuales con niños o adolescentes que no aparecen directamente como coercitivos, pero que se enmarcan en situaciones estructurales que no dejan espacio suficiente para expresiones de autonomía significativas: típicamente, situaciones de dependencia –económica, familiar, moral-, en las cuales el consentimiento del niño o adolescente da cuenta, sobre todo, de su posición subalterna, más que de la expresión de su deseo. En estos casos, formalmente puede haber consentimiento, pero en el fondo se aprecia manipulación y, por ello, abuso.

Sexualidad de niños, tabú y daño

En el camino hacia la identificación de las expresiones abusivas de sexualidad infantil es posible y necesario excluir, como no abusivos, comportamientos sexuales normativos, y actitudes parentales respecto de ellos (tolerancia, apoyo, celebración, juego), cuyo contexto no expresa manipulación ni coacción. En este contexto es importante tener en cuenta que el abuso sexual no se aprecia en la consideración de un comportamiento aislado, sino en buena medida en su contexto (puede pensarse en el padre de un varón recién nacido que, en una ceremonia tribal, ruega a los dioses por la fertilidad de su primogénito besando, ante la asamblea, los genitales de su hijo; pero también podría citarse ejemplos menos exóticos en los que el contexto excluye la idea de abuso).

Ahora bien, aún teniendo en cuenta el contexto, en una sociedad con culturas que conviven -y a veces compiten y combaten- entre sí, es perfectamente posible que ciertas manifestaciones de sexualidad infantil y ciertas actitudes parentales ante ellas, que en determinados grupos alcanzan cierta normatividad, ingresen dentro de la zona demarcada por el tabú para otra cultura, especialmente para la cultura dominante.

Dentro del espacio abarcado por el tabú la pregunta por el daño casi no puede plantearse. El derecho tiene dificultades para tomar distancia crítica de los tabúes de la sociedad que le da origen. Pero, desde una concepción liberal del Derecho, no se puede renunciar a someter al tabú a escrutinio, precisamente a partir del principio del daño. La forma específica en que un Derecho liberal debe enfrentar este problema, remite a la discusión más amplia sobre multiculturalismo y, más en general, sobre pluralismo ideológico. Para ello, el principio del daño todavía puede ser fructífero, como lo demuestra Mill al analizar el caso de comportamientos escandalosos para la sensibilidad religiosa de ciertos grupos (como comer de un “animal impuro”), para quienes pueden llegar a convertirse en un tabú, que, sin embargo, fuera de esas sensibilidades, no pueden demostrarse como dañinos.

Así, también en materia de sexualidad infantil, la vara para definir qué normas culturales –inspiradas en un determinado tabú- deben alcanzar el estatus de prohibición legal, debe ser el principio del daño. Un derecho que se ponga por encima de los tabúes que son conflictivos en una sociedad plural, debe entrar en el territorio del tabú a preguntarse qué hay de dañino en ello.

Pero el derecho liberal encuentra especiales dificultades para enfrentar racionalmente la cuestión del daño cuando se trata de tabúes que son ampliamente compartidos. Uno de ellos, me parece evidente, son los contactos sexuales incestuosos. Este tabú abarca, en primer lugar el incesto entre padres e hijos (menores de edad, para los efectos que aquí importan), entendiendo que se trata de relaciones cuyo significado inequívoco sea la satisfacción del deseo sexual (a lo menos) de uno de los padres, y no, en cambio, otros contactos que podrían aparecer como sexuales (y que bien pueden ser satisfactorios para el niño), pero cuyo contexto les dé otro significado desde la perspectiva parental (juego, educación, ceremonial). Pero el tabú, que no se refiere únicamente a los niños, sino

también a los adolescentes (de hecho, como tabú, incluso a padres e hijos mayores de edad), también alcanza a las relaciones entre padrastros e hijastros y entre hermanos.

Otro tabú socialmente compartido en la mayoría de las sociedades occidentales, me parece, es el de las relaciones sexuales entre adultos y niños (pre púberes, o menores de la edad de consentimiento sexual -que puede dejar a muchos púberes asimilados a niños-), nuevamente pensando en aquellas que (a lo menos) para el adulto tienen inequívocamente el significado de satisfacer su propio deseo sexual.

En ambos casos, pienso en contactos sexuales “deseados” por el niño (y adolescente, en caso del incesto), es decir, aquellos en que la idea de la coerción no explica (o no explica bien) el involucramiento del niño en tales contactos.

Los fundamentos del tabú, en ambos casos, son difícilmente analizables (sobre todo desde la perspectiva interna, que compartimos quienes somos parte de la cultura que lo mantiene), pero se racionaliza a través de la apelación a categorías de abuso, manipulación o instrumentalización, bajo la imagen de un adulto (o un hermano mayor, en su caso) que utiliza al niño como objeto de satisfacción propia, a través de una experiencia que para el niño no trae sino confusión, vergüenza, estigmatización y dolor, todo lo cual parece ser cierto, incluso si ello se debe en buena medida (¿principalmente?) al efecto iatrogénico (Di Mauro:445) de las reacciones sociales que provoca la violación del tabú. En cualquier caso, la legislación se hace cargo del tabú a través de la categoría de la “incapacidad para consentir” en la relación sexual (que prácticamente ningún ordenamiento “occidental” fija por debajo de los 12 años)²¹, lo que no da cuenta de la verdadera naturaleza del problema, es decir, del carácter dañino

²¹ Esa manera de plantear el problema expresa una visión muy simplificada sobre la formación de la voluntad y la expresión de los deseos y preferencias de los niños, así como del valor que el ordenamiento jurídico debe darles en ciertos casos. Ello podría ser funcional a una protección indebida, en otras materias, si se niega categóricamente la capacidad de los niños para expresar válidamente deseos y preferencias, por ejemplo, de mantener contacto con ciertos familiares que no tienen su custodia, o de seguir siendo educado en un colegio con determinada orientación religiosa –si su padre o madre custodio, que ha modificado sus propias convicciones, quiere imponérselas a su hijo-, o de relacionarse con otros niños.

de la conducta –que justamente su condición de tabú permite soslayar-, aparte de que con frecuencia sirve de base para extender el tabú a otras manifestaciones de sexualidad de los niños (por ejemplo, con otros niños), con independencia de la cuestión de si hay daño; ello va más allá, por cierto, de los consensos culturales, es decir, más allá del verdadero alcance del tabú.

*Descorriendo el velo: tabú, explotación y estigma*²²

Específicamente en relación con el incesto, una dificultad adicional para evaluar sus daños para el niño se encuentra en que, en el origen y desarrollo de la práctica incestuosa, le puede caber un papel significativo al propio deseo del niño hacia la figura parental del sexo opuesto, deseo que el psicoanálisis considera esencial para el desarrollo psicológico y sexual, particularmente para la diferenciación sexual de la psique (Butler:220). ¿En qué sentido es dañina, entonces, la actualización de aquello que el propio niño desea de manera tan radical? El psicoanálisis parece resolver esta dificultad afirmando que lo que sería necesario para la diferenciación sexual del niño –“que allana el camino hacia la sexualidad adulta” (Butler:220)- es la fantasía incestuosa y su prohibición, no su realización. Así, para calificar al incesto como abuso –y no como una mera infracción del tabú-, no sería necesario reducir la condena a los casos en que el cuerpo del niño es brutalmente invadido desde el exterior, sino que es posible y necesario incluir aquellos en que “el deseo del niño ha sido explotado o incitado por el incesto”, pues “cuando pensamos en qué tipo de explotación puede ser el incesto, a

²² Este apartado responde a una revisión de las ideas expuestas en una versión preliminar de este trabajo, en el que, demasiado deprisa, asumí que un tabú muy extendido socialmente (como el del incesto que involucra a niños) no es susceptible de ser escrutado críticamente desde el Derecho, a la vez que omitía examinar la dimensión de explotación real que –sólo en parte- el tabú del incesto pretende proscribir. La motivación para profundizar en este problema la recibí de los comentarios y críticas aportados por mis colegas de la Universidad Diego Portales y por los participantes del SELA 2009, en las discusiones a las que aquella versión preliminar fue sometida en ambos foros. La sugerencia de consultar a Judith Butler para explorar qué hay detrás de este tabú, la recibí de mi hermano y colega, Javier Couso. Consistentemente con este nuevo enfoque del problema del tabú, en esta versión también corregí otras secciones del trabajo, especialmente la de los *Principios operativos para la regulación penal de la sexualidad infanto-adolescente*.

menudo es precisamente el amor del niño el que se explota en la escena del incesto. Pero si desestimamos lo que le ocurre al amor del niño y a su deseo en la relación incestuosa traumática con un adulto, resulta imposible describir las profundas consecuencias psíquicas de ese trauma” (Butler:221-222). Y si bien Butler no llega a explicar con exactitud cuáles son esas profundas consecuencias psíquicas, para ella, un aspecto central del carácter traumático del incesto se refiere a la represión del recuerdo, que deja sin embargo una huella perdurable -“el registro psíquico del dolor”-, cuyo origen es tan difícil de reconstruir, entender y narrar; así, su efecto traumático “es precisamente convertir el conocimiento de la verdad en una posibilidad infinitamente más remota”, agregando que “estamos ante un caso de violencia epistémica” (Butler:221, 223), responsable, además, de que “el niño... ya no sea capaz de recuperar o reconocer ese amor como tal” (227). Así, el silencio, la represión (el olvido forzado), las huellas de un amor y de un dolor cuyo origen no se puede reconocer, son características del tipo de trauma que surge de esta forma de explotación del amor (más que del cuerpo) del niño.

Pero entonces, como Butler lo destaca con claridad, no todo incesto es abuso (o “violación”), pues “puede haber ocasiones en que no lo es... creo que probablemente hay formas de incesto que no son necesariamente traumáticas o que obtienen su carácter traumático de la conciencia de vergüenza social que producen” (Butler:223), y no de una situación de explotación traumática del amor y del deseo del niño. Una de esas formas no necesariamente traumáticas es el incesto entre hermana y hermano (considerado idílico en la literatura del siglo XVIII; véase Butler:227), aunque también es imaginable que en la misma situación se encuentran casos de incesto del padrastro con la hijastra adolescente suficientemente madura –cuando ello excluye la hipótesis de un abuso de dependencia-. Y el caso es que esta otra dimensión del trauma, derivada

únicamente de la “vergüenza social”, producto de la “ininteligibilidad” social y cultural de prácticas sexuales prohibidas por un cierto tabú, y que también se produce respecto de otras “desviaciones” (como la homosexualidad, el centro de las preocupaciones teóricas de Butler), no legitima el desconocimiento e invalidación de esos intercambios sexuales no normativos (Butler:224, 226-227). De hecho, la invalidación de todas las expresiones de sexualidad “desviadas” tiene, según Butler, su origen en el tabú del incesto, que cumple una función de implantación de la heterosexualidad exogámica como normal cultural. Por ello, y en la medida que por esa vía se impone una negación y un desconocimiento de esas otras formas del amor –lo que también causa sufrimiento psíquico-, es necesario, según Butler, una revisión del tabú del incesto, que permita hacer inteligibles, reconocibles, las formas de la sexualidad no normativa que no consistan en explotación (228), y cuyas consecuencias traumáticas deriven únicamente de la estigmatización social de la que son objeto por su carácter “desviado”.

Por lo que respecta al tabú de las relaciones sexuales entre niños (en general, prepúberes) y adultos, cuando no se trate de contactos obtenidos por medio de coerción abierta o derivada del contexto (donde el daño se define en términos de abuso), cualquier intento de someterlo a escrutinio a partir del principio del daño, debe hacerse cargo del conocimiento sobre el impacto real de las experiencias sexuales tempranas (*early sexual experiences*, ESE) en la salud sexual y el bienestar general de los niños en el futuro. A este respecto, a la visión tradicional, que asume de manera general la producción de consecuencias traumáticas de largo plazo, internalizadas en los niños que tuvieron ESE, se oponen planteamientos más recientes, como el de Laumann et al (293, 322-323) en USA –apoyado en encuestas nacionales y urbanas-, conforme al cual las ESE de niños con adultos no tienen un efecto negativo directo en su desarrollo sexual y bienestar general futuro, sino que sólo lo tienen en ciertos casos, dependiendo de

factores intervinientes adicionales, que indirectamente pueden derivar de esa experiencia temprana, pero que sobre todo se desarrollan en el ambiente en que se desenvolverá el niño a lo largo de su vida. Por ello, el carácter dañino de estas relaciones no puede evaluarse a partir de un evento puntual (la precocidad del encuentro sexual), sino de las trayectorias sexuales y de vida que sigue un niño a partir de esa experiencia precoz (Laumann et al:322-323; véase también Finkelhor, en *Discussion Paper*:370-371, admitiendo el valor explicativo de esta nueva perspectiva teórica, si bien en forma complementaria, y no sustitutiva, de sus propios estudios sobre impacto de largo plazo del evento de la ESE).

Sexualidad precoz de los adolescentes y daño

En lo que respecta a la sexualidad de los adolescentes (mayores de doce o catorce años), creo que salimos claramente del campo de los tabúes socialmente compartidos (salvo en el caso del incesto), incluso si, bajo una ideología más o menos dominante (pero conflictiva), acerca de la inocencia sexual de los adolescentes, en muchas legislaciones se prohíbe y penaliza el sexo entre adultos y adolescentes, con independencia de todo análisis acerca de la existencia de daño.

Por supuesto, no puede excluirse a priori que estas relaciones puedan dañar al adolescente. De hecho, la literatura reporta posibles perjuicios derivados del sexo adolescente precoz, especialmente (pero no únicamente) cuando se realiza con personas adultas. Como se verá, con todo, se trata de daños de muy diversa naturaleza, muchos de los cuales no son causados directamente por la relación sexual.

Posibles daños de las relaciones sexuales precoces entre adolescentes y adultos

Un primer caso de daño es el que se asocia a la experiencia de manipulación y coerción, en el contexto de relaciones sexuales que no fueron explícitamente forzadas, pero que sí resultaron de contextos coercitivos.

La posibilidad de coerción en el sexo de los adolescentes se asocia especialmente a ciertos contextos, como por ejemplo una relación de dependencia familiar o de otro tipo (relación educativa, de guía religiosa), o de explotación sexual comercial (como la prostitución). Precisamente algunos de esos contextos son campos de “violencia estructural”, donde la normatividad no se asocia a desarrollo infantil, sino a daños en el desarrollo.

Fuera de esos contextos, en cambio, las experiencias sexuales de adolescentes con adultos, incluso si son muy precoces, por ejemplo, alrededor de los 12 años, no tienen, tal como se indicó respecto de los niños, un efecto negativo directo en su desarrollo sexual y bienestar general futuro, sino que sólo dependiendo de factores los intervinientes (Laumann et al:293, 322-323).

En algunas investigaciones sobre el impacto de las relaciones sexuales precoces entre adolescentes y adultos se da cuenta de ciertas correlaciones estadísticas, con una mayor probabilidad –en el caso de relaciones entre mujer adolescente/varón adulto- de intento de suicidio, uso de alcohol o drogas y conductas sexuales riesgosas (sin condón) de las que puede derivarse una infección con HIV o un embarazo adolescente, si bien de esas correlaciones no pueden derivarse conclusiones claras sobre causalidad, de modo que es perfectamente posible que otras características de estas adolescentes les lleven a desarrollar todas estas conductas riesgosas (sin que el sexo precoz sea el que conduce a las demás) (Hines/Finkelhor:306-307). Por su parte, tratándose de relaciones entre varón adolescente/mujer adulta, estadísticamente se registra una incidencia ligeramente superior (que respecto de los adolescentes que no han tenido esas relaciones) de casos de problemas psicológicos, uso de alcohol y comportamiento auto dañino deliberado, nuevamente sin claridad sobre la relevancia causal de esta correlación; además, la mayoría de los adolescentes valoran positivamente la experiencia, mientras que un

tercio lo hace en forma neutral, y sólo una minoría (5%) las valora negativamente (Hines/Finkelhor:308). Sobre el posible impacto negativo de relaciones homosexuales precoces entre adolescentes y adultos –exceptuado el caso de las relaciones abiertamente coercitivas-, prácticamente no hay información disponible (Hines/Finkelhor:310), si bien Paul et al (351-353) dan cuenta de correlaciones estadísticas entre este tipo de relaciones y comportamientos de riesgo, pero sobre todo cuando se trató de relaciones abusivas, es decir, bajo coacción.

Posibles daños derivados de las relaciones sexuales precoces entre adolescentes

Si bien no se registra información sobre posibles perjuicios derivados de las relaciones sexuales precoces entre adolescentes, algunos de los recién indicados para las relaciones precoces entre adolescentes y adultos podrían, por sentido común, asociarse a las primeras, como por ejemplo la mayor incidencia de conductas sexuales riesgosas de las que puede derivarse infección con HIV o embarazo adolescente.

Así, por ejemplo, en Chile, de entre todos los adolescentes de 15-19 años que ya se habían iniciado sexualmente, sólo el 54,8% de usó condón en su primera relación sexual, y sólo el 8,2 se había realizado el test del SIDA²³.

Sobre los posibles daños de la protección a los niños en contra del sexo

Judith Levine destaca, en su esclarecedor estudio “Harmful to Minors. The Perils of protecting children from sex” (“No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y a los adultos contra el sexo”, véase Levine, 2002), que en materia de regulación de la sexualidad se puede dañar a los niños también a través de la prohibición injustificada. Una política inspirada por el pánico moral y la ansiedad de los adultos ante la posibilidad (que se considera inminente, cada minuto y en todo lugar) de que los niños sean víctimas de abuso sexual o de conductas sexuales agresivas -lo que además

²³ Flacso-Chile, citando datos de la V Encuesta “V Encuesta Nacional de Juventud” 2007, del Instituto Nacional de la Juventud (en <http://www.injuv.gob.cl/pdf/Vencuestaprensanoviembre.pdf>).

ocurriría casi en cada manifestación de interés sexual, incluso entre niños de la misma edad- puede conducir a serios riesgos para su desarrollo, aprendizaje y maduración sexual, que ya se empiezan a hacer realidad en EUA. Las normas legales y sociales que surgen de este estado de ansiedad y pánico generan estigmatización (y criminalización) de los niños y adolescentes que se salen de la norma o de las expectativas de sus padres, impiden enseñar a los niños a hablar abiertamente y con confianza de sus deseos y verdaderos temores, les socializa en una visión predominantemente negativa sobre el sexo en la que no se valora el placer, la satisfacción y gratificación sexual, introduce la lógica de la sospecha en el seno de las relaciones familiares, entorpeciendo el natural y necesario contacto físico que los niños también necesitan como expresión del afecto de sus padres, entre otros peligros (Levine).

Síntesis

En síntesis, al valorar desde la perspectiva del principio del daño las expresiones de sexualidad de, y contactos sexuales con niños y adolescentes nos encontramos, en primer lugar, con algunas conductas que se consideran dañinas en tanto que abusivas, es decir, porque se obtienen a través de un ejercicio de coerción abierta, o del aprovechamiento de contextos coercitivos inmediatos (una relación de dependencia o de tutela) o estructurales (prostitución, turismo sexual).

En el caso del tabú del incesto, el carácter abusivo se asume por el mero hecho de la relación familiar, suponiéndose por definición una utilización objetual de los niños. Pese a la dificultad que el Derecho, como producción cultural que es, encuentra para tomar distancia crítica de los tabúes más extensamente compartidos en nuestra cultura, se impone, desde el principio del daño que inspira al Derecho liberal, un escrutinio, que identifique qué infracciones del tabú expresan realmente una explotación traumática del deseo del niño, y cuáles, en cambio, son traumáticas sólo como consecuencia de la

estigmatización de formas del amor “desviadas”, que no es legítimo perseguir por ello. Respecto del tabú de las expresiones sexuales entre niños (en general, prepúberes) y adultos, en los casos en que no sean obtenidas por el adulto abusando de coerción abierta o derivada del contexto, su carácter dañino sólo puede apreciarse en el largo plazo, y no puede predicarse directamente del evento mismo de una experiencia sexual temprana (ESE), pues depende de una serie de factores intervinientes, que pueden o no presentarse en la trayectoria vital futura de cada niño.

Fuera de ello, además nos encontramos con un amplio rango de comportamientos sexuales “normativos” de niños y adolescentes –obviando aquí que la “normatividad” no es universal, sino que varía dependiendo del contexto cultural-, respecto de los cuales, no obstante están en diverso grado sometidos a control o represión a partir de pautas culturales impuestas familiar o institucionalmente, no tenemos ninguna evidencia de que sean dañinas: i) la mayor parte de las expresiones sexuales de los niños, incluidos sus contactos con otros niños, o aún sus expresiones sexuales hacia adultos que aparezcan desprovistas del significado de una satisfacción sexual del adulto; ii) la mayor parte de las relaciones sexuales entre adolescentes; iii) buena parte de las relaciones sexuales entre adolescentes y adultos, que se produzcan fuera de contextos coercitivos, y que no sean muy precoces (alrededor de los doce años).

Por último, algunas conductas plenamente consensuales (producidas en contextos no coercitivos), están asociadas a ciertos perjuicios indirectos (comportamientos de riesgo sexual –asociados a HIV y embarazo adolescente-, problemas psicológicos, tendencia a la autoagresión), cuya conexión causal con aquellas conductas es más bien oscura: a) las relaciones sexuales muy precoces entre adolescentes y adultos; y, b) en menor medida, las relaciones sexuales muy precoces entre adolescentes.

Por cierto, el hecho de que un comportamiento sexual esté asociado estadísticamente a ciertos daños o indirectamente pueda producirlos, todavía no es razón suficiente para prohibirlos. Nino (339-340) destaca que un sistema imputación de responsabilidad penal liberal debe respetar el principio de que sólo se prohíba y castigue como delito un acto que cause directamente el daño que la ley se propone prevenir. Ese principio no se respeta si se castiga la relación sexual, en sí no dañina, para prevenir efectos indirectos que se pueden derivar de ella como el embarazo adolescente o el contagio con HIV. Además, como contrapartida frente a los daños reales o supuestos que a los niños les provocarían los contactos y relaciones sexuales entre sí y con adultos, hay razones para temer –como se vio- que la prohibición penal de esos contactos en algunos contextos socio-culturales puede causar importantes perjuicios a los propios niños.

IV. Edad de consentimiento sexual, derechos del niño, daño y regulación de la sexualidad de niños y adolescentes

¿Incapacidad general para consentir en contactos y relaciones sexuales?

En muchos de estos casos, la legislación aborda la cuestión declarando al adolescente (y no sólo al niño menor de doce años) incapaz de consentimiento sexual, sin exigir explícitamente daño, ni plantearse en qué medida esas relaciones implican daño.

A continuación me interesa examinar brevemente en qué medida esa visión sobre las capacidades del niño es compatible con la concepción del niño como un sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, “en conformidad con la evolución de sus facultades” (Art. 5° CDN).

La cuestión de la capacidad de consentimiento sexual ha sido tratada en el seno de las instituciones internacionales competentes en el tema de manera un poco crítica e inconsistente. Ya he señalado que, al proponer Francia y Holanda incorporar en la

futura CDN una disposición sobre protección contra el abuso y la explotación sexuales, declararon que no buscaban regular la vida sexual de los niños, sino proscribir y combatir precisamente su explotación sexual. Sin embargo, si bien la CDN no establece ninguna “edad de consentimiento sexual”. Y si bien el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, no recomienda la fijación de una edad determinada, sí ha planteado que debe fijarse una, y ha manifestado su preocupación cuando ella es muy baja, criticando los 12 años de edad establecidos por Indonesia y expresando preocupación por los 14 años de edad que fijó Islandia, aún cuando es claro que la protección del Art. 34 de la CDN en contra de la explotación sexual de los menores de edad se extiende hasta los 18 años de edad, con independencia de que exista una “edad de consentimiento sexual” inferior (Hodgkin/Newell:523).

Incapacidad y derechos del niño

Estos planteamientos del Comité de Derechos del Niño, que parece estar aspirando a que los Estados partes en la CDN fijen la edad de consentimiento sexual alrededor de los 16 años, no son coherentes con la afirmación de que no se quiere regular la sexualidad de los niños, pues el establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo si no va acompañado de la fijación de una diferencia de edad mínima (*age span*) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica establecer una prohibición de ejercicio de la sexualidad²⁴.

Además, el establecimiento de una edad de consentimiento sexual, que va de la mano con la idea de “incapacidad de consentir”, es contrario a la tendencia a reconocer competencia a los niños, sobre todo a partir de la adolescencia (12-14 años), para tomar decisiones relevantes en materias vinculadas con sus derechos de privacidad. Así, por

²⁴ En cambio, si va acompañado del establecimiento de una *age span* considerable (4 ó 6 años), técnicamente es inexacto hablar de una edad de “consentimiento” sexual, pues se trataría más bien de una restricción de la capacidad de los niños y adolescentes para consentir en contactos o relaciones sexuales, que sólo podría ejercerse respecto de parejas sexuales con las que no tengan mucha diferencia de edad.

ejemplo, decisiones más o menos consolidadas en la jurisprudencia norteamericana (Planned Parenthood of Missouri v Danforth, 42 US 52, 1976; Belotti v Baird, 443 U.S. 622, 1979) e inglesa (Gillik v West Norfolk and Wisbech Area health Authority and Another, House of Lords, 17 Oct 1985²⁵) reconocen autonomía a adolescentes en edad fértil -si son suficiente maduros- para decidir autónomamente abortar o emplear anticonceptivos. Para la Corte Suprema Federal de EUA se trata de una expresión del derecho a la privacidad, que también alcanza a niños y adolescentes. En este contexto, plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de 14 ó 16 años de consentir en cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad, contradictoria con aquellas decisiones.

Por otra parte, la declaración de una incapacidad temporal del niño –asociada a su edad o madurez- para ejercer una determinada facultad, que forma parte del ejercicio de un derecho fundamental, sólo se puede justificar como una excepción a la regla general, que es el reconocimiento de una capacidad de ejercicio iusfundamental de todas las personas, aunque sean niños (Aláez Corral:125 ss.), quienes también gozan de libertades constitucionales, como lo reconoce la misma Corte Suprema Federal de EUA: "cualquiera que pueda ser su impacto específico, ni la Decimocuarta Enmienda ni el Bill of Rights son sólo para adultos" (*In re Gault*, 387 U.S. 1, 13 (1967)²⁶); "Los derechos constitucionales no maduran ni nacen mágicamente cuando uno llega a la edad que el Estado define como mayoría de edad. Los menores, al igual que los adultos,

²⁵ Sin embargo, Freeman (2005:212ss.) da cuenta con preocupación de que alguna jurisprudencia posterior retrocede o relativiza la doctrina afirmada en *Gillik*.

²⁶ La traducción es mía. El original en inglés es "whatever may be their precise impact, neither the Fourteenth Amendment nor the Bill of Rights is for adults alone."

están protegidos por la Constitución y poseen derechos constitucionales” (*Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 74 (1976)²⁷).

Es cierto el grado de autonomía que se les debe reconocer a los niños es menor en los primeros años de la niñez, y sólo al alcanzar mayor edad y madurez –conforme la “evolución de sus facultades”, según el Art. 5º de la CDN- se va incrementando progresivamente (Cillero), hasta alcanzar en muchas materias plena autonomía en la adolescencia. Ello explica que, los derechos fundamentales, a veces, no son ejercidos directamente por el titular sino por su representante en su nombre, y en otras ocasiones, aún ejercidos directamente por el titular menor de edad, quedan sujetos a restricciones impuestas por sus padres o representantes, para la protección de otros intereses del mismo menor. En la jurisprudencia constitucional alemana y española ello depende, según Aláez Corral (125-126), entre otras razones, de la capacidad que haya adquirido el menor de edad para ejercer dicha facultad y del mayor o menor espacio que el legislador haya reconocido a los intereses de los padres de interferir en la autonomía del menor de edad en ese respectivo campo (“heteroprotección”). En forma similar, la Corte Suprema de EUA sostiene que

“...la Corte ha sostenido que los Estados pueden válidamente limitar la libertad de los niños de elegir por sí mismos cuando realizan elecciones afirmativas importantes, que pueden tener graves consecuencias. Estas resoluciones judiciales se han fundado en el reconocimiento de que, durante la etapa de formación de la niñez y la adolescencia, los menores a menudo carecen de la experiencia, perspectiva y juicio para reconocer y evitar las elecciones que podrían ser perjudiciales para ellos” (*Belotti v Baird*, 443 U.S. 622²⁸)

Tratándose de facultades de un derecho fundamental que, en sí mismas, consisten en el ejercicio de un *acto natural* (y no en *acto jurídico*), como la de expresarse (necesaria

²⁷ La traducción es mía. El original en inglés dice: “Constitutional rights do not mature and come into being magically only when one attains the state-defined age of majority. Minors, as well as adults, are protected by the Constitution and possess constitutional rights”.

²⁸ La traducción es mía. El original en inglés dice: “the Court has held that the States validly may limit the freedom of children to choose for themselves in the making of important, affirmative choices with potentially serious consequences. These rulings have been grounded in the recognition that, during the formative years of childhood and adolescence, minors often lack the experience, perspective, and judgment to recognize and avoid choices that could be detrimental to them”

para ejercer el derecho a la libertad de expresión), la capacidad de ejercerla se adquiere cuando se cuenta con la competencia biológica o cognitiva necesaria, y no depende de regla jurídica alguna. Ahora bien, a la hora de decidir si el menor de edad es maduro o no para ejercerla sin afectar otros intereses suyos, un criterio guía, desarrollado por Aláez Corral, para decidir si está justificada la limitación de la libertad del menor de edad (fundada en intereses de “heteroprotección”) está asociado a la esfera vital de que se trate:

“Si la misma tiene carácter personal, y específicamente por lo que aquí interesa se refiere al ejercicio de los derechos y libertades del menor, debe procederse a una rigurosa ponderación entre heteroprotección y autoprotección, que viene regida, como antes se dijo, por la vigencia del criterio de la gradual autonomía volitiva del menor. Por el contrario, si la esfera vital tiene una naturaleza patrimonial, o incluso personal pero desvinculada del ejercicio de derechos y libertades fundamentales del menor, el criterio con el que el legislador orienta la realización de su interés es distinto y produce unos efectos normativos también diferentes. Piénsese, por ejemplo, que mientras en la esfera personal de los derechos fundamentales la gradual autonomía volitiva del menor conducía a que su interés se centrara tanto en el futuro como en el presente, con una especial relevancia de este último; en la esfera patrimonial, sin embargo, el legislador puede haber permitido la persecución del interés del menor a través fundamentalmente del aseguramiento de su posición futura. De igual forma, mientras en la esfera personal de los derechos la madurez no puede quedar a expensas únicamente de la racionalidad de la decisión, en la esfera patrimonial esa racionalidad se convierte en el criterio dirimente de la adopción de decisiones por parte del representante legal en beneficio del menor”. (Aláez Corral:159-160)

Eso explica que la regla de incapacidad civil para enajenar inmuebles, que protege una estricta racionalidad comercial en este tipo de operaciones, centrada en el aseguramiento de la posición económica futura del menor propietario, no se vea reflejada en forma simétrica en una incapacidad del menor de edad para hacerse miembro de una asociación, ni mucho menos en su incapacidad para decidir participar en un sacramento religioso o establecer una relación afectiva de “pololos” o “novios”. Me parece claro que la capacidad para ejercer autónomamente derechos de privacidad, como el de iniciar contactos sexuales, se encuentra dentro del segundo caso.

Agencia de los niños, culturas infanto-adolescentes y daño

El tópico de la incapacidad para consentir en relaciones sexuales, como se puede apreciar del examen de los fundamentos generales de la heteroprotección en derechos fundamentales, termina ocultando la cuestión fundamental sobre la sexualidad de los niños y adolescentes: la prohibición, incluso si se trata de un niño que aún es inmaduro, sólo se puede fundamentar en la existencia de un daño o un riesgo (es decir, un peligro de daño probable). Para ejemplificarlo de forma algo trivial: no tiene sentido plantearse cuál es la edad de consentimiento para aprender a jugar fútbol, si no se puede sostener que esta actividad es dañina o peligrosa para los niños. Entonces, tampoco tiene sentido plantearse una edad de consentimiento sexual, si no se sostiene de forma plausible que la actividad sexual es dañina o peligrosa; y precisamente lo que se cuestionó en la sección anterior es la asunción –propia de una ideología que ya no se sostiene- de que el sexo en sí dañino para los niños, pues ellos son naturalmente inocentes en materia sexual. Esa asunción queda fundamentalmente como una definición valórica, cultural, que por lo demás no es universal, sino controvertida, en la mayoría de las sociedades modernas, con grados relevantes de multiculturalismo y pluralismo ideológico.

En este contexto, puede entenderse que el último recurso para mantenerse en la ideología sea refugiarse en la propia cultura local: “not in my culture”; es decir, pretender que, aún cuando no esté claro si acaso, ni en qué medida, el sexo daña a los niños, a los adultos de una determinada (sub-)cultura (y de una familia integrada en esa cultura) se les deje en libertad para reglamentar la sexualidad de “sus niños” conforme a sus valores. Es más, incluso es argumentable que, aún cuando ciertas prácticas sexuales a cierta edad no sean en abstracto dañinas para el niño, bien pueden serlo en concreto si son tenidas como contraculturales en una comunidad determinada –en un extremo, como un tabú-, tanto por el efecto iatrogénico de la inevitable reacción frente a la infracción de la norma cultural, como por el consiguiente estigma que el niño recibirá.

Creo que en efecto, buena parte de los prejuicios que se atribuyen a la sexualidad de niños y adolescentes puede tener alguna existencia real en contextos en los que esa actividad es socialmente construida como un episodio dañino y vergonzante.

Pero en este punto creo importante tener en cuenta dos consideraciones.

La primera: si se acepta que un límite al pluralismo cultural es el reconocimiento de ciertos “valores primarios” o “minimum requirements of human welfare” (fisiológicos o psicológicos) que, aún cuando sean compatibles con muy diversas formas culturales, permiten enjuiciar comportamientos límites (como la castración de niñas) (Freeman, 1979.b:140, 142 ss.), y se reconoce, además, que las constantes interculturales de la normatividad sexual de los niños expresa algún tipo de necesidad primaria –contacto físico, sensualidad, autoexploración y autosatisfacción-, entonces hay un límite normativo que se debe oponer a una forma de “construcción social de la sexualidad” que convierta en tabú cualquier expresión de sexualidad infanto-adolescente: el deber de dar a los niños espacio para alguna forma de satisfacción (culturalmente modulada) de aquella necesidad primaria

La segunda consideración tiene que ver con el descubrimiento, propio de la “Nueva Sociología de la Infancia”, del carácter activo, creativo y transformador de las culturas de pares durante la infancia y la adolescencia (Corsaro, 2004), que arrojan nueva luz sobre la relación entre cultura adulta (que puede construir la sexualidad como tabú) y culturas infantiles y adolescentes (que tienen cierta capacidad para realizar construcciones culturales en alguna medida distintas). Desde esta perspectiva, en el seno de esas culturas de pares, si bien se reciben los contenidos de la cultura adulta dominante, estos códigos y prácticas culturales recibidos son reinterpretados de forma creativa, a través del juego y la experimentación, y de esa manera, dan origen a usos, prácticas y pautas propios de una o diversas culturas infanto-adolescentes, que en menor

o mayor medida difieren de la cultura adulta, dando lugar, a continuación, a permanentes procesos de “negociación” con los adultos, destinados a obtener espacios legítimos de expresión de esos nuevos usos, prácticas y pautas dentro de una cultura “negociada”. Ese proceso cotidiano, denominado por Corsaro “interpretive reproduction”, y que él analiza con métodos etnográficos que registran, en prolongados estudios longitudinales, la transformación creativa que los niños, en grupos de pares, hacen de las rutinas culturales y del lenguaje recibido de parte de los adultos, normalmente transcurre de forma casi imperceptible, pero es el que explica de manera más convincente los procesos de cambio cultural en el plano intergeneracional. Me parece evidente la importancia de ello para la cuestión de los límites, no ya normativos, sino fácticos, que se oponen a una “construcción social de la sexualidad” basada en un modelo de sexualidad reproductiva tradicional, que persista en reprimir las expresiones normativas de sexualidad infanto-adolescente, a través de las cuales se expresa de manera insistente aquellas necesidades primarias asociadas a esta dimensión de la interacción humana. La transformación cultural operada por la emergencia de nuevas prácticas (normatividades) sexuales entre los niños y adolescentes expresa colectivamente un ejercicio de autonomía y contribuye a la transformación del mapa cultural de la sexualidad hacia un modelo no reproductivo (y no patriarcal) centrado en el deseo y la realización personal. Por lo demás, esta transformación cultural también encuentra estímulos en nuevas pautas surgidas específicamente en el mundo adulto; especialmente, la pauta que representa la mujer separada que, tras la ruptura, busca y encuentra una nueva pareja sexual, realidad cada vez más presente en las sociedades modernas (Laumann, *General Discussion*, en Bancroft (Ed.):455), que forma parte del *in-put* cultural que niños y adolescentes, testigos de la renovada sexualización de sus madres, reciben de la cultura adulta y que, luego, reproducen y transforman a través de

sus propias creencias y prácticas culturales –entre otras, una iniciación sexual más temprana (Laumann, *ibíd.*)-.

Pero la perspectiva aportada por la teoría de la “interpretive reproduction” me parece fructífera también para aportar un punto de vista nuevo al delicado problema de definir las expresiones de sexualidad dañinas, en tanto que expresivas de manipulación o abuso. La propia construcción cultural de los grupos de pares que se expresan sexualmente de formas innovadoras, podría aportar criterios para definir cuáles son expresiones de autonomía sexual, que son experimentadas como satisfactorias, que no dejan a los niños y adolescentes en situación incómoda ni les hacen sentir vergüenza o sufrir estigmatización, y cuáles son, en cambio, las vivencias sexuales que se experimentan como abusos, que se realizan más bien por situaciones de extrema necesidad o coerción, que se viven de forma vergonzosa y que estigmatizan a los niños y adolescentes que las viven. Volviendo a un ejemplo ya conocido, el “ponceo” de los preadolescentes y adolescentes chilenos, hoy en día se experimenta culturalmente del primer modo, incluso como una expresión de autonomía política frente a generaciones más “reprimidas”:

“Nosotros no somos los hijos de la dictadura; somos los hijos de la democracia”, dijo Michele Bravo, 17 años, en una reciente fiesta vespertina. “Hay mucho de espíritu rebelde en la juventud de hoy en día. Hay mucha más libertad para explorarlo todo” (“In tangle of young lips, a Sex Rebellion in Chile”, *The New York Times*, 12 de septiembre de 2008²⁹).

En cambio, la prostitución de adolescentes se encuentra, según me parece también bastante claro, en el segundo grupo de experiencias.

Principios operativos para la regulación penal de la sexualidad infanto-adolescente

A partir del análisis anterior, creo que la regulación penal de la sexualidad infanto-adolescente, y una revisión de las figuras penales vigentes, deberían someterse a los siguientes principios operativos:

²⁹ La traducción es mía.

- Prohibir comportamientos sexuales cuya forma de realización (fuerza, intimidación, abuso de una relación de dependencia, etc.) o contexto coercitivo (explotación sexual comercial) no deje dudas acerca de su carácter dañino o abusivo. Las propias opiniones de los niños y la forma en que esos comportamientos sexuales son socialmente construidos en sus culturas de pares pueden ser un factor relevante para considerar la presencia o ausencia de abuso. Para no lesionar el mandato de determinación de las prohibiciones penales (y, con ello, la seguridad jurídica), este criterio debería servir al legislador para identificar y definir contextos coercitivos o de abuso, sin perjuicio de que la jurisprudencia los vaya refinando y adaptando, de una forma que no lesione la protección de la confianza de los destinatarios de las normas penales.
- Renunciar a la fijación de una edad de consentimiento sexual como la sola base de una prohibición penal. La minoría de cierta edad (12 años) combinada con una diferencia de edad entre los sujetos involucrados sexualmente (4 ó 6 años) podría llegar a considerarse como una presunción refutable de abuso, si es necesaria para optimizar la protección y sortear problemas probatorios, siempre que se deje la posibilidad a los intervinientes de demostrar que no hubo abuso (en el sentido de aprovechamiento de una situación concreta o estructural de coerción) sino una expresión de sexualidad autónoma.
- Renunciar a prohibiciones penales discriminatorias, como la que impone límites especiales a las expresiones de sexualidad homo respecto de los menores de edad.
- Renunciar a prohibiciones penales de conductas cuyos riesgos son meramente estadísticos (mayor correlación de conductas de autoagresión) o que sólo

indirectamente están conectados con la conducta sexual (daños derivados del embarazo adolescente o de un contagio accidental con HIV).

- En relación con el incesto con (y de) menores de edad, su carácter de tabú ampliamente aceptado hace difícil una revisión racional de los esquemas de regulación penal vigentes. Sin perjuicio de ello, es necesario descartar los casos que no constituyan formas de explotación, sino sólo desviaciones de la convención cultural (incesto entre hermanos). Además, la prohibición penal de esta conducta debería ser consistente con la naturaleza del perjuicio que provoca –traumas derivados de la explotación del deseo del niño, en contextos de silencio-, tal como se presentan en el caso de un “romance” sexual secreto entre un padre y una hija; en cambio, los casos de ruptura abierta de la convención social, como el del padrastro o madrastra que se empareja con su hijastra o hijastra adolescente, no deberían ser objeto de prohibición penal, salvo cuando expresen coerción, por el abuso de la dependencia del adolescente, si lo hubiere. Asimismo, los contactos sexuales superficiales y ocasionales que responden a curiosidad del niño, juego o rituales significativos para una cultura local, aún cuando tengan significación sexual para el niño, si no responden al esquema de la explotación del deseo del niño para la satisfacción sexual del padre o madre, no deberían considerarse incesto. Por su parte, los casos de acceso sexual a través de coerción abierta pueden tratarse como los demás de su tipo, sin que el parentesco sea decisivo para diferenciarlos.
- Por último, y si bien la necesidad de regular penalmente esta conducta no me parece nada clara, el sistema legal (de derecho de familia, por ejemplo), debería considerar la represión arbitraria de la expresión de la sexualidad infanto-adolescente, que vaya mas allá de las diversidades culturales admisibles,

lesionando necesidades vitales del niño o adolescente, como una lesión de los deberes parentales.

Bibliografía

- Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago, 1873.
- Aláez Corral, Benito, *Minoría de Edad y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003.
- Bancroft, John, “Conclusions from a Theoretical Perspective”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 449-454.
- Butler, Judith, “Deshacer el género”, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2006 (“Undoing Gender”, Routledge, New York, 2004).
- Cillero, Miguel, “Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios”, en UNICEF-IIN, *Derecho a tener derechos*, Montevideo, 1999, tomo IV.
- Cocca, Carolyn E., “Jailbait. The politics of Statutory Rape Laws in the United States”, State University of New York Press, Albany, 2004
- Corsaro, William A., *The Sociology of Childhood*, 2a ed., Pine Forge Press, Thousand Oaks, CA, 2004.
- Couso, Jaime, “La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno”, en *Violencia y derecho*, Seminario Latinoamericano de teoría Política y Constitucional (SELA 2003), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 131-171.
- Di Mauro, Diane, “Conclusions from Research, Policy, and Advocacy Perspectives” en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 443-448.
- Etcheberry, Alfredo, “Derecho penal”, Tomo IV, Parte general, 2ª edición, 1976, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores.
- Flacso-Chile, *Salud Sexual y Reproductiva en Chile – 2007. Actualización de Datos Estadísticos*, 2008, en http://issuu.com/flacso.chile/docs/ssr_chile_2007/21
- Finkelhor, Davic, “Discussion Paper”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 370-372.
- Fortenberry, J. Dennis and Aalsma, Matthew C., “Abusive Sexual Experiences before Age 12 and Adolescent Sexual Behaviors”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 359-369.
- Frayser, Suzanne G., “Cultural Dimensions in Childhood Sexuality in the United States”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 255-273.
- Freeman, Michael (1997.a), “Taking children’s rights more seriously”, en *The moral status of children*, La Haya, 1997, pp. 19-45 (versión castellana: Freeman, Michael, “Tomando más en Serio los Derechos de los Niños”, en *Revista de Derechos del Niño*, Nos 3-4, Santiago, 2006. pp. 251-279).

- Freeman, Michael (1997.b), "Children's Rights and Cultural Pluralism", en *The moral status of children. Essays on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague, 1997, 129-147.
- Freeman, Michael (2005), "Rethinking *Gillik*", en *The International Journal of Children Rights*, Vol. 13, No. 1-2, 2005, pp. 201-217.
- Freud, Anna, "El conocimiento experto y la madre", en *El psicoanálisis y la crianza del niño*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires, 1980, pp. 29-30 ("Expert knowledge for the average mother". (1949), in *The Writings of Anna Freud*, In 8 Volumes, published by International Universities Press Inc, 1974).
- Friedrich, William N./Sandfort, Theo G. M./Oostven, Jacqueline/Cohen-Kettenis, Peggy T., "Cultural Differences in Sexual Behavior: 2-6 Year Old Dutch and American Children", en Sandfort, Theo G. M./ Rademakers, Jany (Eds.), *Childhood Sexuality: Normal Sexual behavior and Development*, The Haworth Press, New York-London-Oxford, 2000, pp. 105-115 (co-published simultaneously asw *Journal of Psychology & Human Sexuality*, Vol 12, Numbers 1-2, 2000).
- Garzón Valdés, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 5, Alicante, 1988 (versión electrónica: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf).
- Herdt, Gilbert, "Discussion Paper" on "Cross-Cultural Aspects", en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 274-279
- Hines, Denise A. y Finkelhor, David, "Statutory sex crime relationships between juveniles and adults: A review of social scientific research", en *Aggression and Violent Behaviour* 12 (2007), pp. 300-314 (en www.sciencedirect.com)
- Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a edición completamente revisada, Unicef, Ginebra, Suiza, 2007.
- Klein, Melanie, "El Psicoanálisis de Niños", en *Obras completas. 2*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México, 2008, pp. 233-234 (1ª edición en alemán de 1932).
- Lauman, Edward o./ Browning, Cristopher R./van de Rijt, Arnout/Gatzeva, Mariana, "Sexual Contact between Children and Adults", en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 293-326.
- Levine, Judith, "No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y a los adultos contra el sexo", Océano, México, 2006 ("Harmful to Minors. The perils of Protecting children from sex", University of Minnessota Press, Minneapolis, 2002).
- Milanich, Nara, "Perspectiva histórica sobre filiación ilegítima e hijos ilegítimos en América Latina", en *Revista de Derechos del Niño* N° 2, UDP-UNICEF, 2003, pp. 225-249.
- Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Ediciones Gernika, México D.F., 1991 (1ª edición en inglés: "On Liberty", 1859).
- Muñoz, Guillermo, "Mujeres y vida colonial", en Sagredo, R. y Gazmuri, C. (dirs.), *Historia de la vida privada en Chile*, tomo 1: El Chile tradicional. De la Conquista a 1840, pp. 95 y ss., p. 111)
- Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1980 (original:

- “Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication”, presentado como tesis doctoral en la Universidad de Oxford).
- Pacheco, Joaquín Francisco: *El Código penal concordado y comentado* (reedición de la tercera edición de 1867), Edisofer, Madrid 2000.
- Paul, Jay P./Catania, Joseph A./Pollack, Lance M., “Childhood/Adolescent Sexual Coercion among Men Who Have Sex with Men. *Understanding Patterns of Sexual Behavior and Sexual Risk*”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 327-358.
- Retamal, Julio, “Fidelidad conyugal en el Chile colonial”, en Sagredo, R. y Gazmuri, C. (dirs.), *Historia de la vida privada en Chile*, tomo 1: El Chile tradicional. De la Conquista a 1840, pp. 49-69.
- Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2ª edición, C. H. Beck, Munich, 1994.
- Salazar, Gabriel, “Labradores, peones y proletarios”, Santiago, LOM, 2000 (primera y segunda edición, Santiago, SUR, 1985 y 1990).
- Thanasiu, Page L., “Childhood Sexuality: Discerning Healthy From Abnormal Sexual Behaviors”, en *Journal of mental Health Counseling*, Volume 26, Number 4, October 2004, pp. 309-319
- Thigpen, Jeffrey W./Pinkston, Elsie M./Mayefsky, Jay H., “Normative Sexual Behavior of African American Children”, en Bancroft, John (Ed.), *Sexual Development in Childhood*, Indiana University Press, Bloomington-Indianapolis, 2003, pp. 241-254.