

Sexualidad y políticas

penales contemporáneas

Rafael Velandia Montes*

mn

Sexuality and contemporary criminal policies

Resumen

Hoy en día puede afirmarse que existe un amplio rechazo a las relaciones sexuales entre adultos y menores por razones de diversa naturaleza, tales como religiosas, sociales e, incluso, psiquiátricas. Así, dentro del ámbito de la psiquiatría se ha considerado que la atracción sexual hacia menores de edad por parte de mayores de edad constituye una enfermedad mental: el desorden pedofílico. Entonces, en este trabajo se lleva a cabo un análisis de dichos planteamientos de las ciencias mentales con el propósito de verificar su cientificidad en relación específica con las políticas penales. Finalmente, se arriba a la conclusión de que la edad de consentimiento en las relaciones sexuales es un asunto de naturaleza estrictamente social, mediante definición en la ley y no obedece a ninguna enfermedad mental.

Palabras clave: Sexualidad; Desorden pedofílico; Edad de consentimiento sexual; Delincuencia sexual; Política penal.

Abstract

Currently, sexual relations between adults and minors is broadly rejected for various reasons, namely religious, social and psychiatric. Within the field of psychiatry and psychology, it has been considered that sexual attraction to minors by adults is a mental illness: pedophilic disorder, known in the past as pedophilia. An analysis of the approaches undertaken by psychiatry and psychology has been carried out with the purpose of verifying their scientific foundations and the legitimacy of their implementation in penal policies. Consequently, the conclusion to be drawn is that the age of consent regarding sexual activity between adults and minors is strictly a matter of social nature, as defined by criminal law. Therefore, those who are sexually attracted to people under the age of consent do not suffer from any mental disease and can only be prosecuted if they engage in sexual relations with people classified as minors.

Keywords: Sexuality, pedophilic disorder, sexual delinquency, criminal policy.

Fecha de presentación: 11 de diciembre de 2013. Revisión: 23 de diciembre de 2013. Fecha de aceptación: 6 de enero de 2014.

ef

I. Relaciones sexuales entre adultos y menores de edad: fundamentos para su rechazo

No es ninguna novedad afirmar que actualmente las relaciones sexuales entre adultos y menores de determinada edad son rechazadas mayoritariamente por la sociedad¹. Este rechazo social se ve reflejado en leyes de edad de consentimiento sexual, en concreto, leyes penales que tipifican como delito el acceso carnal o cualquier otro tipo de actividad sexual consentida con una persona menor de

determinada edad. Si bien la visión sexual impuesta por diversas religiones ha constituido una fuente importante para tal repulsa, no puede afirmarse que sea la única posición que la fundamente, ya que de hecho podemos identificar razones no solo de tipo religioso sino también moral y médico².

Así, las razones de tipo religioso establecen estándares de comportamiento de acuerdo a preceptos propios de cada religión, aunque es claro que la conducta sexual que deba ser entendida como moralmente correcta cambia de religión a religión, es decir, no hay una postura única al respecto³. Por otra parte, es evidente que ninguna posición de carácter religioso puede fundamentar un rechazo a las relaciones sexuales entre adultos y menores de determinada edad desde el punto de vista legal bajo el entendido de que un estado no confesional no puede tomar partido por ninguna de las posiciones ideológicas expuestas por ninguna de las religiones existentes y, en consecuencia, no puede imponer a los ciudadanos ninguna visión religiosa de la sexualidad, sin perjuicio, por supuesto, de la libertad de los ciudadanos de conducir su vida sexual, o su ausencia por completo, de acuerdo a sus creencias, opiniones y conciencia.

De todas maneras, la religión no es el único fundamento del rechazo a las relaciones sexuales entre adultos y menores de cierta edad, pues también existen posiciones que dan un apoyo distinto basándose en la moral como, por ejemplo, aquella que sostiene que el sustento actual de la censura a tales relaciones se encuentra más en una “moral de consenso o moral de negociación” que en una visión tradicional de la moral sexual⁴. Justamente, mientras que la moral sexual tradicional “condena actos específicos per se (sexo premarital y extramarital, sexo entre compañeros del mismo sexo, sexo oral y demás) sin tener en cuenta su contexto”⁵, la moral de consenso se basa en que lo que dos o más compañeros “capaces de negociar en igualdad de condiciones acuerden y deseen hacer sexualmente es considerado como moralmente aceptable. No es más el acto sexual mismo el que es objeto de escrutinio moral sino la manera en la que ocurre” (ibídem). Al respecto es necesario manifestar que no estamos de acuerdo con la moral del consenso a la que Schmidt hace mención. En efecto, se trata de una propuesta que no aporta nada a la cuestión, pues si bien puede servir como soporte en casos extremos, verbigracia un adulto de 30 años y un menor de 4 años, lo cierto es que su noción de “capacidad de negociar en igualdad de condiciones” carece de la idoneidad para establecer soluciones a situaciones límite, pues en tales casos la respuesta de justificación o de represión a una relación sexual entre un adulto y un menor dependerá de lo que se entienda por igualdad de condiciones para negociar, concepto que por sí mismo no

proporciona parámetros que permitan fijar en qué casos existe o no tal igualdad, es decir, cómo y quién puede determinarla⁶. Entonces, el interrogante que surge es: ¿quién y bajo qué condiciones puede determinar que una persona menor de edad tiene o no la capacidad de negociar en lo que concierne a la decisión de tener relaciones sexuales? Ante esta pregunta, es evidente que no existe ningún área del conocimiento que tenga la capacidad científica de emitir una valoración en tal sentido. Así, estimamos que el criterio es vacío materialmente y, por ende, debe ser rechazado.

En la misma línea, cualquier posición basada en la moral individual debe ser repudiada porque no es razonable que la concepción de una persona pueda determinar los estándares de comportamiento, aparte de los propios, en ningún ámbito del comportamiento humano, entre ellos el sexual. En sentido similar, la moral social no puede ser tampoco el fundamento para el rechazo a las relaciones sexuales entre adultos y menores de cierta edad porque no existe ninguna forma para determinar el parecer social con una certeza que tenga la validez suficiente para fijar el sentido de la ley y porque tampoco se puede hablar de la existencia de una moral social única, pues lo máximo que se podrá decir es que existe una opinión social mayoritaria al respecto. Aparte de estas censuras, también es discutible el concepto de moral social en cuanto a que ella sería el reflejo de la opinión pública. De esta manera, debemos aclarar que “partimos de una concepción en la que la opinión pública no existe y que es un instrumento empleado por los detentadores del poder, con el propósito de ayudar a disminuir la eventual resistencia social que pueda existir frente a la adopción de una medida política, legislativa, económica o social dirigida a hacer frente a un conflicto social, haciendo creer que existe un consenso general respecto de su implementación”⁷. Empero, también es cierto que a “pesar de que no aceptamos la existencia de la opinión pública, reconocemos que su mención en las sociedades actuales en diversos escenarios es recurrente, hecho que no puede pasarse por alto y que nos obliga a ocuparnos de ella”⁸. En tal sentido, la forma en la que supuestamente se conocería la moral social sería a través de encuestas de opinión pública. Sin embargo, es bastante cuestionable que sea a través de encuestas que se le pregunte a la sociedad lo que ella piensa, pues lo cierto es que son muy conocidas sus limitaciones, la posibilidad de influenciar sus respuestas y lo que estas dicen⁹. Por último en relación con este punto, debemos agregar que es evidente que cuando los miembros del poder legislativo, como representantes de los diversos sectores sociales, aprueban una ley penal que criminaliza las relaciones y los actos sexuales con menores de cierta edad, están planteando una visión social mayoritaria sobre la sexualidad en ese punto, mas esto no es igual a

afirmar que exista una moral social que deba fijar dicho límite de edad, porque ello da a entender, reiteramos, que se trata de una visión única o compartida por todos los ciudadanos, cuando, es evidente, ello no es así.

En lo que concierne al ámbito legal penal¹⁰, las legislaciones establecen hasta qué edad una persona es considerada incapaz de brindar un consentimiento válido para tener relaciones sexuales mediante la criminalización, en términos generales, del acceso carnal o de los actos sexuales distintos al acceso carnal con personas menores de dicha edad. En el acápite III de este escrito retomaremos la razón legal de definición de la edad de consentimiento sexual, por lo que baste decir por ahora, aunque sea obvio, que la definición de dicha edad está determinada políticamente, es decir, en cada país la determinación de la edad de consentimiento sexual está vinculada de manera directa a cada una de las razones que hayan sido consideradas y hayan motivado a los miembros del órgano legislativo a aprobar la ley respectiva, razones que pueden ser religiosas, médicas, morales, etc.

Por otra parte, desde la psiquiatría y la psicología clínica se ha planteado que los adultos que desean o tienen relaciones sexuales con menores de edad sufren de una enfermedad mental, la que ha sido denominada como desorden pedofílico¹¹. Este desorden pedofílico, antes conocido como pedofilia¹², de acuerdo al Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, quinta edición, código 302.2, de la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos¹³, tiene como requisitos para su diagnóstico los siguientes¹⁴: a. Tener, en un período de al menos seis meses, fantasías recurrentes, intensas de excitación sexual, impulsos sexuales o conductas que involucren actividad sexual con un niño o con niños impúberes (por lo general, de 13 años o más jóvenes); b. Que el individuo haya actuado en relación con estos impulsos sexuales o que los impulsos sexuales o fantasías causen una marcada angustia o dificultad interpersonal; y c. Que el individuo tenga al menos 16 años y que al menos sea cinco años mayor que el niño o los niños y no deben incluirse a individuos que en su adolescencia tardía tengan relaciones con personas de 12 a 13 años¹⁵. Sin embargo, tanto en la psiquiatría como en la psicología clínica ha habido un gran debate “sobre la validez conceptual del diagnóstico de pedofilia”¹⁶, punto sobre el que nos ocuparemos en el acápite siguiente, no sin antes advertir que de lo que a continuación se trata no es de determinar si las relaciones sexuales entre adultos e impúberes deben o no ser delito o a partir de qué edad puede una persona ser considerada competente para dar su consentimiento en materia sexual, cuestión de política penal, sino si la persona que busca o tiene tal tipo de relaciones sufre o

no de alguna enfermedad mental. Con tal objetivo en mente, en seguida llevaremos a cabo un análisis en relación con la edad de consentimiento sexual.

II. Sobre la edad de consentimiento sexual

En el aparte anterior vimos que no existe un sustento único que fundamente el rechazo social actual a las relaciones sexuales entre adultos y menores de cierta edad y que, por el contrario, existen variados argumentos al respecto, sobre los que expusimos por qué no pueden ser aceptados, en específico, las razones religiosas y las morales. En esta sección pasamos a ocuparnos del análisis de la razón médica, es decir, nos ocuparemos de estudiar si existe o no un fundamento científico que respalde al desorden pedofílico, que justifique el rechazo médico a las relaciones sexuales entre adultos y menores de cierta edad. En tal sentido, debe señalarse que la censura a las relaciones entre adultos y menores no siempre ha existido como Zander¹⁷ indica en lo que respecta a la antigua Grecia, en donde las relaciones homosexuales entre los maestros y sus pupilos (erastes y erómenos) era una práctica frecuente como medio de transmisión de conocimientos, aunque con estrictas normas de comportamiento en las que, por ejemplo, estaba prohibida la penetración del maestro al alumno¹⁸, en China, en donde hasta la mitad del siglo xx era usual que niños estuvieran casados con mujeres adultas y las relaciones sexuales fueran socialmente aceptadas, o en Estados Unidos en donde, por ejemplo, en el 2002 en el estado de Texas se llevaron a cabo 60 matrimonios de mujeres de 14 años de edad¹⁹.

En igual sentido, Green²⁰ pone de presente que tal tipo de relaciones no eran extrañas en poblaciones de África, como ocurre en la población Siwan, al norte de África, en donde “todos los hombres y jóvenes se involucran en la práctica del sexo anal. Los hombres son señalados como peculiares si no lo hacen. Los hombres prominentes Siwan se prestan sus hijos entre ellos con tal fin”²¹. Así mismo, en Australia, entre “los aborígenes Aranda (Australia Central), ‘la pederastia es una costumbre reconocida [...] Comúnmente un hombre, que ha tenido sexo pero aún no se ha casado, toma a un joven de diez o doce años, que vive con él como su esposa por varios años, hasta que el hombre mayor se case”²². En las islas Hawái, en “el siglo xviii, Cook (1773) reportó la cópula en público en Hawái entre un adulto hombre y una mujer que tenía entre 11 y 12 años

‘sin la menor percepción de ser indecente o impropio’ [...] La interacción sexual entre adultos y niños era vista como beneficiosa para el niño, en lugar de gratificante para el adulto. El deseo sexual de un adulto por un no adulto, heterosexual y homosexual, era aceptado”²³. En la Polinesia Francesa, en un estudio de 1966 sobre la sociedad en las Islas Marquesas, se reportó una “considerable conducta sexual infantil con adultos”. Así, se daba cuenta de “sexo heterosexual en público entre adultos e impúberes en Polinesia [...] Los mayores asistían a los jóvenes para tener sexo con otros mayores”²⁴. En Nueva Guinea, entre “los Etoro [...] desde aproximadamente la edad de 10 años, los niños tienen regularmente sexo oral con hombres mayores y se tragan su semen para facilitar el crecimiento [...] Entre sus vecinos, los Kaluli, cuando un niño alcanzaba la edad de 10 u 11 años, su padre seleccionaba un hombre para que tuviera relaciones con él por un período de meses a años. Adicionalmente, casas de campo ceremoniales eran organizadas en donde los niños podían voluntariamente formar relaciones con hombres con quienes tenían relaciones sexuales”²⁵.

Como se ve, las relaciones entre adultos y menores no han sido elementos anómalos en diversas sociedades, en donde, por el contrario, las mismas eran un elemento normal de la vida social. De todas maneras, ante eventuales críticas sobre “la relevancia de [...] los ejemplos exóticos citados”²⁶, Green²⁷ expone que debe considerarse que “durante tres siglos la edad de consentimiento sexual en Inglaterra fue de 10 años de edad. Esto no era una tribu usando taparrabos viviendo junto a un volcán, sino la nación que por seis siglos estaba graduando estudiantes de Oxford y Cambridge”.

Por lo tanto, la edad de consentimiento sexual no ha sido una cuestión que se haya caracterizado por su uniformidad sino que, por el contrario, ha variado en múltiples ocasiones y su determinación no siempre ha obedecido a la protección de los intereses de los niños, sin contar con que no ha sido extraña la discriminación entre sexos al respecto²⁸: en el siglo xiii en Inglaterra²⁹ estaban prohibidas las relaciones entre adultos y niñas menores de 12 años³⁰, edad que luego fue disminuida a 10 años en el siglo xvi³¹, restricciones que se circunscribían en forma exclusiva a las relaciones con niñas y que no estaban dirigidas a su tutela, sino que “buscaban proteger el interés del padre en la virginidad de su hija”, en el entendido de que en esa época “una no virgen no era deseable para el matrimonio y una hija soltera era una responsabilidad financiera para su padre”³². En la misma línea, la edad de consentimiento en Inglaterra en el siglo xvi, que estaba fijada en 10 años, estuvo vigente durante tres siglos hasta que fue incrementada a 13 años en el siglo xix no por un sentimiento de ira, de

indignación, en relación con “la pedofilia per se, sino por una preocupación respecto de la prostitución infantil. Los cambios en la ley del trabajo durante el siglo xix estaban protegiendo a los niños de largas horas de trabajo en las fábricas dejándolos más accesibles para el servicio sexual como su único medio de subsistencia”³³.

En lo que respecta a límites contemporáneos, tampoco existe uniformidad sobre cuál debe ser la edad de consentimiento como puede verse; por solo dar unos ejemplos, en los casos de España, cuyo límite está fijado en 13 años³⁴; en Colombia, en 14 años³⁵; en Francia, en 15 años³⁶ y en Inglaterra, en 16 años³⁷. El interrogante es, por tanto, el siguiente: ¿cuál es el aspecto físico-biológico que justifica tales disparidades en la edad de consentimiento? Evidentemente entre los menores de los países mencionados existen diferencias en aspectos sociales (idioma, cultura, costumbres, etc.), pero no puede decirse lo mismo en lo que concierne a la faceta físico-biológica, pues el desarrollo de características físicas es idéntico³⁸, sin importar la nacionalidad de la persona. Por ende, la única conclusión posible a la que se puede llegar es que la edad de consentimiento sexual está fijada por parámetros socio-culturales y no físico-biológicos. Empero, como ya se había advertido en el primer acápite de este texto, desde la psiquiatría y la psicología clínica se ha planteado que los adultos que desean o tienen relaciones sexuales con menores de edad sufren de una enfermedad mental, la que ha sido denominada como desorden pedofílico y, en consecuencia, surge la siguiente pregunta: ¿es la atracción sexual hacia menores de determinada edad una enfermedad mental o no? De esta cuestión pasamos a ocuparnos en el siguiente apartado.

III. Desorden pedofílico vs definición legal de la edad de consentimiento sexual

Como vimos en la sección precedente, en diversas sociedades y épocas han existido actitudes diversas en lo que concierne a las relaciones sexuales con menores de determinada edad. En la misma línea, la edad de consentimiento sexual ha fluctuado e incluso hoy en día también persisten diferencias al respecto a nivel mundial, sin que exista un motivo sensato que explique y justifique tales disparidades y sin que tampoco pueda afirmarse que exista una perspectiva racional que pueda determinar una edad como la correcta en lo que respecta al

consentimiento sexual. En efecto, según se esclareció, ni las razones religiosas, ni las morales, bien individuales o sociales, aclaran razonablemente por qué debe fijarse una edad de consentimiento sexual, ni dilucidan por qué una edad en específico y no otra es la que debe quedar fijada como límite para que el consentimiento tenga validez.

Igual censura debe hacerse en relación con los planteamientos de la psiquiatría y la psicología clínica, que sostienen que los adultos que desean o tienen relaciones sexuales con menores de edad sufren de una enfermedad mental, la que ha sido denominada como desorden pedofílico. Al respecto sea lo primero señalar que no puede pasarse por alto a la hora de evaluar el carácter científico de las ciencias mentales³⁹ su forma de proceder a la hora de determinar qué es o no una enfermedad mental como puede observarse, por ejemplo, en el caso de la homosexualidad, conducta que fue considerada como enfermedad mental desde 1952 en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales⁴⁰, lo que se mantuvo en la segunda edición⁴¹ del mismo Manual, hasta el año de 1973, cuando la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos decidió excluirla por votación de sus miembros⁴² y, en consecuencia, desapareció en la séptima impresión de la segunda edición del Manual. El sustento para apoyar el carácter de “enfermedad mental” de la homosexualidad no se basaba en ningún método o procedimiento científico, sino que estaba fuertemente cimentado en una visión de la moralidad, que aún persiste, de grupos sociales que consideraban tal tipo de prácticas contra la naturaleza⁴³. En sentido similar, la exclusión de la homosexualidad como enfermedad mental no fue el resultado de investigaciones científicas al respecto, sino que fue consecuencia de las reivindicaciones de los derechos de los homosexuales derivadas de la revolución sexual de los años 1960, que ejercieron una fuerte presión social a favor de los derechos de aquellos, así como de reclamos sobre la citada ausencia de carácter científico de tal atribución como enfermedad y su evidente connotación social dependiente de posiciones morales. Entonces, lo que es racional inferir es que el carácter científico de las enfermedades mentales, al menos en lo que a su relación con el derecho concierne, no está libre de mácula ni de conflictos y, por ende, existen motivos más que razonables para dudar sobre la legitimidad de su empleo en el campo judicial.

Por lo tanto, cabe preguntarse qué relación tiene el hecho de que una práctica sexual sea aceptada o rechazada socialmente⁴⁴ con su carácter o no de enfermedad mental, a lo que debe responderse que la aceptación social de un comportamiento, en este caso la práctica de relaciones sexuales con una persona

de cierta edad, imposibilita que quienes la realizan puedan ser considerados como enfermos mentales o, como mínimo, si desde las ciencias mentales se afirmara que quien ejecuta esa conducta sufre de una enfermedad mental, esta valoración sería objeto de repulsa social, lo que impediría que se promulgaran leyes con medidas en contra de los practicantes de tal comportamiento, como ocurrió en el ya mencionado caso de la homosexualidad. En sentido contrario, si una conducta es rechazada socialmente, el camino queda abierto para que la misma sea considerada como una enfermedad, como en forma similar aconteció con las relaciones homosexuales.

Entonces, ¿eran enfermos mentales quienes sostuvieron relaciones sexuales con personas menores de 13 años o, en general, impúberes, cuando tales relaciones eran aceptadas socialmente?⁴⁵ La respuesta es, sin duda, negativa y lo que los casos narrados demuestran es que la selección de con quién se practica una determinada actividad sexual, o incluso la misma actividad, no puede ser considerada como reflejo de un estado mental de normalidad o anormalidad sino que lo único que puede decirse sobre tal elección es que es o no aceptada socialmente, lo que a su vez tendrá reflejo en el ordenamiento jurídico mediante la prohibición y la correspondiente sanción de tal comportamiento o la ausencia de tal veda, pero nada más.

La cuestión sobre la relación entre la edad de consentimiento sexual y padecer una enfermedad mental no es de menor entidad si se considera que incluso hubo propuestas para aumentar el campo de acción del concepto de pedofilia, como ocurrió con Blanchard et al.⁴⁶ que propusieron que en la siguiente versión⁴⁷ del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Psiquiátrica de Estados Unidos se expandiera “la definición de pedofilia” para incluir “la atracción erótica hacia impúberes y pubescentes o, alternativamente”, se agregara “un diagnóstico de hebefilia”⁴⁸. La propuesta consistía en que se incluyeran como enfermos mentales a quienes se sintieran atraídos hacia pubescentes, pues tal y como estaba definida la pedofilia⁴⁹ se excluía “del diagnóstico a una proporción grande de aquellos hombres cuyos fuertes sentimientos sexuales” eran “por personas físicamente inmaduras”⁵⁰ si se tenía en cuenta que la edad de las víctimas de abusos sexuales estadísticamente predominante era de 14 años⁵¹. De esta manera, lo primero que debe resaltarse es que el concepto de “personas físicamente inmaduras” es incorrecto y vacío: incorrecto, porque el único sentido lógico en el que puede interpretarse el mismo es en relación con la capacidad de reproducción y lo cierto es que las mujeres de 14 años, en términos generales –salvo excepciones de enfermedades–, gozan de

tal capacidad⁵². En igual línea, el concepto es vacío porque la opción restante sería entenderlo como capacidad psicológica, pero la misma no es algo que quepa fijarse con un marco predeterminado de edad, pues así se desconocerían los diversos niveles de desarrollo mental que las personas tienen a una edad igual y partiría de la ficción de que la capacidad mental se adquiere solo por el hecho de cumplir cierta edad, lo cual en el mundo del derecho es una necesidad operativa, debido a que tal tipo de decisiones son imprescindibles so pena de hacer imposible la regulación de diferentes aspectos de la vida social, pero ello no ocurre así en la realidad. En segundo lugar, lo que no se explica en ninguna parte es por qué la atracción hacia tal sector de la población debe ser considerada como una enfermedad mental⁵³ y lo que se aprecia es que la cuestión de la preferencia sexual es una cuestión de definición social-cultural y no de las ciencias mentales⁵⁴. Si bien la propuesta de Blanchard⁵⁵ no tuvo, por fortuna, acogida en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, quinta edición, lo cierto es que fue hecha y que puede terminar siendo acogida en el futuro si no se desnuda su carencia de fundamentos científicos, como creemos que acá hemos hecho.

Entonces, lo que no es razonable ni aceptable es que la censura social sobre una conducta sea empleada para elevar a ésta a la categoría de enfermedad mental, más cuando, a su vez, esta enfermedad es utilizada como pretexto para la imposición de medidas o sanciones legales⁵⁶ en contra de quienes practiquen tal comportamiento, tal y como se está haciendo hoy en día. Además, la situación es preocupante porque como Tromovitch⁵⁷ pone de presente, al igual que en la homosexualidad, la “pedofilia (informalmente: atracción erótica hacia gente impúber) parece haber entrado al Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales –dms– como un ‘desorden mental’ sin ninguna base científica o racional, quizá porque, como [...] la homosexualidad, la pedofilia usualmente no lleva a la procreación”⁵⁸.

En conclusión, la censura social sobre la edad de consentimiento sexual es variable no solo entre distintas sociedades en un mismo período, sino entre una misma sociedad en épocas diversas. De tal suerte, las diferencias sociales llevarán a que la edad penalmente relevante para tener relaciones sexuales nunca sea definitiva, por lo que no puede existir ninguna edad modelo o estándar. Por lo tanto, a lo que aquí se hace mención es que al margen de que estemos en presencia de un delito de violación en contra de una persona que tiene menos años de la edad penalmente relevante para tener relaciones sexuales o de un delito por haber tenido relaciones sexuales consentidas con una persona que tiene menos años de

la edad penalmente relevante para tener relaciones sexuales, lo cierto es que no puede derivarse de la edad de la víctima la existencia de una enfermedad mental en el agresor. Obviamente, en cada una de las dos hipótesis mencionadas estaremos en presencia de delitos y deberán, por lo tanto, imponerse las penas correspondientes, pero lo que no puede hacerse, bajo ninguna circunstancia, es inferir de la condición de la víctima, específicamente de su edad, una enfermedad mental. Por ende, la edad de consentimiento sexual es un asunto de estricta naturaleza social, que tiene reflejo en la ley, es decir, es un asunto de política penal.

Bibliografía

American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Washington, American Psychiatric Publishing, 1952.

American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 2.nd ed., dsm-2. Washington, American Psychiatric Publishing, 1968.

American Psychiatric Association. Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 4.th ed., dsm-4TM, Washington, American Psychiatric Publishing, 1994.

American Psychiatric Association. Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 5.th ed., dsm-5TM, Washington, American Psychiatric Publishing, 2013.

Blanchard, Ray et al. "Pedophilia, Hebephilia, and the dsm-V", Archives of Sexual Behavior, 2009, 38, disponible en:

[www.springer.com/psychology/personality+%26+social+psychology/journal/105 consultado el 19 de julio de 2013.

Dawson, Lorne L. "Religious Cults and Sex", en *Encyclopedia of Criminology and Deviant Behavior*, vol. iii, Philadelphia, Brunner-Routledge, 2001.

DeClue, Gregory. "Should Hebephilia be a Mental Disorder? A Reply to Blanchard et al. (2008)", *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springer.com/psychology/personality+%26+social+psychology/journal/105 consultado el 19 de septiembre de 2013.

Dover, Kenneth J. *Greek Homosexuality: Updated and with a new Postscript*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

Franklin, Karen. "The Public Policy Implications of 'Hebephilia': A Response to Blanchard et al. (2008)", *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springerlink.com/content/g33406gj6t2k8717/], consultado el 20 de julio de 2013.

Geis, Gilbert. "Rape-Statutory", en *Encyclopedia of Criminology and Deviant Behavior*, Clifton D. Bryant (ed.), Philadelphia, Brunner-Routledge, 2001.

Green, Richard. "Is Pedophilia a Mental Disorder?", *Archives of Sexual Behavior*, 2002, vol. 31, n.º 6, disponible en: [www.springer.com/psychology/personality+%26+social+psychology/journal/105 consultado el 27 de agosto de 2013.

Guttmacher Institute. *U. S. Teenage Pregnancies, Births and Abortions: National*

and State Trends and Trends by Race and Ethnicity, disponible en:
[www.guttmacher.org/pubs/USTPtrends.pdf], consultado en diciembre de 2013.

Hayes, Sharon y Belinda Carpenter. "Out of Time: The Moral Temporality of Sex, Crime and Taboo", *Critical Criminology*, 2012, vol. 20, Issue 2.

Hubbard, Thomas K. *Homosexuality in Greece and Rome: A Sourcebook of Basic Documents*, Chicago, University of California Press, 2003.

Killias, Martin. "The emergence of a new taboo: the desexualisation of youth in western societies since 1800", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2000, 8, disponible en:
[www.springerlink.com/content/r3732p425451h736/], consultado el 11 de agosto de 2013.

Langevin, Ron. "Yes, Virginia, There Are Real Pedophiles: A Need to Revise and Supervise, Not Eliminate, dsm", en *Peer Commentaries on Green (2002) and Schmidt (2002)*, *Archives of Sexual Behavior*, 2002, vol. 31, n.º 6, disponible en:
[www.springerlink.com/content/u55060225535015g/] consultado el 11 de julio de 2011.

Moser, Charles. "When Is an Unusual Sexual Interest a Mental Disorder?", *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en:
[www.springerlink.com/content/1928880754373266/] consultado el 8 de octubre de 2013.

Olszewski, Daryl J. "Statutory rape in Wisconsin: history, rationale, and the need for reform", *Marquette Law Review*, 2006, vol. 89, Iss. 3, disponible en:

[<http://law.marquette.edu/lawreview/Spring%202006/Olszewski.pdf>], consultado el 1.º de agosto de 2013.

Schmidt, Gunter. “The Dilemma of the Male Pedophile”, *Archives of Sexual Behavior*, 2002, vol. 31, n.º 6, disponible en: [www.springerlink.com/content/m102974020t01n26/], consultado el 25 de noviembre de 2013.

Tromovitch, Philip. “Manufacturing Mental Disorder by Pathologizing Erotic Age Orientation: A Comment on Blanchard et al. (2008)”, *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springerlink.com/content/h79l06r382000k45/], consultado el 15 de diciembre de 2013.

Velandia Montes, Rafael. “Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia”, *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, marzo de 2012, n.º 11.

Velandia Montes, Rafael “Inseguridad vial y política penal en Colombia”, *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, n.º 45 octubre-diciembre de 2013.

Zander, Thomas K. “Civil Commitment Without Psychosis: The Law’s Reliance on the Weakest Links in Psychodiagnosis”, *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*, 2005, 1, disponible en: [www.socjournal.org/2005-06/zander_2005.pdf], consultado el 17 de julio de 2013.

* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza, España; abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma casa de estudios y Diploma en Estudios Avanzados de la Universidad de Zaragoza, en el área de Filosofía del Derecho, e-mail: [rafaelvelandiamontes@hotmail.com].

Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas issn 2346-0377

vol. IV, n.º 8, julio-diciembre 2013, Rafael Velandia M. pp. 65 a 86

1 No puede decirse que todos los miembros de la sociedad compartan esta visión, porque existen sectores que propugnan ideas distintas. Al respecto puede verse, por ejemplo, en nambla, que es la sigla de la North American Man/Boy Love Association (Asociación norteamericana por el amor entre hombres y niños). Esta asociación defiende las relaciones sexuales consentidas entre hombres y menores, bajo la idea, en términos generales, de que los menores pueden encontrar atractivos a los hombres. “Está bien establecido que algunos niños encuentran a los hombres muy atractivos. Ciertamente, muchos hombres gay han reportado estar enamorados durante la infancia temprana y media (5 a 10 años de edad) de íconos masculinos como el ‘Hombre Marlboro’ e incluso de Peter Graves, el protagonista de pelo plateado de Misión Imposible. Novelas, biografías y autobiografías gay ofrecen abundantes ejemplos. Y no todos los niños que encuentran atractivos a los hombres se identifican como gay. Es muy fácil subestimar la magnitud del arco iris multidimensional de la diversidad humana y la fuerza de la sexualidad masculina adolescente”. De tal suerte, la nambla defiende el derecho de los menores a decidir sobre el cuándo y el cómo ejercer su sexualidad y, entre ello, se opone a las leyes de edad de consentimiento sexual, aunque sostienen que no es su único propósito: “La oposición a las leyes de la edad de consentimiento no es nuestro único objetivo; es una parte de nuestra crítica más amplia a las prácticas sociales y jurídicas de Norteamérica. Creemos que estas leyes hacen mucho daño a las personas y a las relaciones que no merecen sentir el peso aplastante de la mano dura de la ley. Igual de importante, las leyes de edad de consentimiento no protegen adecuadamente a la gente joven. Ellas se han aplicado a menudo arbitraria e injustamente y han sido utilizadas por mucho tiempo para aterrorizar a los hombres homosexuales. La juventud homosexual en particular ha sido objetivo de persecución extrema mediante la aplicación selectiva de las leyes de la edad de consentimiento”. Disponible en: [<http://nambla.org/faq.html>] (consultado el 14 de diciembre de 2013).

2 La lista no es limitativa a otras formas distintas que puedan ser identificadas o surgir con posterioridad.

3 Lorne L. Dawson. “Religious Cults and Sex”, en *Encyclopedia of Criminology and Deviant Behavior*, vol. iii, Philadelphia, Brunner-Routledge, 2001, pp. 323 y ss.

4 Gunter Schmidt. “The Dilemma of the Male Pedophile”, *Archives of Sexual Behavior*, 2002, vol. 31, n.º 6, disponible en: [www.springerlink.com/content/m102974020t01n26/], consultado el 25 de noviembre de 2013, p. 474.

5 Ídem.

6 Al respecto es ejemplar el caso descrito por Sharon Hayes y Belinda Carpenter. “Out of Time: The Moral Temporality of Sex, Crime and Taboo”, *Critical Criminology*, 2012, vol. 20, Issue 2, p. 146, en el que una profesora de colegio, Mary Kay Letourneau, empezó a tener una relación con Vili Fualaau, de 12 años, que era uno de sus estudiantes de sexo masculino. Él empezó a frecuentar la casa de ella y a socializar con el esposo y tres hijos de ella. Letorneau y Fualaau empezaron a tener relaciones sexuales cuando ella tenía 34 años y él, 13. Su relación fue descubierta cuando fueron encontrados teniendo sexo en el carro de ella. Ella fue condenada a 7 años y 6 meses de prisión, pena de la que fueron suspendidos 7 años y, por ende, cumplió 6 meses. Cuando recuperó la libertad, a ella le fue exigido no volver a ver de nuevo a Fualaau y participar en un programa de rehabilitación de 3 años, pero de nuevo se involucró con Fualaau y fue enviada otra vez a prisión para cumplir el término restante de la sentencia impuesta. Cuando ella recuperó la libertad, Fualaau, ya mayor de edad, presentó una solicitud para que se terminará la prohibición de verlo que ella tenía, a lo cual accedió un juez y ellos se casaron cuando ella tenía 43 años y él, 22; tienen dos hijos. Como se ve, en este caso, con base en un juicio ex post, se puede afirmar que existía una capacidad de negociar en igualdad de condiciones por parte de Fualaau en relación con Letorneau. De hecho, Hayes y Carpenter. (Ibid., p. 146) ponen de presente que Fualaau “ha negado consistentemente haber sido forzado en la relación. Él ha asegurado que pasó a la pubertad a la edad de 10 y era tanto sexual como emocionalmente capaz de involucrarse en una relación con su profesora cuando él tenía 12 años”. Sin embargo, para efectos de un proceso penal, con base en un juicio ex ante, que es el único aplicable al momento de determinar si dicha capacidad existe o no en un caso en concreto, se arribaría a

una conclusión distinta sobre la capacidad de negociar en igualdad de condiciones de Fualaau, es decir, se negaría la existencia de dicha capacidad.

7 Rafael Velandia Montes. “Inseguridad vial y política penal en Colombia”, Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional, n.º 45 octubre-diciembre de 2013, p. 128.

8 Ídem.

9 Rafael Velandia Montes. “Delincuencia sexual y populismo penal en Colombia”, urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, marzo de 2012, n.º 11, pp. 26 y ss.; íd. “Inseguridad vial y política penal en Colombia”, cit., pp. 122 y ss.

10 Hacemos mención específica al campo penal, porque aunque la legislación civil también se ocupa de la edad de consentimiento sexual lo hace en relación con el matrimonio, específicamente, a la edad necesaria para poder contraerlo libremente, con el consentimiento de un tercero o la imposibilidad de hacerlo, aunque es claro que si una persona tiene capacidad para casarse también la tendrá para tener relaciones sexuales. Por el contrario, en la legislación penal se trata de establecer una edad hasta la cual se considera que una persona es incapaz de brindar un consentimiento sexual válido y, por ende, el tener acceso carnal o realizar actos sexuales distintos al acceso carnal con dicha persona, en términos generales y al margen de las diversas configuraciones legales en cada país, es delito.

11 Pedophilic Disorder.

12 La nominación cambió en el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm V, p. 697. Este manual fue expedido en mayo de 2013. Previo a su publicación, existía el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm IV, que fue publicado en 1994 y la revisión de este manual, el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm IV Text Revision, que fue publicado en 2000.

13 American Psychiatric Association.

14 Diagnostic Criteria 302.2 (F65.4) “A. Over a period of at least 6 months, recurrent, intense sexually arousing fantasies, sexual urges, or behaviors involving sexual activity with a prepubescent child or children (generally age 13 years or

younger). B. The individual has acted on these sexual urges, or the sexual urges or fantasies cause marked distress or interpersonal difficulty. C. The individual is at least age 16 years and at least 5 years older than the child or children in Criterion A. Note: Do not include an individual in late adolescence involved in an ongoing sexual relationship with a 12- or 13-year-old". Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm V, p. 697.

15 En el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm IV, expedido en 1994, se define a la pederastia como: "A) Tener, en un período de al menos 6 meses, fantasías recurrentes, intensas de excitación sexual, impulsos sexuales o conductas que involucren actividad sexual con un niño o niños impúberes (generalmente de 13 años o más jóvenes); B) Que las fantasías, impulsos sexuales o conductas causen una importante angustia clínicamente significativa o dificultad interpersonal, ocupacional o en otras áreas importantes de interacción; C) Que la persona tenga al menos 16 años y que al menos sea 5 años mayor que el niño o niños del criterio A. Nota: no deben incluirse a individuos que en su adolescencia tardía tengan relaciones con personas de 12 a 13 años de edad" (A. Over a period of at least 6 months, recurrent, intense sexually arousing fantasies, sexual urges, or behaviors involving sexual activity with a prepubescent child or children (generally age 13 years or younger). B. The fantasies, sexual urges, or behaviors cause clinically significant distress or impairment in social, occupational, or other important areas of functioning. C. The person is at least age 16 years and at least 5 years older than the child or children in Criterion A. Note: Do not include an individual in late adolescence involved in an ongoing sexual relationship with a 12- or 13-year-old). El Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm IV, Text Revision, publicado en 2000, la define como: "A) Tener, en un período de al menos 6 meses, fantasías recurrentes, intensas de excitación sexual, impulsos sexuales o conductas que involucren actividad sexual con un niño o niños impúberes (generalmente de 13 años o más jóvenes); B) Que la persona haya actuado en relación con estos impulsos sexuales o que los impulsos sexuales o fantasías le causen una importante angustia o dificultad interpersonal; C) Que la persona tenga al menos 16 años y que al menos sea 5 años mayor que el niño o niños del criterio A. Nota: no deben incluirse a individuos que en su adolescencia tardía tengan relaciones con personas de 12 a 13 años de edad" (A. Over a period of at least 6 months, recurrent, intense sexually arousing fantasie or behaviors involving sexual activity with a prepubescent child or children (generally younger). B.

The person has acted on these sexual urges, or the sexual urges or fantasies cause r

distress or interpersonal difficulty. C. The person is at least age 16 years and at least the child or children in Criterion A. Note: Do not include an individual in late adolescence (17 or 18 year old).

16 Thomas K. Zander. "Civil Commitment Without Psychosis: The Law's Reliance on the Weakest Links in Psychodiagnosis", *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*, 2005, 1, disponible en: [www.socjournal.org/2005-06/zander_2005.pdf], consultado el 17 de julio de 2013, p. 37.

17 Zander. "Civil Commitment Without Psychosis...", cit., p. 37.

18 Para efectos de este artículo, no viene al caso profundizar, pero cfr. Thomas K. Hubbard. *Homosexuality in Greece and Rome: A Sourcebook of Basic Documents*, Chicago, University of California Press, 2003 y Kenneth J. Dover. *Greek Homosexuality: Updated and with a new Postscript*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

19 Matrimonios en los que hubo relaciones sexuales prematrimoniales. Así, se da cuenta en un reportaje de la situación de Liset, de 12 años, y James, de 16 años, empezaron a salir. Con 13 años Liset estaba embarazada y tuvo un aborto. A los 14 años Liset se casó con James para evitar que fuera a prisión. Al respecto ver *Chicago Tribune*, 12 de diciembre de 2004: "From Child to Bride. Early marriage survives in the U.S.", disponible en: [www.chicagotribune.com/news/local/chi-0412120359dec12,0,2045063.story?page=2], consultado en diciembre de 2013).

20 Richard Green. "Is Pedophilia a Mental Disorder?", *Archives of Sexual Behavior*, 2002, vol. 31, n.º 6, disponible en: [www.springer.com/psychology/personality+%26+social+psychology/journal/105] consultado el 27 de agosto de 2013, pp. 467 y 468.

21 Ídem.

22 Ibid., 468.

23 Green. "Is Pedophilia a Mental Disorder?", cit., p. 468.

24 Ídem.

25 Ídem.

26 En tal sentido ver Ron Langevi. “Yes, Virginia, There Are Real Pedophiles: A Need to Revise and Supervise, Not Eliminate, dsm”, en Peer Commentaries on Green (2002) and Schmidt (2002), Archives of Sexual Behavior, 2002, vol. 31, n.º 6, disponible en: [www.springerlink.com/content/u55060225535015g/] consultado el 11 de julio de 2011, p. 488, que sostiene que Green hace una evaluación exagerada de la situación y que realmente sólo presenta algunos ejemplos y que no se hace ninguna mención si “el 10% o el 50% o el 80% de las culturas permitieron la práctica de la pedofilia como la conocemos”. Además, Langevin censura que Green provee “ejemplos de contactos entre adultos y niños en otros tiempos y en otras culturas sin una completa descripción de contexto” (ídem.). De tal suerte, Langevin (ídem), en relación con el ejemplo citado por Green sobre la cópula en público en Hawái entre un adulto hombre y una mujer que tenía entre 11 y 12 años sin la menor percepción de ser indecente o impropio, se interroga si la “copulación pública tenía significación religiosa, social o política que lo separara de la violación o del asalto sexual”, y si este ejemplo, así como los demás, reflejan el actual significado de pedofilia como una preferencia sexual por menores en lugar de adultos y si los hombres que realizaban tal copulación pública tenían una preferencia sexual por niños de carácter permanente. Sobre estas críticas debe decirse que no las compartimos por las siguientes razones: en primer lugar, no tiene sentido indagar porcentualmente cuántas culturas permitieron tal tipo de prácticas sexuales, porque no se trata de determinar si el 1% o el 100% de las culturas ejecutaban determinada actividad sexual, sino de verificar que era un comportamiento sexual que sí ocurría. O sea, la cuestión no consiste en probar que las relaciones sexuales con niños fueran la actividad sexual dominante o predominante en un lugar y época dados, sino que sí existía y era bien vista socialmente, dos asuntos por completo distintos que Langevin pasa por alto. En segundo lugar, el que las relaciones sexuales entre adultos y menores tengan lugar en un contexto religioso, social o político precisamente lo que muestran es que en una sociedad específica en tiempo y lugar, la práctica de ese comportamiento sexual era considerado socialmente aceptable. Así, en este momento, bajo ninguna consideración religiosa se aceptaría la práctica de sexo con niños como desarrollo de un rito religioso, por ser una conducta socialmente inaceptable. Por lo tanto, sin desconocer que sería interesante a fines investigativos conocer con mayor profundidad el cómo y el porqué en un momento y lugar dados fueron socialmente aceptadas las relaciones sexuales entre adultos y niños, lo cierto es que el hecho de que estas relaciones hayan sido permitidas colectivamente es suficiente para ilustrar que la conducta que hoy se denomina desorden pedofílico no es un comportamiento que haya sido siempre censurado y, en consecuencia, demostrar que es una valoración social

cambiante sobre una conducta. Por último, en lo que se refiere a la crítica de Langevin sobre si las prácticas descritas por Green reflejan que quienes intervenían en las mismas tenían una preferencia sexual por niños de carácter permanente, es decir, si tales ejemplos corresponden al significado actual de pedofilia como un adulto que de manera permanente busca o tiene prácticas sexuales con menores, baste decir que hoy en día para que un adulto sea considerado como pedófilo solo es suficiente tener relaciones sexuales por una vez con un menor, por lo que la censura señalada carece de sustento.

27 Green. “Is Pedophilia a Mental Disorder?”, cit., p. 468.

28 En ese sentido puede verse lo que ocurría en Colombia en donde los códigos penales antiguo (arts. 303 y 305, D. L. 100 de 1980) y vigente (arts. 208 y 209, Ley 599 de 2000) castigaban y continúan sancionando las relaciones sexuales (acceso carnal o cualquier otro acto de tipo sexual) con menores de 14 años de edad. Sin embargo, como la Corte Constitucional lo puso de presente en la sentencia C-146 de 1994, debido a las contradicciones entre las normas penales y las civiles que regulaban el matrimonio, específicamente los artículos 140 y 143 del Código Civil que permitían el matrimonio de la mujer mayor de 12 años pero menor de 14 años y los tipos penales arriba mencionados que sancionaban las relaciones sexuales con menores de 14 años, debía concluirse lo siguiente: “Entonces, habida cuenta de lo anotado en materia de capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, puede darse el caso –no contemplado por las normas impugnadas– de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita”. De esta manera, existía en el régimen jurídico colombiano una diferencia en la “protección” del menor según el sexo: si se tenían relaciones de tipo sexual con un hombre menor de 14 años se estaría cometiendo un delito, mientras que si se trataba de una mujer menor de 14 años, pero mayor de 12, sí se podían sostener relaciones sexuales con ella, siempre y cuando se hubiera contraído matrimonio o establecido una unión de hecho. Tal situación cambió con la sentencia C-507 de 2004 de la Corte Constitucional, en donde se sostuvo: “A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones [...] fijar en 12 años la edad mínima a

partir de la cual las mujeres pueden contraer matrimonio desconoce los mínimos de protección a que tienen derecho, así como el principio de igualdad en la protección”. Sobre el punto, ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-146 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y C-507 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Entonces, en conclusión, la edad de consentimiento en Colombia quedó fijada en 14 años.

29 Sobre el origen del concepto “edad de consentimiento”, ver Martin Killias. “The emergence of a new taboo: the desexualisation of youth in western societies since 1800”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2000, 8, disponible en: [www.springerlink.com/content/r3732p425451h736/], consultado el 11 de agosto de 2013, pp. 463 y ss.

30 En el año 1275 fue fijada esta edad (Gilbert Geis. “Rape-Statutory”, en *Encyclopedia of Criminology and Deviant Behavior*, Clifton D. Bryant (ed.), Philadelphia, Brunner-Routledge, 2001, p. 307).

31 En el año 1576 (ibid., p. 307).

32 Daryl J. Olszewski. “Statutory rape in Wisconsin: history, rationale, and the need for reform”, *Marquette Law Review*, 2006, vol. 89, Iss. 3, disponible en: [<http://law.marquette.edu/lawreview/Spring%202006/Olszewski.pdf>], consultado el 1.º de agosto de 2013, pp. 694 y 695.

33 Green. “Is Pedophilia a Mental Disorder?”, cit., p. 468.

34 Artículo 183, Código Penal (Ley Orgánica 10 de 1995).

35 Artículos 208 y 209, Código Penal (Ley 599 de 2000).

36 Artículo 227-25, Código Penal (Code pénal).

37 Artículo 9.º, Ley de Delitos Sexuales de 2003 (Sexual Offences Act 2003), Debe aclararse que el delito se configura si se ejecuta una conducta sexual con una persona menor de 16 años y no se cree razonablemente que la persona tiene 16 años o más o, en todo caso, si la persona es menor de 13 años.

38 Sin desconocer que los diversos aspectos del desarrollo físico (primera menstruación o eyaculación, aparición de vello púbico, crecimiento de los senos y de los órganos genitales, etc.) no ocurren en los seres humanos exactamente a la

misma edad y de lo que se trata es de fijar unos marcos de referencia de edades en los que dichos cambios tienen lugar.

39 Por ciencias mentales nos referimos a la psiquiatría y a la psicología.

40 Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, pp. 38 y 39. El diagnóstico estaba dentro de la nomenclatura 000-X60, alteración de la personalidad sociópata, específicamente el OOO-x63: “Desviación sexual. Este diagnóstico está reservado para la desviación sexual que no es sintomática de síndromes más extensos, tales como la esquizofrenia y las reacciones obsesivas. El término incluye la mayoría de casos antiguamente clasificados como ‘personalidad psicopática con sexualidad patológica’. El diagnóstico especificará el tipo de conducta patológica, como la homosexualidad, travestismo, pedofilia, fetichismo y sadismo sexual (incluida la violación, el asalto sexual y la mutilación)”.

41 Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, dsm II, p. 44. El diagnóstico estaba dentro de la nomenclatura 302, “desviaciones sexuales”, categoría “para individuos cuyos intereses sexuales están dirigidos primariamente hacia objetos distintos de personas del sexo opuesto, hacia actos sexuales usualmente no asociados con el coito, o hacia el coito ejecutado bajo circunstancias extrañas como en la necrofilia, pedofilia, sadismo sexual y fetichismo. A pesar de que muchos encuentran sus prácticas desagradables, ellos permanecen incapaces de sustituir dichas conductas por conductas sexuales normales. Este diagnóstico no es apropiado para individuos que ejecutan actos sexuales desviados porque objetos sexuales normales no están disponibles para ellos”.

42 La Organización Mundial de la Salud –oms– siguió considerando a la homosexualidad como trastorno hasta el 17 de mayo de 1990, cuando cambió de posición. (Green. “Is Pedophilia a Mental Disorder?”, cit., p. 467).

43 No pretendemos ocuparnos del supuesto carácter “contra naturaleza” de las relaciones homosexuales por no hacer parte de nuestro tema de análisis, pero – dicho sea de paso– si algo sí se puede mencionar sobre el tema, es que en la misma naturaleza las relaciones homosexuales no son extrañas, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los pingüinos: “El portavoz del zoológico de Bremerhaven ha subrayado que la homosexualidad es habitual entre los pingüinos y que suelen ser fieles a su pareja toda la vida”. Al respecto ver El País, 3 de junio de 2009.

Disponible en:

[http://elpais.com/elpais/2009/06/03/actualidad/1244011732_850215.html], consultado el 13 de diciembre de 2013.

44 Si bien se hace referencia a los límites legales en relación con la edad de consentimiento sexual, lo cierto es que el establecimiento de tales límites por medio de la ley es consecuencia de la aceptación o rechazo social mayoritario, no unánime, de una conducta sexual con una persona menor de cierta edad. En efecto, el poder legislativo mediante la expedición de leyes demuestra la aceptación o el rechazo social mayoritario de una conducta, pues al fin y al cabo, por ejemplo, los miembros de cuerpos colegiados de elección directa, Senado de la República y Cámara de Representantes, representan al pueblo (art. 133, Constitución Política de Colombia).

45 Green. “Is Pedophilia a Mental Disorder?”, cit., p. 468.

46 Ray Blanchard et al. “Pedophilia, Hebephilia, and the dsm-V”, Archives of Sexual Behavior, 2009, 38, disponible en:

[www.springer.com/psychology/personality+%26+social+psychology/journal/105 consultado el 19 de julio de 2013, pp. 347 y 348.

47 La propuesta fue hecha cuando la versión vigente era la cuarta.

48 Para Blanchard et al. (“Pedophilia, Hebephilia, and the dsm-V”, cit., p. 336), niños pubescentes son aquellos que tienen entre 11 o 12 años hasta 14 o 15 años de edad. Hebefilia es la atracción hacia niños pubescentes.

49 La pedofilia hace referencia a la atracción hacia impúberes. Como ya se mencionó, ahora se conoce como desorden pedofílico.

50 Blanchard et al. “Pedophilia, Hebephilia, and the dsm-V”, cit., p. 335.

51 Ibid., p. 336, hace referencia específicamente a Estados Unidos.

52 Sin que se trate acá de determinar cuál es la edad mínima de capacidad física para poder quedar en estado de embarazo, lo cierto es que los embarazos de mujeres de 10 a 14 años no constituyen ninguna novedad y existe registro sobre ellos de varias décadas atrás. Al respecto ver, por ejemplo, en relación con Estados Unidos, el informe del Guttmacher Institute. U. S. Teenage Pregnancies, Births and Abortions: National and State Trends and Trends by Race and

Ethnicity, disponible en: [www.guttmacher.org/pubs/USTPtrends.pdf], consultado en diciembre de 2013, p. 10.

53 Gregory DeClue. “Should Hebephilia be a Mental Disorder? A Reply to Blanchard et al. (2008)”, *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springer.com/psychology/personality+%26+social+psychology/journal/105] consultado el 19 de septiembre de 2013, p. 318; Karen Franklin. “The Public Policy Implications of ‘Hebephilia’: A Response to Blanchard et al. (2008)”, *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springerlink.com/content/g33406gj6t2k8717/], consultado el 20 de julio de 2013, p. 319; Philip Tromovitch. “Manufacturing Mental Disorder by Pathologizing Erotic Age Orientation: A Comment on Blanchard et al. (2008)”, *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springerlink.com/content/h79l06r382000k45/], consultado el 15 de diciembre de 2013, p. 328; Zander. “Civil Commitment Without Psychosis...”, cit., p. 330.

54 Charles Moser. “When Is an Unusual Sexual Interest a Mental Disorder?”, *Archives of Sexual Behavior*, 2009, 38, disponible en: [www.springerlink.com/content/1928880754373266/] consultado el 8 de octubre de 2013, p. 324.

55 Blanchard et al. “Pedophilia, Hebephilia, and the dsm-V”, cit., pp. 347 y 348.

56 En concreto, el confinamiento civil de delincuentes sexuales. De manera sucinta debe indicarse que se trata de una modalidad presente en Estados Unidos que permite que un condenado por un delito sexual, antes de cumplir la condena, sea presentado ante un juez civil para que mediante un proceso se determine si es o no un depredador sexual. En caso afirmativo, una vez cumplida la condena, el condenado es recluido en un establecimiento psiquiátrico, reclusión que puede cesar en cualquier momento, siempre y cuando se dictamine, por parte de psiquiatras, que la persona en concreto no es más un depredador sexual.

57 Tromovitch. “Manufacturing Mental Disorder by Pathologizing Erotic Age Orientation...”, cit., p. 328.

58 Sobre las críticas y problemas sobre el diagnóstico de la pedofilia, hoy nominada como desorden pedofílico, ver Zander. “Civil Commitment Without Psychosis...”, cit., pp. 37 y ss.