

1.- Introducción

El objetivo de este texto consiste en poner sobre la mesa algunos debates en torno a los derechos sexuales de las personas durante la infancia y la adolescencia, aún no resueltos. Este tipo de derechos constituyen uno de los ámbitos en los que queda más claramente de manifiesto la incapacidad de la regulación existente para garantizar ciertos derechos durante la minoría de edad, pero también la ausencia de una teoría que permita fundamentar los derechos humanos en esta etapa de la vida. Es al intentar definir los derechos sexuales y reproductivos que se evidencia la falta de una discusión a profundidad sobre los derechos de niñas y niños, pues mientras que desde algunas posturas se reivindica su titularidad - especialmente para los adolescentes de algunos de estos derechos como el acceso a la anticoncepción- se sigue justificando la limitación para ese mismo grupo etario de algunos otros derechos relacionados, por ejemplo, a contraer matrimonio¹.

Desde mi punto de vista uno de los aspectos centrales se sitúa en el tema del consentimiento. Abordar este asunto *en serio* supone cuestionar los criterios hasta ahora utilizados para el reconocimiento de ciertas capacidades durante la minoría y la mayoría de edad, labor que muy pocos especialistas han emprendido y que, además, se considera irrelevante por la mayoría de los teóricos. En este sentido sería necesario también discutir acerca del límite de los derechos y deberes que la ley reconoce a los padres en el ejercicio de la patria potestad.

¹ En algunos documentos se reconocen al mismo tiempo ciertos derechos reproductivos para los adolescentes, se recomienda a los gobiernos la toma de medidas para impedir los matrimonios tempranos y se reconocen derechos a los padres en la educación sexual de los hijos, sin explicar de qué manera se justifican y armonizan estas disposiciones que pueden entrar en conflicto. El resultado es la característica fundamental del marco jurídico de los derechos de niños y niñas: la discrecionalidad.

Otro de los problemas vinculados con el tema está en la falta de una definición clara del contenido y alcances de los llamados *derechos sexuales*. En muchas ocasiones se hace referencia al término para referirse exclusivamente a los derechos reproductivos, que se definen en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Conferencia del Cairo) de la siguiente manera:

(...) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

La propuesta va en el sentido de entender los derechos sexuales de una forma más amplia, que incluya los intereses que dan origen a estos derechos durante la infancia y adolescencia, en función de que se trata de necesidades básicas que deben ser garantizadas a través de normas jurídicas eficaces, especialmente por tratarse de niñas y niños.

En la historia buscaremos encontrar el origen de algunas concepciones subyacentes y mediante una visión interdisciplinaria, que incluye a la psicología del desarrollo, argumentar el porqué de la necesidad de proteger los derechos sexuales de niñas y niños. Se cuestionará también si es que se justifica hacer una diferenciación para reconocer la validez del consentimiento en el ámbito sexual, pero no en otras esferas de la vida.

2. Derechos, infancia y sexualidad

Desde hace algunos años, la sexualidad ha sido considerada como una parte fundamental de la vida humana. Los estudios en la materia han revelado la trascendencia de este aspecto de la persona, lo que ha llevado al desarrollo de una serie de derechos, aún no completamente delimitados, en los instrumentos internacionales: los derechos sexuales y reproductivos². Este conjunto de derechos ha generado incluso una serie de movimientos sociales que se han traducido en demandas ciudadanas sobre aspectos concretos de la legislación, entre los que podemos mencionar: el derecho a la decisión respecto del número de hijos, el acceso a los métodos anticonceptivos, el aborto, la libertad sexual, etc³.

Sin embargo, cuando intentamos determinar de qué manera se ejercen estos derechos en los niños, o incluso si éstos son titulares de los mismos, surgen algunas interrogantes. Pese a estar reconocidos en instrumentos internacionales –por lo menos una formulación básica⁴-, en las constituciones y leyes de los estados como derechos universales, no se entiende que estén dirigidos a niñas y niños. Este es uno de los ejemplos que pone en tela de juicio el carácter universal de los derechos humanos, pues excluye de su titularidad y ejercicio a una buena parte de la humanidad. Lo que agrava la situación es que, en la mayoría de los casos, la restricción ni siquiera es explícita, es decir, la enunciación del derecho se hace de forma general, aunque se interpreta que están excluidos las niñas y niños⁵. Esta falta de visibilidad

² Los derechos reproductivos se encuentran más definidos y regulados, sobre todo en lo que se refiere a la anticoncepción. Sin embargo, frecuentemente se confunden y se hace alusión a los derechos reproductivos como si fueran los únicos derechos sexuales. Desde una concepción amplia de la sexualidad, los derechos vinculados con ésta tienen una dimensión mayor que los meramente reproductivos.

³ Algunos autores consideran incluso los derechos sexuales como de *cuarta generación*, por ser un concepto aún en construcción, aunque es claro que implican derechos ya reconocidos en la *primera* y *segunda* generación como el derecho a la libertad personal y el derecho a la salud.

⁴ Entre algunos de los derechos que ya están reconocidos en los instrumentos internacionales están el derecho a casarse y fundar una familia, y el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos.

⁵ Esto mismo ocurriría con los derechos políticos de las mujeres en México. No había una prohibición explícita de que pudieran votar y ser votadas, ni siquiera se mencionaba a los varones como únicos titulares, sino que se asumía simplemente que las mujeres no participaban políticamente. Por esta razón, al reformarse el artículo 34 constitucional en 1953 se incluyó expresamente a las mujeres: *Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además, los siguientes requisitos: (...)*

torna mas complejo el asunto, pues hay una cierta idea de “normalidad” y “naturalidad” en esta lectura de los derechos. A veces parecería que los derechos sexuales durante la minoría de edad se agotan en la educación sexual en el mejor de los casos.

Una posible explicación identifica dos ideas subyacentes:

La construcción del agente autónomo como el paradigma del titular de derechos. Desde las primeras declaraciones de derechos podemos identificar esta tendencia. El valor por excelencia es la libertad, las leyes se hacen para garantizar este espacio contra ingerencias arbitrarias. Quedan excluidos, por tanto, quienes no entran en el molde del agente autónomo: no ciudadanos, mujeres y niños, pero no sólo eso, sino que uno de los derechos del varón-adulto-propietario era precisamente la protección de la esfera de inmunidad privada que incluía a su familia.⁶

Por otra parte, parece haber una cierta connotación negativa y restringida de la sexualidad conjugada con una determinada concepción de la infancia. Esto se ha traducido en comprender y regular los derechos sexuales como ámbitos exclusivos del mundo adulto y aislar a la infancia, llegando a formular los derechos en sentido completamente inverso, es decir, garantizando el no acceso de los niños a los mismos. Es interesante citar como ejemplo la tipificación de la *violación equiparada*⁷, es decir, la relación sexual con un menor de cierta edad. En este sentido resulta también significativa la lucha internacional en contra del matrimonio infantil: se busca preservar la libertad sexual y de elección, pero mientras que

⁶ En Francia, durante el s. XIX, el padre de familia podía hacer uso de las prisiones del Estado Francés en el caso de desobediencia grave del hijo: *El padre que tiene motivos muy graves de queja por la conducta de un hijo puede apelar ante el tribunal de distrito; hasta los dieciséis años, la detención no puede exceder de un mes; desde esa edad hasta la mayoría, puede alcanzar hasta los seis meses. Las formalidades -y las garantías- son muy reducidas: no hay ningún documento escrito ni ninguna formalidad judicial, como no sea la orden misma de arresto, en la que no aparecen enunciados los motivos. Si tras su libertad, el hijo “cae en nuevos extravíos”, puede ordenarse de nuevo su detención.* (Hunt, Lynn 1991, p. 129)

⁷ En el Código Civil para el Distrito Federal el límite de edad para la violación equiparada se fija a los 12 años: *Artículo 175. Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena, al que: I. Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo;*

para una mujer adulta esta libertad significaría elegir libremente su pareja, para una niña es impedir que lo haga⁸.

¿Son entonces titulares de los derechos sexuales los niños y las niñas? ¿Cuáles son estos derechos? ¿Debe el estado regular este tipo de derechos? ¿Existe un marco adecuado para ello? ¿Qué papel juega la patria potestad? En el caso de los adultos se considera que la intromisión del estado es totalmente inaceptable ¿qué lleva a tener otro criterio en el caso de los niños y niñas? ¿Dónde se traza el límite de la vida privada?

Para intentar responder a esta serie de cuestiones se expone, en primer lugar, la historia de la construcción del concepto de niño, relacionándola con la exclusión de la sexualidad. Posteriormente se plantea una explicación de los derechos sexuales a partir de la teoría de las necesidades básicas y su traducción en derechos fundados en las teorías del interés para sugerir la necesidad de un marco normativo adecuado. Para ello se describe brevemente el paternalismo jurídico como modelo de ejercicio de los derechos, la legislación vigente y, finalmente, algunos de los casos difíciles o *casos límite*.

Debo adelantar a los lectores que la intención de este texto es plantear simplemente una serie de preguntas con el objeto de visibilizar el tema, con la conciencia de que sería prácticamente imposible dar una respuesta definitiva sobre un asunto que implica la evolución de la cultura occidental desde hace varios siglos. El fin se limita a tratar de justificar que hay un problema no resuelto y quizá ni siquiera planteado en este campo.

⁸ Ciertamente en muchos de los casos de matrimonio infantil la gravedad radica en que son los padres quienes imponen el matrimonio, lo cual es violatorio de derechos tratándose de mayores o menores de edad. Sin embargo, aún con el consentimiento de la niña, las recomendaciones de organismos internacionales y la reivindicación de grupos feministas se centra en elevar la edad para contraer matrimonio. Este es el caso de México.

3. Antecedentes: la construcción histórica de la exclusión de la infancia de la sexualidad

La primera pregunta que habría que formular cuando hablamos de la exclusión de un grupo de personas de ciertos derechos gira en torno a sus características, en el entendido de que son éstas las causas que justifican un tratamiento diferenciado. En el caso de las niñas y niños, tenemos una definición legal –menores de 18 años en la mayoría de los países- con sustento en algunos atributos. Parecería incuestionable la existencia de la infancia como etapa de la vida, tal vez podríamos tener una discusión sobre la edad en que se deja de ser niño, o si es conveniente una distinción entre niños y adolescentes, pero difícilmente alguien cuestionaría lo que parece a simple vista una realidad evidente: que los niños son niños.

Una de las consecuencias de la exclusión implícita es que dificulta el darnos cuenta de que la categoría de la que pretendemos conocer los atributos es una construcción histórica, y que por tanto no responde necesariamente a propiedades que justifican un determinado trato. Este es, justamente, el caso de los niños. El concepto de niño que tenemos en la actualidad y que parece estar presente como fundamento de la exclusión, surgió en una época relativamente tardía de la historia de occidente y supuso, entre otras cosas, la segregación del mundo infantil del universo de la sexualidad. En la segunda mitad del siglo XX, la *historia de la infancia*, nos descubre la forma en que se fue construyendo el concepto de niño y las implicaciones que este fenómeno tuvo.

Según los estudiosos, la generalización del concepto moderno de niño, o lo que Phillipe Ariès⁹ identifica como la afirmación del *moderno sentimiento de infancia*, no se consolida en Europa sino hasta el siglo XVIII. Hasta antes de este período, el niño compartía con los adultos espacios y actividades, sin que esta práctica fuera considerada como

⁹ Son varios los autores que, desde distintas teorías, explican el surgimiento del concepto moderno de infancia. Entre ellos podemos mencionar a Phillipe Aries (1987), Lloyd de Mause (1982) y Linda Pollok (1993).

reprobable. Ariès basa su afirmación en las representaciones pictóricas de cada época, en las que se caracterizaba al niño como un adulto en miniatura, sin las proporciones y actitudes propias de la edad. Uno de los acontecimientos que, según el autor, marcan el inicio de este proceso, es la aparición en las pinturas del *traje para la infancia*, esto es, una vestimenta adecuada a las características y actividades que hoy entendemos son propias de la etapa infantil, especialmente el juego, durante el siglo XVI.

Durante muchos siglos predominaron ciertas prácticas que en la actualidad consideraríamos inaceptables, como es el caso de ciertas caricias que se hacían a los niños hasta que entraban en la pubertad. En el siglo XV una corriente de ideas encabezada por Juan Gerson (1363-1429) comienza a estudiar los comportamientos sexuales de los niños con el fin de despertar el sentimiento de culpa en el momento de la confesión. En contra de las costumbres de la época, el autor propone preservar a la infancia del peligro cambiando las formas en la educación, hablándoles sobriamente y con palabras decentes, prohibiendo a los niños besarse y tocarse durante los juegos y evitando la promiscuidad con los adultos, por lo menos en la cama. Estas concepciones (junto con las de otros moralistas) fueron las que predominaron a la larga, aunque en ese momento no fueron aplicadas. La creencia de la época era que los niños eran seres prácticamente asexuados hasta la época de la pubertad (Ariès 1987, p. 150-152). La imagen de Cristo niño refleja la visión de la infancia como edad de la inocencia. Los siglos subsecuentes serían decisivos en la propagación de estas ideas, que tuvieron como resultado la conformación de una serie de nociones y prácticas en relación con la sexualidad y la infancia.

La reforma de la iglesia de occidente es otra de las causas del surgimiento del interés por la infancia, basado fundamentalmente en la preocupación por la educación. Existía la creencia de una inclinación natural del hombre hacia el mal y de la necesidad de una

pedagogía que controlara sus bajos instintos, y que al mismo tiempo, permitiera la convivencia política entre los hombres. (Revel 1988, pp. 173-182).

Las recomendaciones de los moralistas tardaron en llevarse a la práctica, a los niños continuaba considerándoseles inocentes y asexuados hasta la pubertad, participaban en las actividades de los mayores: desde funerales, juegos y versos, hasta representaciones teatrales con temas adultos.

El siglo XVII señala el principio del triunfo de los educadores y moralistas y con ello el inicio de una nueva actitud hacia la niñez, según Ariès (1987, pp. 534-535). En esta época cambia también la postura moral hacia ciertas actividades que adultos y niños compartían. Algunos educadores habían condenado ya la indiferencia moral colectiva, pero no es sino hasta el siglo XVII cuando se comienza a gestar la postura que prohíbe los pasatiempos y actividades considerados nocivos con el fin de educar al niño y preservar su moralidad (Ariès 1987, p. 119). Ariès señala que esta nueva separación entre actividades propias de los niños de las reservadas a los adultos se da en un principio únicamente en las clases superiores, pues durante algún tiempo pequeños y mayores de los estratos bajos continúan compartiendo juegos. (Ariès, 1987, p. 142).¹⁰

Comienza el triunfo de la noción de la inocencia infantil, que un siglo después sería ya una consideración común. Se habla de la debilidad e imbecilidad de la infancia, pero a juicio del autor, esta concepción moral poco favorable que hace hincapié en la vulnerabilidad se da como reacción a la adquisición de un papel protagónico del niño dentro de la familia. Este sentimiento de pureza conduce a una doble actitud moral hacia la niñez, pues por una parte se busca preservarla de la corrupción (especialmente sexual) y por otra parte fortalecerla desarrollando el carácter y la razón, para lo cual los educadores recomiendan moderar los

¹⁰ Esta situación responde también al proceso de individuación: la persona se iba haciendo consciente de sus diferencias. Esto ocurrió de igual manera a nivel socioeconómico.

excesos afectivos y se preocupan por desarrollar toda una serie de normas de comportamiento conformes al decoro¹¹. Esta transformación ética fue intensamente promovida por el Estado y la Iglesia, que comienzan a hacerse cargo de la educación con el objetivo de dar instrucción y garantizar el respeto a la nueva moralidad a través de nuevas estructuras institucionales, los colegios, que se extienden rápidamente. Los padres comienzan a delegar su función educadora en las escuelas, pues se perciben poco preparados para igualar los conocimientos que éstas podían transmitir.

Se puede afirmar, según diversos autores, que el XVIII es el siglo de los moralistas, pues durante este período se consolida la percepción de la infancia que promovían y se llevan a la práctica las recomendaciones de los pedagogos. Al papel que pasó a ocupar el niño en la casa y en la sociedad, le sigue como reacción una serie de recomendaciones de rigor y disciplina con el fin de controlarlo. Esta nueva actitud hace que se tome conciencia de las características y necesidades específicas de cada niño y de cada etapa del desarrollo, de manera que en los colegios se comienza a separar a los alumnos por grupos de edades.

A principios del siglo XIX, coexisten dos actitudes opuestas respecto de la infancia: la de quienes creían que el niño era por naturaleza malo y había que doblegar su voluntad por medio del sufrimiento y la de quienes pensaban (como los seguidores de Rousseau) que el niño nacía bueno con capacidades que había que desarrollar. Surgen personajes dedicados por completo a estudiar y trabajar con la infancia: Pestalozzi, Fröbel, Dickens, Unamuno, Carderera (Delgado 1998, p. 161-184). Es en este siglo cuando nace el estudio sistemático de la psicología infantil. En el ámbito jurídico, los grandes cambios producidos durante el siglo XIX tienen una gran influencia sobre la consideración del niño. Se va desarrollando la idea de

¹¹ *Los padres, a quienes la naturaleza ha dispuesto sabiamente a que amen a sus hijos, se ven llevados, si la razón no modera su afecto tan fuerte, naturalmente, a dejarlo degenerar en ciega ternura. Aman a sus niños, y ese es su deber; pero, con frecuencia, aman sus defectos con sus personas. No se debe contrariar a los niños, dicen* (Locke [1693] 1994, p. 66).

una obligación de protección por parte del Estado y es así como se extienden los medios de enseñanza, se introduce la escolarización obligatoria y diversos servicios sanitarios públicos. Por otra parte, como consecuencia de la industrialización, se promulgan en 1841 las primeras leyes sociales, a propósito de la infancia, para limitar el trabajo en las fábricas.

Sin embargo, al haberse consolidado los derechos de libertad como una inmunidad en la esfera privada del varón-adulto-propietario a la que pertenecía la familia, el niño considerado un ser vulnerable e incapaz quedó incluido en esta garantía derivada de las libertades civiles del padre y, por tanto, sometido a su poder y ajeno al derecho. La ley se limita entonces a realizar una función protectora dentro de los límites permitidos por este espacio inviolable de la familia y a ocuparse de los niños que por alguna razón se encontraban fuera de ésta: pobres, huérfanos, infractores.

La historia del tratamiento a la infancia muestra la ambigüedad en cuanto a la consideración de la sexualidad en los niños, con movimientos pendulares que probablemente coexistieron (y coexisten) en una misma época: de considerar a los niños seres asexuados y por tanto incapaces de experimentar sensaciones asociadas a la sexualidad, a procurar reducir el contacto físico en función de la inclinación innata hacia el mal del ser humano. Todo ello vinculado a la aparición de un sentimiento culpígeno.

El “*descubrimiento*” de la infancia significó su segregación del mundo adulto y una división cada vez mas radical respecto de las prácticas de la sexualidad adulta. La escuela, como espacio privilegiado creado para niñas y niños es, en cierta medida, la representación de esta idea. Infancia y sexualidad aparecen así como conceptos antagónicos, que es necesario mantener separados. Esta dicotomía prevalece aún en nuestro tiempo, reflejada en la ambigüedad en el tratamiento de los derechos, prueba de ello es la actitud respecto de los

derechos sexuales, su falta de reconocimiento explícito y los debates en torno a temas como la educación sexual en los que, por supuesto, niños y niñas no son interlocutores.

La etapa adolescente comparte esta ambigüedad, aunque en los últimos tiempos las reivindicaciones, especialmente de los derechos reproductivos, han incluido a las personas dentro de esta franja etaria. La argumentación descansa en una serie de interpretaciones derivadas de los instrumentos internacionales y leyes locales. El problema es que las mismas normas podrían justamente hacerse valer para lo contrario, es decir, para justificar según algunas posturas una limitación fuerte en el ejercicio de estos derechos. El caso más paradigmático es el de la utilización de un concepto al que parece adjudicable cualquier interpretación: el del interés superior del niño. Pero, como se intentará explicar más adelante, estos intentos por desprender una serie de derechos a partir de principios y normas vagas, lejos de contribuir a conformar un marco normativo, acentúan el carácter discrecional de las leyes destinadas a la infancia y adolescencia y dejan el ejercicio a merced de la buena voluntad de los responsables. Esta ha sido, por cierto, la nota distintiva del tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia.

4.- Necesidades sexuales durante la infancia y la adolescencia

El siguiente paso en esta línea de argumentación consiste en determinar en qué consiste la sexualidad de niños y adolescentes. Un enfoque interesante es el de la perspectiva de necesidades básicas¹² como fundamento de los derechos.¹³ Ochaíta y Espinosa han

¹² La fundamentación de los derechos a partir de necesidades ha sido ampliamente desarrollada por algunos autores. Algunos de los ejemplos de los más relevantes son: Marx, Maslow, Max Neef, Rawls, Doyal y Gough, De Lucas y Añón, Hierro, Garzón Valdés y Zimmerling entre otros.

¹³ La existencia de las necesidades por sí misma no justifica su traducción en un derecho, sino que debe haber una argumentación que los vincule. Este puente argumentativo puede darse a partir de las *teorías del interés* como origen de los derechos subjetivos. Esta teoría sostiene que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, por lo que la identificación de un interés es una razón válida para la creación de una norma jurídica.

realizado una clasificación partiendo de la propuesta de Doyal y Gough de identificar como necesidades básicas la salud física y la autonomía. A partir de esta distinción las autoras desprenden una serie de necesidades secundarias que son universales, pero que se manifiestan de forma diferenciada en cada etapa del desarrollo.¹⁴

Salud física	Autonomía
<ul style="list-style-type: none"> ♦ Alimentación adecuada ♦ Vivienda adecuada ♦ Vestidos e higiene adecuados ♦ Atención sanitaria ♦ Sueño y descanso ♦ Espacio exterior adecuado ♦ Ejercicio físico ♦ Protección de riesgos físicos 	<ul style="list-style-type: none"> ♦ Participación activa y normas estables ♦ Vinculación afectiva primaria ♦ Interacción con adultos ♦ Interacción con iguales ♦ Educación formal ♦ Educación no formal ♦ Juego y tiempo de ocio ♦ Protección de riesgos psicológicos
♦ Necesidades sexuales ¹⁵	

Como es posible advertir, las necesidades sexuales responden tanto a la necesidad básica de autonomía como de salud física y, aunque están presentes durante toda la vida, se manifiestan de manera diferente en cada período. A continuación se expone brevemente la forma en que se dan estas necesidades, que deben ser protegidas por derechos, en cada etapa evolutiva:

Así, las necesidades actuarían como intereses para fundamentar los derechos humanos. Por razones de espacio no es posible abordar en este texto la argumentación completa. (González Contró, 2008)

¹⁴ La separación y clasificación de los satisfactores primarios o necesidades secundarias obedece a un esfuerzo de simplificación, ya que éstos funcionan como un todo integrado y satisfactores, necesidades, características del individuo y contexto cultural interactúan como un sistema complejo. Es necesario aclarar que la división por etapas no implica la aceptación de períodos críticos durante el desarrollo (que correspondería a una postura rupturista), pues este proceso es único en cada ser humano y se va produciendo a lo largo del tiempo y de manera gradual. La división responde a un intento por hacer más fácil la comprensión de las transformaciones que se producen durante la infancia y de las características genéricas de cada período evolutivo.

¹⁵ La aceptación de necesidades sexuales es una novedad respecto de la taxonomía propuesta por Doyal y Gough.

Primera infancia (primer mes de vida hasta aproximadamente los dos años de edad) En estos primeros años de la vida humana -a partir de los cinco meses- los bebés comienzan a explorar su cuerpo y a realizar conductas de autoestimulación. Los adultos deben aceptar estos comportamientos con naturalidad y proteger al niño de posibles abusos sexuales (Ochaíta y Espinosa 2004, pp. 271).

Etapa preescolar (dos a los seis años) Durante esta etapa aparecen aspectos muy concretos de las necesidades sexuales, pues los niños comienzan a distinguir las diferencias entre los sexos y a mostrar ciertas conductas como autoexploración, autoestimulación, curiosidad por los compañeros del sexo opuesto, etc. Manifiestan interés por aspectos relacionados con la sexualidad, a lo que se debe responder con veracidad y un nivel adecuado a su edad. Durante este período descubren también su identidad de género y practican los roles estereotipados que corresponden a su sexo. En este sentido es importante respetar el derecho del niño al desarrollo de la identidad de género, aunque a los adultos pueda parecer que esta representación no corresponde a la forma en que se asumen los papeles en la familia. No hay que desestimar la influencia de los medios de comunicación en la construcción del significado de ser hombre y ser mujer. (Ochaíta y Espinosa 2004, pp. 286-288).

Etapa escolar (seis años hasta la pubertad, que se presenta alrededor de los doce o trece años) En lo que se refiere a las necesidades sexuales, el niño construye una imagen de su identidad sexual y de género y flexibiliza los estereotipos tan marcados durante la etapa anterior. Es capaz de comprender que la identidad sexual y de género permanecerán constantes durante toda la vida y que no dependen de los factores externos (como por ejemplo la ropa, adornos o profesión). En este proceso el papel de los padres es fundamental pues constituye el patrón de referencia de los niños para aprender los elementos más esenciales y significativos sobre la conducta sexual (Ochaíta y Espinosa 2004, pp. 299-300). Es importante también el recibir

una adecuada educación sexual que incluya formación en la afectividad y el conocimiento personal como parte fundamental de la identidad.

Pubertad y adolescencia¹⁶ (pubertad a dieciocho años) Las necesidades sexuales comienzan a cobrar una gran relevancia, pues la maduración sexual permite a los jóvenes tener relaciones coitales, por lo que se debe prestar especial atención a la educación sexual y a la prevención de embarazos y enfermedades. La educación sexual-afectiva debe contemplar, entre otras cosas, la vinculación con el otro, la responsabilidad y el autoconocimiento para plantear un proyecto de vida con la sexualidad como componente esencial. (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 316)

Como puede advertirse, se propone la comprensión de un concepto amplio de sexualidad. La utilización de una noción restringida ha tenido como consecuencia la limitación de los derechos vinculados con ésta. La propuesta de considerarla como una parte fundamental para el ser humano, integrada por una serie de elementos relacionados, permite un mejor entendimiento de su relevancia durante toda la vida humana y las diferentes formas de manifestarse y ejercerse los derechos sexuales. Esto sin duda tendría que obligar a establecer una regulación protectora de estos derechos que implicaría la restricción de otros (en especial los vinculados con la patria potestad), lo cual parece lejos de ocurrir, debido a la arraigada cultura sobre las relaciones entre padres e hijos. A esto se suma la consolidación del paradigma liberal del titular de derechos, que basa su ejercicio en un cierto tipo de autonomía de la que se presume carecen las niñas y niños.

¹⁶ La adolescencia fue la etapa de la infancia que apareció más tardíamente en la historia y presenta variaciones significativas relativas a cada contexto cultural, ya que en los países industrializados se observa un fenómeno que tiende al alargamiento de esta fase.

5.- Paternalismo jurídico y derechos del niño

Para la mejor comprensión de las dificultades que se presentan respecto de los derechos sexuales, se hará una breve exposición del paternalismo jurídico como modelo de intervención en el ejercicio de los derechos. En este tema se evidencian también las diferencias en la forma de considerar la interferencia en las decisiones personales cuando se trata de niñas y niños. Mientras que para los adultos se considera inaceptable, en términos generales, la intromisión en la vida privada aun cuando se trate de actos tendientes a la protección del propio individuo, tratándose de menores de edad se considera razonable, e incluso es ésta la forma que toman la mayoría de sus derechos. Es decir, los derechos de los niños son en general, derechos obligatorios¹⁷, lo que significa que el titular no puede renunciar a su ejercicio.

Es así como el paternalismo jurídico¹⁸ se justifica para el ejercicio de los derechos durante la infancia y adolescencia, a través de dos mecanismos fundamentales: el primero podría resumirse en los deberes vinculados con la patria potestad, a través de reconocer a los padres la facultad para decidir lo que más conviene a sus hijos, y el segundo se actualiza mediante imposiciones determinadas directamente por el estado, en las que ni los mismos padres pueden hacer elecciones respecto del cumplimiento de los derechos. En un sistema bien equilibrado un actor fundamental tendría que ser también el niño o niña, como parte del proceso de toma de decisiones sobre su propia vida.

¹⁷ Feinberg distingue entre *mandatory rights* (*derechos obligatorios*) y *discretionary rights* (*derechos discrecionales*). (Feinberg 1980).

¹⁸ Los otros dos modelos de intervención estatal son el liberacionismo y el perfeccionismo moral. El primero propone el reconocimiento de la autonomía total como medio para terminar con la opresión hacia los niños, mientras que en el segundo es el estado quien impone los modelos de vida e ideales de excelencia personal. Ambos son considerados poco justificados, pues el liberacionismo ignora ciertas características de la etapa infantil que llevan a justificar algunas medidas de protección en contra de las propias decisiones, mientras que el perfeccionismo moral, en el otro extremo, hace imposible cualquier libre elección presente y futura.

El paternalismo se basa en la presunción de que el individuo puede hacer elecciones equivocadas respecto de sí mismo, lo que justifica la imposición de medidas por parte de la autoridad para preservar bienes considerados comúnmente valiosos. El mismo término es utilizado en muchas ocasiones para descalificar cierta intervención estatal en la vida privada de los individuos, con una fuerte carga peyorativa. Incluso se desacreditan las políticas o leyes consideradas como paternalistas bajo el argumento de que el estado pretende *tratarnos como niños*. Esta situación muestra en sí misma una consideración de los niños muy extendida socialmente y con fuertes repercusiones en el ámbito jurídico y político.

El paternalismo se vincula generalmente con la imposición de medidas por parte del Estado dirigidas a evitar que el individuo se dañe a sí mismo o a favorecer sus intereses¹⁹. Para ello la autoridad pública prescribe a las personas conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan las preferencias y los planes de vida que han adoptado libremente, protegiendo así al sujeto de los actos u omisiones que afectan sus propios intereses o las condiciones que los hacen posibles, aun en contra de su voluntad, es decir, prescindiendo de su consentimiento. Ejemplos de medidas paternalistas son la obligación de usar el cinturón de seguridad en el automóvil o el casco en las motocicletas, la obligatoriedad de la educación, la punición de la venta de drogas, la obligación de hacer aportes jubilatorios o la prohibición de vender medicamentos sin receta.

En el caso de niñas y niños, el ejercicio de los derechos implica una intervención paternalista. Esto se refleja en el hecho de que el cumplimiento no está sujeto a la voluntad del titular. Por ejemplo, el derecho a la educación se interpreta como un derecho-obligatorio, es decir, que aunque es considerado un derecho porque representa un interés jurídicamente

¹⁹ Feinberg considera que el segundo caso, es decir, la protección de los intereses de la persona constituye una versión “extrema” del paternalismo: “*The principle of legal paternalism justifies state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not*” (Feinberg 1980, p. 110).

protegido para el niño o niña, éste no lleva implícita una facultad para renunciar a su ejercicio, como en la mayoría de los derechos durante la edad adulta.²⁰ Se entiende entonces que son los padres quienes deben, en primer término, cumplir con este derecho-obligación y en caso de no hacerlo, se justificaría la actuación subsidiaria del estado²¹. En este caso ni siquiera los padres pueden decidir sobre el ejercicio del derecho, es decir, es imperativo también para los adultos.

¿Qué sucede entonces en el caso de los derechos sexuales y reproductivos, que son entendidos como libertades? ¿Es necesario reconocer derechos a los padres? ¿En dónde se sitúan los límites del paternalismo?

6.- El contexto de los derechos sexuales en el derecho internacional y en la legislación mexicana

Una de las características que ha tenido el tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia ha sido la gran discrecionalidad que se otorga en su ejercicio a los actores adultos: padres, maestros, jueces, autoridades, etc. Los derechos vinculados con la filiación, en concreto la patria potestad, son un claro ejemplo de ello. Se reconoce a quien la ejerce un conjunto de derechos y deberes que pueden ejercer de acuerdo con su criterio²². Aunque la

²⁰ Se dice la mayoría, porque tal como lo señala Hierro, aún en el caso de los derechos de la edad adulta hay casos en los que se excluye la voluntad del titular en la renuncia de su ejercicio.

²¹ En la redacción del artículo 4 de la Constitución mexicana los papeles de los padres y el estado como agentes paternalistas queda muy claramente expresado: *Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.*

²² Un claro ejemplo del ello está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en la fracción 3 del artículo 26: *3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.*

tendencia es a la reducción de la discrecionalidad a través de la formulación de derechos, sigue prevaleciendo esta idea de los hijos como cuasi propiedad de los padres.²³

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, es absolutamente omisa en lo que se refiere a los derechos vinculados con las necesidades sexuales. La explicación parece simple dada la naturaleza del instrumento, que tuvo que generar el consenso de prácticamente todos los países del mundo. La Convención es una prueba más del silencio respecto del tema cuando se trata de niñas y niños. La única alusión expresa es el derecho a la protección en contra de cualquier forma de abuso o explotación sexual²⁴. En este sentido, se ha aprobado también el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, pero al igual que la Convención, se ocupa únicamente de la prevención de las formas más extremas de violación de los derechos vinculados con las necesidades sexuales. Cuestiones fundamentales, además de las expuestas, como la edad para otorgar consentimiento para tener relaciones coitales, la libertad para solicitar métodos de anticoncepción o el derecho a ver respetada la orientación o preferencia sexual ni siquiera son mencionados. Se dejan al arbitrio de los estados, que en la mayoría de los casos también son omisos en establecer una regulación clara. La decisión final se entiende reservada a los padres, sin un marco jurídico claro.

²³ No es el derecho civil el único ámbito caracterizado por la arbitrariedad. El derecho penal también tuvo como nota característica la falta de certeza jurídica para los niños o adolescentes que incurrieran en conductas tipificadas como delitos por las leyes penales.

²⁴ *Artículo 19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.*

Artículo 34. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Lo grave es que en este caso se deja sin protección a un grupo en condición de extrema vulnerabilidad, sobre todo cuando a ésta se le añade la condición de ser mujer. En este contexto se justifican desde prácticas culturales dudosamente respetuosas de derechos como la imposición del velo²⁵ o los matrimonios entre niños, hasta notoriamente violatorias de los derechos mas básicos, como puede ser la llamada “*circuncisión femenina*”.²⁶

En los países de tradición liberal, otro de los rasgos, consecuencia de la reivindicación de derechos sexuales y reproductivos, es la creación de un sistema esquizofrénico de derechos para los adolescentes. Al igual que ocurre en la legislación internacional, no hay una regulación clara sobre el límite de los derechos y su ejercicio. En el mejor de los casos estas definiciones se han delegado a legislaciones secundarias, muchas de ellas sin una legitimación democrática de origen por tratarse de reglamentos expedidos por el poder ejecutivo²⁷. Esto sucede pese a que en el artículo 4 de la Constitución mexicana se reconoce el derecho de toda persona a decidir de manera *libre e informada* el número y espaciamiento de los hijos. Sin embargo, como en la mayoría de los derechos, éste no se entiende dirigido a las personas menores de edad.

El carácter federal del Estado Mexicano redunda también en falta de certeza jurídica para los adolescentes, pues algunos estados reconocen expresamente ciertos derechos –muy reducidos- relacionados con el ejercicio de la sexualidad y la educación en la materia, mientras que otros carecen de regulación.

²⁵ El velo tiene distintas variantes: *hijab* que consiste en un velo que tapa la cabeza, *khimar* es un velo que llega hasta la cintura pero deja el rostro al descubierto, *chador* que cubre todo el cuerpo dejando al descubierto sólo la cara, *niqab* cubre el rostro dejando al descubierto los ojos y el *burka* que cubre rostro y el cuerpo completo con una rejilla en los ojos que permite una visión limitada.

²⁶ Para Freeman la llamada “circuncisión femenina” es un eufemismo de circuncisión masculina que no tiene ninguna similitud en términos de sus efectos físicos. Señala también que hay varios tipos de “circuncisión”: ritual, sunna, clitoridectomía e infabulación, cada una con distinto tipo de consecuencias físicas y psicológicas para la niña (Freeman 1997, p. 142).

²⁷ Un ejemplo es la NORMA OFICIAL MEXICANA, NOM 005-SSA2-1993, *De los Servicios de Planificación Familiar*

7. Los casos límite a debate

Además de la evidente dificultad que presentan los derechos sexuales de niñas y niños, derivado de la minoría de edad y la incapacidad para dar el consentimiento, hay algunos casos aún más complejos. Con el fin de generar el debate, se propone la discusión de casos límite, en los que, por tratarse de niños y de derechos relacionados con la sexualidad, no existe un acuerdo generalizado sobre la intervención y límites en el ejercicio de los derechos. Las preguntas que sirven como hilo conductor son ¿Quién es el titular del derecho? ¿Quién está facultado para ejercer el derecho, en el entendido de que se trata de una libertad de elección? ¿Qué pasa con el consentimiento?

- Niños intersexuales. Los niños intersexuales son aquellos que nacen con genitales ambiguos (hermafroditas), de tal manera que es necesario tomar una decisión sobre la asignación de sexo. Esta decisión es un prerrequisito para la inscripción del bebé en el registro civil. El procedimiento para la asignación del sexo se basa en un dictamen médico que determina cuál es el sexo más viable, pero se requiere del consentimiento de los padres.
- Pederastia, estupro y prostitución infantil. Este conjunto de temas está directamente vinculado con el consentimiento ¿A partir de qué edad debe reconocerse el consentimiento? ¿Puede un o una adolescente dar su consentimiento para dedicarse a la prostitución? ¿Existe la prostitución infantil²⁸?

En relación con el consentimiento, se ha utilizado como argumento a *contrario sensu* la tipificación del estupro o violación equiparada para derivar un derecho a dar consentimiento, sin considerar la naturaleza del derecho penal. El hecho de no estar tipificadas no convierte a estas conductas en permitidas. Puede tratarse de una decisión de

²⁸ La discusión en torno a la utilización del término “prostitución infantil” deriva de la postura de algunos especialistas en relación con la capacidad de una niña o niño de elegir libremente prestar servicios sexuales. En este sentido, sostienen que para referirse a este tipo de prácticas, habría siempre que hablar de “explotación sexual infantil”.

política criminal, o de la consideración de que el bien jurídicamente tutelado no debe ser protegido por el derecho penal, sino por otro tipo de normatividad.

Los expertos señalan, no solo para los adolescentes, sino para todas las etapas de desarrollo, que un componente importante está en la diferencia de edad entre los sujetos. Es decir, no puede equipararse una relación entre personas con dos o tres años de diferencia que con diez, veinte o cincuenta. Durante la primera infancia y etapa escolar éste es un criterio para determinar si hubo o no abuso sexual.

- Matrimonio entre niños o con un adulto²⁹. Algunos instrumentos internacionales plantean que debe fijarse una edad por debajo de la cual no puede contraerse matrimonio. Muchas veces son los mismos grupos los que propugnan por el reconocimiento de los derechos reproductivos de los adolescentes y por elevar la edad para contraer matrimonio ¿Cuál es el fundamento para que pueda otorgar su consentimiento para tener relaciones sexuales, pero no para contraer matrimonio? ¿Qué sucede con el principio de autonomía progresiva planteado en la Convención sobre los Derechos del Niño?

8.- Algunas aproximaciones a modo de conclusión

Lo primero que habría que concluir es que se requiere una delimitación clara y adecuada de los derechos sexuales y reproductivos a partir de las necesidades básicas. Una definición de esta naturaleza ayudaría en mucho a reducir los márgenes de arbitrariedad de todos los agentes paternalistas, en beneficio del interés superior del niño.

²⁹ Hace un año la prensa internacional se conmocionó con la noticia del divorcio entre una niña yemení de 8 años a quien su padre había obligado a casarse con un hombre 28 años mayor que ella. No sucedió lo mismo con otro caso dado a conocer también por los medios en 2009, esta vez en Unayzah, Arabia Saudita, en el que un tribunal negó el divorcio solicitado por la madre, entre una niña también de 8 años y un hombre de 58 años. En este caso los cónyuges no cohabitaban. En ambos casos fueron los padres quienes, por motivos económicos, acordaron el matrimonio.

No pasa desapercibida la enorme dificultad que la tarea de traducir las necesidades sexuales en derechos implica, dada su naturaleza, características y el período de la vida en el que se presentan. Sin embargo, se requiere de encontrar fórmulas que garanticen esta esfera de la vida para las personas en condición de vulnerabilidad. Por supuesto que esto supone principalmente una transformación cultural en la forma de concebir a la infancia, la sexualidad, y la relación entre padres e hijos.

Lo segundo es hacernos cargo de que hay una tendencia generalizada a reconocer que los adolescentes tienen derecho a dar su consentimiento para tener relaciones sexuales, debido a que están ya en edad reproductiva. Habría que vincular, sin embargo, esta afirmación, al tema del consentimiento, que además está presente en todas las etapas del desarrollo, como criterio para impedir abusos. Esto supone además, abordar el tema de la autonomía en el ejercicio de los derechos desde una visión integral, basada en el reconocimiento del desarrollo de ciertas capacidades de decisión. Significa tomar los derechos en serio.

Por otra parte, los derechos de niñas y niños nos llevan también a cuestionar el carácter mismo de los derechos humanos. O sostenemos que los derechos humanos no son universales, con las consecuencias que dicha afirmación conllevaría, y que justificaría cualquier exclusión, o concluimos que los derechos sexuales y reproductivos, entendidos en una versión estricta, no son verdaderos derechos humanos. Me inclino por lo segundo, y por formular un concepto mucho más amplio de sexualidad que fundamente derechos –y replantee los derechos existentes- que puedan ser atribuidos a todas las personas.

Finalmente, afirmamos que, si el ámbito de la sexualidad en el sentido extenso del término es fundamental para el desarrollo de la persona, es necesaria la creación de un contexto normativo adecuado que garantice estos derechos. Esto implica también la

protección en contra de los riesgos vinculados, para lo cual el medio más efectivo es una adecuada formación que permita al niño o niña protegerse a sí mismo. Para ello, hay que conocer y reconocer las necesidades:

Sólo de este modo podremos educar a nuestros niños y niñas en una actitud “erotifílica” que les permita desarrollarse al máximo como personas y, al mismo tiempo, disponer de estrategias y recursos para protegerse de ciertos riesgos y abusos (Ochaíta y Espinosa 2004, p. 253).

Se trata, en definitiva, de un conjunto de temas no resueltos que es necesario poner a discusión. La argumentación sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes ha partido de la premisa de la irrelevancia de la voluntad en el ejercicio de los derechos y de la exclusión de la titularidad. Habría que iniciar un nuevo diálogo que parta de cuestionar estos supuestos y que sobre todo incorpore a las niñas, niños y adolescentes en la discusión sobre sus derechos.

Bibliografía citada

Ariès, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987 (Orig: *L’Enfant et la Vie Familiale sous l’ Ancien Regime*, París, Plon, 1962).

Delgado, Buenaventura, *Historia de la Infancia*, Barcelona, Ariel, 1998.

Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.

Freeman, Michael D.A., *The Moral Status of Children. Essays on the rights of the Child*, The Netherlands, Dordrecht, Kluwer Law International and Martinus Nijhoff, 1997.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los Niños: una propuesta de fundamentación*, IIJ-UNAM, 2008

Hunt, Lynn, “La vida privada durante la Revolución Francesa” en Ariès, Phillipe y Duby, Georges (dirs) *Historia de la vida privada* (vol.7), Madrid, Taurus, 1991

Locke, John, *Pensamientos sobre le Educación*, Madrid, Colección Akal Bolsillo, [1693]1994.

Mause, Lloyd de, *Historia de la Infancia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982

Ochaíta, Esperanza y Espinosa, Ma. Angeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño*, Madrid, Mc Graw-Hill-UNICEF, 2004.

Pollock, Linda, *Los niños olvidados: relaciones entre padres e hijos de 1500 a 1900*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993

Revel, Jacques, “Los usos de la civilidad” en Ariès, Phillipe y Duby, Georges (dirs) *Historia de la vida privada* (vol. 3), Madrid, Taurus, 1988, pp. 169-209 (Orig: *Histoire de la vie privée*, París, Éditions Du Seuil,1985).