



Región: Bajo Cauca  
Autor: Jeison Hernán Sierra Arango  
Título: “de la serie soledad” Ausente en la ciudad  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 60 x 90 cm

## ***DERECHO Y SEXUALIDAD: ¿LIBERACIÓN O REPRESIÓN?***

Fecha de recepción: Septiembre 5 de 2007  
Fecha de aprobación: Octubre 3 de 2007

## **DERECHO Y SEXUALIDAD: ¿LIBERACIÓN O REPRESIÓN?**

*Julio González Zapata\**

### **RESUMEN**

Este artículo pretende mostrar algunas relaciones entre el derecho y la sexualidad, a partir del análisis de la legislación penal colombiana sobre los delitos sexuales. Parte de la consideración de que las relaciones del derecho con la sexualidad han reproducido o ampliado otros controles como los provenientes de la religión, la moral y diversos discursos científicos, y eso ha conducido a un control adicional, carente muchas veces de racionalidad sostenible. Se plantea la necesidad de desexualizar los derechos.

**Palabras clave:** sexualidad, control, derecho, delito, pecado, moral.

### **LAW AND SEXUALITY: LIBERATION OR REPRESSION?**

#### **ABSTRACT**

This article intends to show some relations between law and sexuality, from the analysis of the Colombian penal legislation on the sexual crimes. It brings the consideration that the relations of the law with sexuality have reproduced or expanded other controls as the originating of religion, moral and diverse scientific speeches, and that has conducted to an additional control, lacking many times of sustainable rationality. It presents the need of desexualize (eliminating the sexual element from) the rights.

**Key words:** sexuality, control, law, crime, sin, moral.

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

## DERECHO Y SEXUALIDAD: ¿LIBERACIÓN O REPRESIÓN?

[...] también es necesario haberse construido una representación hartamente invertida del poder para llegar a creer que nos hablan de libertad todas esas voces que en nuestra civilización, desde hace tanto tiempo, repiten la formidable conminación de decir lo que uno es, lo que ha hecho, lo que recuerda y lo que ha olvidado, lo que esconde y lo que se esconde, lo que uno que no piensa y lo que piensa no pensar.

Michel Foucault.

### INTRODUCCIÓN

Decía Michel Foucault: “Quizá ningún otro tipo de sociedad acumuló jamás, y en una historia relativamente tan corta, semejante cantidad de discursos sobre el sexo. [...] Respecto del sexo, la sociedad más inagotable e impaciente, bien puede ser la nuestra”<sup>1</sup>

Habría que contrastar esta afirmación con aquel pasaje que nos es relativamente familiar, que hace suponer que la explosión verbal sobre el sexo es un fenómeno relativamente reciente, unido, por ejemplo, a la loca década de los años sesentas, con su apuesta por el amor libre en contra de la guerra, las píldoras anticonceptivas y el surgimiento de una serie de movimientos sociales ligados, directa o indirectamente, a la cuestión sexual, como los movimientos de feministas, gays, transexuales y bisexuales. Probablemente “salir del clóset”, es una expresión que revela un anclaje temporal de esta inquietud y a la vez, parece señalar un sexo previamente silenciado, invisibilizado y aun suprimido. Es probable, sin embargo, que el sexo, más que encerrado en un clóset, haya estado expuesto en una vitrina transparente, atado por la moral, las ciencias (especialmente las de la salud y de la conducta) y la ley estatal.

Alrededor de esos lazos puestos a ese sexo se ha construido un arsenal de discursos atravesados por las preguntas más extrañas: ¿cuándo, bajo qué condiciones, a qué edad, con qué propósitos, en qué tiempo y lugar, y con quién es pecado? ¿o es indebido? ¿o atrae enfermedades? ¿o produce locura? ¿o puede reproducir la especie humana, de tal manera que llegue a amenazar su propia existencia? ¿o cuáles son,

---

<sup>1</sup> Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad. I: La voluntad de verdad*. Trad. Ulises Guiñazu. México: Siglo XXI, 2000, pág. 44.

en definitiva, sus relaciones con la vida o con la muerte? ¿cuándo está permitido o en qué condiciones se vuelve delictuoso?

La insaciable vocación por darle respuesta a las anteriores preguntas (y otras más), es lo que permite a Foucault, recusando la hipótesis simplemente represiva frente al sexo, hablar de la nuestra como una sociedad con un sexo parlanchín y, además, le permite formular la siguiente pregunta: “Toda esa atención charlatana con la que hacemos ruido en torno de la sexualidad desde hace dos o tres siglos, ¿no está dirigida a una preocupación elemental: asegurar la población, reproducir la fuerza de trabajo, mantener la forma de las relaciones sociales, en síntesis: montar una sexualidad económicamente productiva y políticamente conservadora?”<sup>2</sup>.

Una de las razones por las cuales el sexo ha llegado a ser tan parlanchín y tan omnipresente, se debe a que se ha inscrito en unas relaciones muy densas que atrapan a la sociedad en su totalidad: “entre hombres y mujeres, jóvenes y viejos, padres y progenitura, educadores y alumnos, padres y laicos, gobierno y población”<sup>4</sup>. Este abigarrado y complejo mundo de relaciones, ha atraído hacia el sexo una infinidad de miradas, cada una con sus problemas particulares: lo pecaminoso para la religión, lo indebido para la ética, lo patológico para la medicina, lo monstruoso y lo atávico para la biología, la locura para la psiquiatría, la superpoblación para la economía, lo bello o lo feo para el arte y lo prohibido y delictuoso para el derecho.

Ese conjunto de miradas sobre el sexo ha estado guiado por unas estrategias, de las cuales seguramente no nos hemos escapado y que se han concretado en “la histerización del cuerpo de la mujer, la pedagogización del sexo de los niños, la socialización de las conductas procreadoras y la psiquiatrización del placer perverso”<sup>5</sup>. Esas estrategias a veces operan aflojando en unos sectores para apretar mejor en otros. Por ejemplo, la despenalización de las relaciones homosexuales, supuso la aparición de un control salubrista con el pretexto de la amenaza del SIDA y la pretensión de silenciar e invisibilizar el sexo de los niños, como lo ampliaré más adelante.

No es mi propósito hacer un recorrido por los inabarcables discursos que se han construido acerca del sexo, ni la descripción de las estrategias que se deslizan desde el aparente abandono de unos ejes, para concentrarse en otros. Me limitaré, en primer lugar, a darle una breve mirada a los códigos penales que rigieron en Colombia en

<sup>2</sup> Michel Foucault, ob. cit. Págs 48-49.

<sup>3</sup> Aunque la traducción repite la palabra padre, creo que hay que entender, clérigo o sacerdote.

<sup>4</sup> Michel Foucault, ob. cit. pág. 127

<sup>5</sup> Michel Foucault, ob. cit. págs. 127-128.

el siglo XX y en lo que va del siglo XXI, con el fin de poner en evidencia el tipo de conductas que han proscrito y los intereses que enuncian proteger con dichas prohibiciones. Ese recorrido es importante, porque nos puede mostrar cómo efectivamente hoy no se persiguen las mismas conductas y tampoco se hace a nombre de lo mismo. En segundo lugar, trataré de mostrar que la estrategia de control del sexo en nuestra actual legislación, se hace a través de dos ejes centrales: uno es convirtiendo a la familia en un centro de riesgos y otro es la negación del sexo de los menores, haciendo delictivo cualquier contacto sexual con ellos. En tercer lugar, haré una pequeña digresión para referirme al proyecto de ley que otorgaba algunos beneficios económicos a parejas del mismo sexo, para intentar así llegar a unas conclusiones generales.

Este acercamiento al sexo en la legislación colombiana tiene que ser muy parcial, pero es indispensable. Es muy parcial porque el derecho le aporta al discurso sobre el sexo, apenas una visión: lo prohibido y lo permitido. Pero es indispensable porque si bien la mayor parte de las veces las estrategias para el control y el manejo del sexo de la población, se diseñan por fuera del derecho (la religión, la ética, la medicina, la psiquiatría, la psicología, la demografía, etc.), esas estrategias normalmente se apuntalan en el derecho y sobre todo en el derecho penal. De todos es bien conocida esa extraña familiaridad entre pecadores, viciosos, perversos, monstruos, locos y delincuentes. La ley y mucho menos la ley penal, moldea el tratamiento del sexo a partir de un grado cero, sino que toma prestado, de acuerdo con la época y en dosis diferente, el sustento necesario para la formulación jurídica, para prohibir ciertas conductas o inclusive, para prescribir algunas penas.

Este breve recorrido se refiere a los códigos penales que han regido en Colombia desde el siglo XX hasta hoy, enfatizando en dos puntos: las conductas que se prohibieron y el tipo de interés o bien jurídico que se pretendía proteger.

## 1. LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS EN LOS SIGLOS XX y XXI

### **Código Penal de 1890 (vigente hasta 1938)**

Este código fue promulgado bajo la llamada “Regeneración” que comenzó Rafael Núñez, época en la cual existía una fuerte e inquebrantable alianza entre el Estado y la Iglesia Católica<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> “Había que impedir que las jerarquías sociales se trastocaran, y que las normas morales emanadas de la fe católica perecieran con la expulsión de las autoridades españolas; la vía para mantener la cohesión social

En ese Código Penal el tema sexual se agrupó básicamente bajo dos títulos: los delitos contra *la moral pública* (Título XVIII), que hacía parte del Libro Segundo que se ocupaba de los “delitos que afectan principalmente a *la nación* o a *la sociedad* o que sean cometidos por empleados públicos” y el Título Primero (delitos contra los particulares), en su Libro Tercero: contra las *personas*.

Entre los delitos contra la moral pública se incluían los siguientes: de las palabras, acciones, escritos, pinturas y otras manufacturas obscenas; el abuso de otra persona del mismo sexo (relaciones homosexuales), la alcahuetería, la corrupción de jóvenes, el incesto y el amancebamiento público.

Dentro de los delitos contra las personas se contemplaban el rapto, el adulterio, el estupro alevoso y la seducción.

En el Código Penal de 1890 se hace imposible, en materias sexuales, hacer una distinción entre moral y derecho porque parte de una insoluble confusión entre delito y pecado. La moral cristiana que la inspiraba proclamaba un profundo repudio por el sexo no reproductivo, por los placeres “inútiles” y “estériles”. Se confunde pecado y vicio. Una moral, obviamente, llena de miedos inclusive ante las meras imágenes del cuerpo humano desnudo.

### **El Código Penal de 1936 (vigente entre 1938 y 1981)**

El Código Penal de 1936, se expidió durante la llamada “Revolución en Marcha” de Alfonso López Pumarejo. En ese momento, se pretendía tomar distancia con la Iglesia Católica, por tanto era de esperar que se hiciera una clara separación entre delito y pecado, propósito que no se logró.

El tema sexual se reguló en tres títulos diferentes. El Título VII, se ocupaba de los delitos contra la *moral pública*: la realización de actos públicos que ofendan el pudor; la elaboración y tráfico de escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos y la ejecución en lugar público de exhibiciones obscenas.

El capítulo XII, se ocupaba de los delitos contra la *libertad y el honor sexual*, y en ellos se incluía la violencia carnal, el estupro, los abusos deshonestos (entre los cuales se incluía el acceso carnal entre hombres), la corrupción de menores y el proxenetismo.

---

no podía ser otra que la religión, porque *Es en la religión, y sobre todo en su institución cultural o eclesial (sic) donde la tradición encuentra sus anclajes más sólidos [...]*. La religión y la institución eclesial afirman permanencias por las cuales se establece el mundo en su sentido, su orden y su inalterabilidad”. Georges Blandier. Citado por Aura Helena Peñas Felizola, *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el código penal neogranadino de 1837*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006, pág. 62.

El capítulo XIV, trataba sobre los delitos contra *la familia*, en él se incluían el rapto, el incesto, la bigamia y los matrimonios ilegales.

En este código de la “Revolución en Marcha”, es importante recordar la regulación de lo que se llama uxoricidio por adulterio:

“Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes se sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el partícipe de tal acto, se impondrán la respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes.

[...]

Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este el perdón judicial y aún eximirse de responsable” Art. 382.

Del Código de 1936 habrá que decir que en materia sexual, no logró desatar los lazos de la moral cristiana con el Estado. De hecho se conservó un título denominado delitos contra **la moral pública**, en el cual se sigue manifestando el mismo temor a las imágenes, escritos y aun al cuerpo humano desnudo.

Y si bien en el Código Penal de 1936 se elaboró un capítulo aparte para los delitos sexuales y empieza a hablarse de *libertad sexual*, parece mucho más importante el concepto de *honor sexual*. En razón de eso, por ejemplo, se perdona la pena cuando el violador y el estuprador contraen matrimonio con la víctima y se da un tratamiento benévolo a quien mata a su cónyuge, madre, hija o hermana, sorprendidas en un acto sexual indebido. Lo anterior es la concreción de la idea de que el honor de algunos, depende de la intangibilidad del sexo de otras. Y, obviamente, en los delitos de violación carnal y estupro, se le concede al matrimonio un efecto anulante de una violencia o un engaño previos, como si el manto del matrimonio pudiera anular cualquier bellaquería. Inclusive, en esa época, la mayoría de los doctrinantes no consideraban posible una violación carnal por parte del marido a la esposa, porque las relaciones sexuales forzadas eran un derecho del hombre y la mujer debería soportar la violencia como una de sus cargas naturales: era una parte de la cruz del matrimonio. Es obvio que el matrimonio no puede anular la violencia ejercida o el engaño realizado, lo que quizá sí puede es encubrir las apariencias, que parecen mucho más cercanas al honor que a la libertad sexual<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> También resulta significativo en el Código de 1936, que el rapto se considere como un delito contra la familia como si el atentado a la libertad de la mujer careciera de importancia frente a la ofensa que se le hace al padre o al marido. Incluso podría decirse que es el honor del hombre el que parece mancillado. Sólo en el Código de 1980 el rapto pasa a ser una modalidad del secuestro y por lo tanto un delito contra la libertad.

### El Código de 1980 (Vigente entre 1981 hasta 2001)

Este Código Penal fue discutido en la década de los setentas, cuando en nuestro país se empezó a recibir la influencia de los grandes movimientos libertarios que habían sacudido al mundo en la década de los años sesenta: la revuelta Parisina de Mayo del 68, la primavera de Praga, los movimientos antibélicos en los Estados Unidos, los hippies, el comienzo del consumo masivo de la píldora anticonceptiva. También la *Criminología Crítica*, había denunciado el confesionalismo implícito en la persecución de delitos sin víctimas y el maridaje insostenible entre el Estado y ciertas morales religiosas. Por eso, no es sorprendente que haya desaparecido el título de los **delitos contra la moral pública** y se haya despenalizado el acceso carnal homosexual entre hombres.

Como interés jurídico protegido en este Código de 1980 se habla ahora de la *libertad y la dignidad humana*. Esto llama poderosamente la atención por las enormes dificultades para definir la dignidad humana en este contexto, ¿hay que entender la dignidad como cierto estado de pureza que puede ser vulnerado por el sexo?

Del tema sexual se ocupa en dos títulos: en el Título IX, delitos contra la familia: el incesto, la bigamia y los matrimonios ilegales; y en el Título XI, delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana: violación, acto sexual violento, acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; el estupro, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y el proxenetismo.

### El Código Penal del 2000 (vigente desde 2001)

De las reformas a los códigos penales colombianos, la producida en el año 2000, es probablemente la de mayor pobreza ideológica de cuantas se han hecho hasta ahora. Si la reforma de 1936 se justificaba por la necesidad de acomodar las instituciones a los postulados de la escuela positivista italiana, y la del 80 para tecnificar el Código Penal de acuerdo con la dogmática alemana, la reforma del 2000 tiene un tufo abiertamente burocrático: al Código del 80 le habían hecho tantas reformas y tantos agregados a raíz de las guerras contra la subversión, el narcotráfico y el terrorismo, que ya no era posible, ni aun para expertos, determinar cuál era el derecho penal vigente. La del 2000 fue una reforma sin muchos alientos teóricos e inscrita en una modesta sistematización y reorganización de un material disperso y caótico.

En cuanto al tema sexual, se reguló en dos títulos: el de los delitos contra la familia (Título VI), en el cual se incorporó la violencia intrafamiliar<sup>8</sup> y el capítulo propiamente dicho de los delitos sexuales (Título IV), ahora denominados *delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales*, sin que sea fácil precisar qué es integridad y formación sexuales, como era difícil, en el Código anterior, precisar la dignidad humana, que se estaba protegiendo. Lo anterior me permite formular la hipótesis de que la mención de la dignidad humana en el Código del 80 y de la integridad y formación sexuales en el Código del 2000, pretende crear un comodín para justificar la punición de algunas relaciones sexuales consentidas, hipótesis que pretendo sustentar más adelante.

Los delitos que se regulan en el **Título IV** son los siguientes: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; acceso y acto carnal abusivo con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivos con persona incapaz de resistir y proxenetismo<sup>9</sup>.

## 2. UN ALTO EN EL CAMINO

Quisiera detenerme aquí un momento, para alejarme un poco del discurso del sexo (Serrat dice que de lejos se ve más claro), para tratar de bosquejar un panorama sobre el estado actual de la **cuestión penal**, que me sirva de referente para unas reflexiones posteriores. Este panorama se puede describir a través de tres notas:

### 2.1. El descubrimiento de nuevos campos sociales, a los cuales se pretende enfrentar con los instrumentos del derecho penal

La revolución informática, la difusión de sustancias estupefacientes, las manipulaciones genéticas, el transplante de órganos, la irrupción del SIDA, la necesidad de protección del medio ambiente, la criminalidad económica, el crimen organizado y el terrorismo, etc., hacen que el derecho penal deje de ser un instrumento para reaccionar ante daños y se convierta en factor para la prevención de riesgos. En

<sup>8</sup> La violencia intrafamiliar se había empezado a regular con la Ley 294 de 1996, la cual ha sido modificada por las siguientes leyes: 248 de 1995, 575 de 2000, 575 de 2000, 599 de 2000 (Código Penal), 882 de 2004 y la Ley 1098 de 2006, lo que demuestra una actividad legislativa particularmente febril.

<sup>9</sup> Llama poderosamente la atención en este Código la introducción del artículo 212: “Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”. Es al mismo tiempo una burda sexualización del cuerpo entero y una falo-idolatría frente a cualquier objeto.

el centro de este fenómeno está, a su vez, la asunción, por el discurso penal, del concepto de sociedad de riesgo, lo que ha traído como consecuencias inmediatas para el derecho penal, adelantar la barrera de protección a los bienes jurídicos y por este camino el delito ha dejado de ser una conducta que produce resultados dañinos a los bienes jurídicos, para ser un peligro abstracto a las condiciones de supervivencia de la sociedad. Y ese peligro, como normalmente no se conoce en toda su extensión, se presume y en algunos casos, se deduce estadísticamente.

## 2.2. Las nuevas funciones que se le atribuyen al derecho penal

La tensión entre modernidad y postmodernidad, se ha reflejado en el derecho penal, modificando profundamente sus funciones declaradas; “El derecho penal ya no debe (o ya no debe únicamente) castigar, sino *infundir confianza* a la colectividad e incluso *educarla*; siendo así, estas funciones de *tranquilización* y de *pedagogía* no pueden más que provocar una extensión del ámbito que debe ser cubierto por el derecho penal”<sup>10</sup>.

Esta nueva función que se le atribuye al derecho penal, lo sitúa más bien en un estadio premoderno, porque como lo dice el mismo Stortini, se vuelven a confundir el derecho y la moral y, entonces, el derecho penal se ve necesariamente avocado al autoritarismo: “... porque [se] confía en el derecho penal y a un instrumento coercitivo una misión pedagógica que contradice la naturaleza de ese instrumento, situándolo más en una lógica autoritaria que en una tolerante y democrática”<sup>11</sup>.

## 2.3. La reaparición y, sobre todo, la instrumentalización de las víctimas

Uno de los temas que han resurgido con más fuerza en el derecho penal de los últimos años, ha sido el de las víctimas. Aparentemente recogiendo una de las críticas del abolicionismo al derecho penal (el derecho penal secuestra el conflicto y desplaza la víctima, convirtiendo el proceso penal en una relación entre el delincuente y el Estado), se pretende poner ahora a la víctima en el centro del debate, instrumentalizándola: “Si las víctimas fueron alguna vez el resultado olvidado y ocultado del delito, ahora han vuelto para vengarse, exhibidas públicamente por políticos

<sup>10</sup> Luigi Stortoni. En: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*. Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (coords.) Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, pág. 16.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 14

y operadores de los medios de comunicación que explotan permanentemente la experiencia de las víctimas en función de sus propios intereses”<sup>12</sup>.

### 3. LA FAMILIA: UN LUGAR DE RIESGOS Y UNA FUENTE DE EXTRACCIÓN DE VÍCTIMAS

Probablemente, no haya hoy un tema que suscite más interés en los medios de comunicación social que los delitos sexuales contra menores y la violencia intrafamiliar, cuando tiene ingredientes sexuales. Tampoco hay mejor instrumento para convertir un naciente político en una estrella mediática, que mostrarse absolutamente implacable con los delitos sexuales y especialmente cuando se trata de víctimas menores. Al momento de hacer propuestas, se despierta una imaginaria punitiva sin límites: la pena de muerte, pasando por la cadena perpetua, deteniéndose a veces en la castración con variables: física o química; carteles con las fotos de los violadores en los sitios más visibles de las ciudades, o que a éstos se les obligue, aun después de haber purgado sus penas, a portar una camiseta que ponga en evidencia su pasado o que tenga que visitar a sus vecinos para notificarles su condición.

Que haya un interés tan renovado sobre la delincuencia no es nada sorprendente, pues ya lo había señalado Nils Christie:

Hoy en día, con un Estado debidamente debilitado, para la mayoría de los políticos es casi un sueño verse involucrados con la ley, particularmente con el derecho penal. La explicación probablemente resulte obvia en este punto: quedan muy pocos campos para el lucimiento a nivel nacional, para los políticos como figura política, y para la política de partido. Con la economía fuera de la política, sin el dinero de los impuestos para una reforma social, en una sociedad en la que el monolito está sólidamente establecido (...) el delito se convierte en el principal escenario para lo que queda de la política<sup>13</sup>.

Lo que sí puede sorprender y en todo caso es digno de atención, es que frente a tanto discurso marrullero respecto a la familia, de hecho, a ésta se le presenta como la gran fuente de riesgos. Las historias no cesan de repetir que es en el entorno familiar donde florecen los mayores peligros de los abusos sexuales y muchas clases de violencia. Los padres, padrastros, hermanos mayores, tíos, se convierten en

<sup>12</sup> David Garland. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, pág. 241.

<sup>13</sup> Nils Christie. “El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre criminalización”. En: *XX Jornadas internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal. Bogotá, 1998, págs. 51-52.

un peligro al cual hay que vigilar permanentemente. El hogar ha dejado de ser el lugar por excelencia de la privacidad, para convertirse en un objetivo de constante escrutinio donde la sociedad y el Estado deben estar en alerta rigurosa porque se ha descubierto, que más que familiaridad, hay que ver allí un mundo de víctimas y victimarios potenciales.

La estrategia no puede ser más clara y más patética: en unos Estados deslegitimados, a todo el mundo se le invita a romper el silencio en el hogar, porque fuera de él hay unas autoridades y unos medios de comunicación que sí comprenden la gravedad del hecho y que lucharán por las víctimas, sin descanso, aun en contra de padres, hermanos y allegados. Y patética: la familia como tema penal, como fuente de riesgo y donde se encuentran unas víctimas silenciadas, que las autoridades y los medios de comunicación vengarán, sacarán a luz pública, para que la sociedad descargue todas sus represalias sobre los victimarios.

### **Un intermedio: ¿qué hacer con la violencia contra los niños?**

Cuando señalo esta estrategia legitimadora del Estado, apoyada en la violencia en la familia y sobre todo en el sexo de los niños, no es porque desconozca el inefable drama de *algunos* niños que son víctimas de terribles abusos; pero creo que se está poniendo en marcha una cruzada históricamente moralista y efectivista, que difícilmente puede proteger a los niños abusados. La solución, la insinúa el título de aparte: la violencia contra los niños hay que tratarla como lo que es: violencia pura y simple. Considero importante que se abandone ese aire de cruzada y se tenga en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, **Revisar la legislación**. En un momento en el cual los estudios indican que las nuevas generaciones están llegando a la pubertad mucho más precozmente que las anteriores, la legislación y la jurisprudencia parecen ir en contravía. Señalan la edad de los catorce años como el límite a partir del cual se puede empezar a tener sexo. Estamos, por un lado, inclusive retrocediendo más allá de legislaciones decimonónicas, que admiten el límite simplemente en la pubertad, lo cual, obviamente, obligaba a un examen caso por caso, sin esas rigideces, muchas veces contrarias a la realidad. Por otro lado, otra vez los adultos quieren decir contundentemente no al sexo de los niños, apoyándose en una extraña sabiduría, que los capacita para indicarles cuándo deben empezar su actividad sexual.

Es bueno recordar que a mediados del siglo XIX, la gran preocupación no fue silenciar el sexo de los niños y de los adolescentes, sino controlarlo con el pretext-

to de los riesgos de la masturbación. El miedo a la masturbación de los niños y adolescentes, se convirtió en una gran preocupación que generó una cruzada que hoy calificaríamos de histérica: se crearon recetas, prospectos de medicamentos, aparatos, vendas, y sobre todo, imágenes<sup>14</sup>. Se afirmó “científicamente” que “La masturbación ya no está esta vez en el origen de esa especie de enfermedad fabulosa y total, sino como causa posible de todas las enfermedades posibles”<sup>15</sup> y “En el límite, alguien que muere de viejo muere a causa de su masturbación infantil y una suerte de agotamiento precoz de su organismo”<sup>16</sup>. Foucault evoca, en el texto citado, a los padres velando en la noche para evitar esa “horrorosa” práctica de sus hijos y a los niños durmiendo con las manos atadas.

Vemos aquí una estrategia con un soporte diferente al actual. En el siglo XIX, el sexo infantil era omnipresente, insidioso, se mantenía al acecho. Hoy, se quiere negar y se proclama su inexistencia hasta los catorce años. Hay que recordar, por ejemplo, que entre nosotros hasta una reciente sentencia de la Corte Constitucional<sup>17</sup>, las jóvenes podían contraer matrimonio desde los doce años y seguramente muchas de nuestras abuelas y bisabuelas lo hicieron, sin que se observaran esos devastadores efectos que ahora se quieren ver en cualquier relación sexual de un menor de catorce años.

En segundo lugar, hay que desexualizar el tema con los niños y colocarlo en su verdadera dimensión: una violencia, simple y pura. Marine Zecca decía: “Pero lo que se ejerce sobre los niños no es ya un acto sexual, creo: es verdaderamente una violencia física [...] Es lo que quería decir: ya no se trata de sexualidad, estamos en otro campo, en el de la violencia física”<sup>18</sup>. Y David Cooper, reafirmaba: “No es sexual. Es una lesión”<sup>19</sup>. En el horizonte de esta cuestión, se deberían abandonar tantas discusiones sobre objetos gaseosos como la seguridad y la formación sexuales y proteger el **derecho a decir no**, tanto para niños como para adultos.

---

<sup>14</sup> Ver Michel Foucault. *Los anormales. Curso en el Collage de France (1974-1975)*. Trad. Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, pág. 219.

<sup>15</sup> Michel Foucault. *Los anormales*. ob. cit. Pág. 223.

<sup>16</sup> Michel Foucault. *Los anormales*. ob. cit. Pág. 226.

<sup>17</sup> Sentencia C-507 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda E.

<sup>18</sup> Encierro, psiquiatría, prisión. Diálogo entre David Cooper, Marie-Odile Faye, Jean Pierre Faye, Michel Foucault y Marine Zecca. *En: Sexo, poder, verdad*. Barcelona: Materiales, 1978, pág. 200.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

Tercero, **asumir el problema sin hipocresías**. Entiendo que la propuesta de colocar las relaciones sexuales con menores de catorce años en el campo de la simple violencia puede ser resistida, porque hay quienes prefieren un sexo infantil completamente silenciado, que les permite a los adultos seguir diciendo cuándo debe empezar y en qué condiciones. Indudablemente los adultos perderían algo de su sabiduría salvadora, protectora y carecería de sentido el paternalismo orientador e ilustrado. Plantear el problema en términos de una **simple violencia** suscita un problema muy grave para algunos: ¿Qué hacemos con las otras violencias contra los niños, esas que se hacen visibles en los semáforos, en las aceras, en los barrios periféricos, en los niños sin comida, techo y educación? Aquí la estrategia también es clara: en las agresiones que involucren el sexo se puede individualizar a un culpable y presentarlo como un monstruo. Eso hace sentir a la gran mayoría buenos, les permite mantener la buena conciencia y les da cierta superioridad moral porque ellos no practican ese tipo de violencia. Pero... ¿y las otras? ¿a quiénes señalamos como culpables? Es claro que la respuesta puede llevar muy lejos y muy arriba; parece más cómodo, tranquilizador y efectivista un discurso que nos muestre una víctima inocente y un depredador monstruoso.

### **Disgresión. El proyecto sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo**

Detrás del proyecto que pretende otorgar algunos derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo, hay unos movimientos sociales y unas personas que han demostrado una valentía y un arrojo que personalmente me despierta toda la solidaridad. Sé que por personas y grupos como ellos, ha sido posible que el Estado haya retirado su mano en muchos campos del sexo de los habitantes –en los cuales no tendría que haber estado– como el amancebamiento, el adulterio, en las relaciones homosexuales, o que no se impongan obstáculos a la posibilidad de cambiarse de sexo, nombre, etc. Sin dejar de reconocer lo anterior, quisiera hacer unas reflexiones sobre las estrategias que pueden estar inscritas en este proyecto.

Por un lado, me parece que pedir el derecho a la seguridad social para la pareja del mismo sexo, deja en la sombra un problema mucho más grave: ¿Por qué no disfrutan de la seguridad social **todas** las personas, independientemente que vivan en parejas hetero u homosexuales? ¿no debería lucharse por una seguridad social verdaderamente universal? ¿no se está sectorizando un problema que tendría que ser de **todos**?

Por otro lado, creo que los derechos sucesorales para la pareja homosexual hacen un culto exagerado y probablemente perpetuador de instituciones que deberíamos empezar a cuestionar como el matrimonio y, sobre todo, el derecho de herencia. El derecho a la herencia se inscribe, necesariamente, en una alianza de sangre, por medio de la cual el sólo hecho de ser parientes, a veces lejanos, fríos e inclusive hostiles, cuando la muerte llega, pueden acercarse a pedir su parte. ¿No sería esto más bien lo que debería cuestionarse para, en su lugar, establecer unas formas de repartición del patrimonio del difunto, que tuvieran en consideración otros factores como la solidaridad, la fortaleza y, en últimas, la materialidad de las relaciones?

Creo que hay que ser muy cautelosos con el reclamo de muchos de estos derechos que pueden terminar creando discriminaciones adicionales y confundiendo la libertad con un simple cambio de obligaciones.

## CONCLUSIONES

Un breve recorrido por la legislación penal colombiana en materia sexual, nos muestra con toda claridad que muchas conductas que se habían considerado delictuosas, han dejado de serlo. Esto no quiere decir que automáticamente los colombianos estemos gozando de mayor libertad sexual y, sobre todo, que no se sigan diseñando y poniendo en práctica, con el pretexto del sexo, estrategias de control. Así, por ejemplo, si se ha levantado la punibilidad del homosexualismo, inmediatamente ha aparecido la necesidad de precauciones sanitarias muy exigentes, para presuntamente evitar el contagio del SIDA. Si se desacraliza el matrimonio, en su reemplazo se legisla sobre la violencia intrafamiliar, lo que puede llegar a cobijar, en un próximo futuro, a las parejas del mismo sexo; si se admite discutir algunos derechos para parejas homosexuales, se silencia el sexo de los menores y se dispara el arsenal punitivo, inclusive en relaciones consentidas y en el seno de la familia. El mismo sexo se aspira a convertirlo en material de enseñanza obligatorio en las escuelas y colegios.

Es claro, entonces, que si la ley se retira de un lado, es para introducirse mejor y más eficazmente, en otro. Creo que nunca, como hoy, se tiene mayor visibilidad y sensibilidad frente a la delincuencia sexual. Es probable que el problema no haya crecido, pero hablamos tanto de él que necesariamente aparece por todas partes. Cierta liberalidad en el sexo se otorga a cambio de perpetuar instituciones como la familia y las reglas sucesorales.

Finalmente, creo que el problema no consiste en que se otorguen derechos a los diferentes, sino en que se retiren tantas cauciones religiosas, morales, científicas pedagógicas y jurídicas frente al sexo de **todos** y así se podrá tener en el sexo un placer sencillo, singular, irrepetible, que pueda disfrutarse sin que las manos largas de la moral, las ciencias o la Ley, lo constriñan o lo moldeen. En su límite no debe haber más que el **derecho del otro o de la otra, a decir no.**