

La confidencialidad ante el abuso sexual a adolescentes

Joan Canimas Brugué¹

Recibido: 31/05/2016 / Revisado: 14/06/2016 / Aceptado: 28/04/2017

Resumen. Según el autor, pueden alegarse alguna o algunas de estas seis razones para justificar la ruptura del secreto profesional: 1) para evitar o reducir un daño a la propia persona o personas; 2) para producir un beneficio a la propia persona o personas; 3) para evitar o reducir un daño al profesional o a terceras personas; 4) para producir un beneficio al profesional o a terceras personas; 5) por imperativo legal; y (6) para castigar o vengarse de la persona o personas que han cometido un delito o para señalar su gravedad a la sociedad.

Este artículo somete al análisis de cuatro de estas motivaciones (la 1, 3, 5 y 6) la cuestión de si deben o no comunicarse siempre y sin excepciones al Ministerio Fiscal las situaciones de abusos sexuales a adolescentes conocidas por los profesionales. Las conclusiones a las que llega son: i) la comunicación al Ministerio Fiscal por parte de los profesionales de los servicios psico-socio-educativos y sanitarios de una situación de abusos sexuales a un adolescente atendiendo a la primera y tercera razones, está éticamente justificada siempre que se cumplan unos requisitos; y ii) si la comunicación al Ministerio Fiscal se fundamenta únicamente en la quinta y sexta razón, no está éticamente justificada y deviene una mala praxis profesional. Esto supone que, en algunas situaciones excepcionales, la buena praxis obligue a no poner en conocimiento del Ministerio Fiscal situaciones de abusos sexuales ya acaecidas.

Palabras clave: ética; deontología; confidencialidad; secreto profesional; abuso sexual; infancia.

[en] Confidentiality in the sexual abuse of adolescents

Abstract. According to the author, some or all of the following six reasons may be cited to justify breaking professional secrecy: 1) to prevent or reduce harm to the person or persons affected; 2) to produce a benefit for the person or persons affected; 3) to prevent or reduce harm to the professional or to third parties; 4) to produce a benefit for the professional or for third parties; 5) by legal obligation; and 6) to punish a person or persons who have committed an offence or to demonstrate its seriousness to society.

This article subjects four of these reasons (1, 3, 5 and 6) to an analysis of whether situations of which professionals are aware involving sexual abuse of adolescents should always and without exception be reported to the Public Prosecutor. The conclusions reached are: i) notification to the Public Prosecutor by psycho-social-educational and healthcare professionals of a situation involving sexual abuse of an adolescent on the basis of the first and third reasons is ethically justified provided that certain requirements are met; and ii) if notification to the Public Prosecutor is solely based on the fifth or sixth reason, it is not ethically justified and constitutes bad professional practice. This means that, in some exceptional circumstances, good practice demands that the Public Prosecutor not be informed of situations of sexual abuse that have already occurred.

Key words: ethics, deontology, confidentiality, professional secrecy, sexual abuse, childhood.

Sumario: Introducción. 1. La importancia de la confidencialidad profesional. 2. Atender o no la voluntad del adolescente. 2.1. Para evitar o reducir un daño al adolescente o a otras personas. 3. Conclusiones y discusión. 2.1. Para evitar o reducir un daño al adolescente o a otras personas. 2.2. Por imperativo legal. 2.3. Para castigar al agresor y señalar la gravedad del delito. 4. Referencias bibliográficas.

Cómo citar: Canimas Brugué, J. (2018) La confidencialidad ante el abuso sexual a adolescentes, en *Cuad. trab. soc.* 31(1), 199-210.

¹ Universitat de Girona, España
joan.canimas@udg.edu

Introducción

En el trágico tema de los abusos sexuales a menores de edad, se dan, a mi entender, problemáticas que pueden agruparse en tres grandes ámbitos relacionados entre sí: sociológico, tecno-científico y ético. Del ámbito sociológico cabe destacar los discursos e imaginarios que crean y rodean a la infancia como objeto de deseo sexual para algunas personas, un asunto que genera respuestas emocionales muy intensas de indignación y cólera en tanto que profanación de dos valores sagrados de nuestra sociedad: la sexualidad y la infancia. En la sexualidad hemos concentrado grandes dosis de dignidad, intimidad, libertad, misterio, placer, moralidad y realización personal; y en la infancia, enormes porciones de inocencia, pureza, vulnerabilidad y futuro personal y social, lo cual las hacen merecedoras de una importancia y protección extremas.

Del ámbito tecno-científico, es urgente encontrar procesos eficaces de prevención, detección, protección y ayuda a la víctima y de ayuda terapéutica a las personas pederastas. La mayoría de los niños y niñas víctimas de abuso sexual no revelan lo sucedido de forma espontánea. Se calcula que el 73 por ciento de los menores víctimas de abuso no revelan a nadie su agresión durante al menos un año, y el 45 por ciento de las víctimas no se lo dicen a nadie durante al menos 5 años (Broman-Fulks *et al.*, 2007). Asimismo, solo el 10 por ciento de los casos son denunciados, bien sea por miedo al agresor, por vergüenza social, por desconfianza en la justicia o por el propio desconocimiento de los niños y las niñas de estar sufriendo una agresión (Losada, 2012; *Save the Children*, 2011; Tamarit, 2015: 98; Pereda, 2013).

Este artículo parte de un análisis tecno-científico que algunos terapeutas consideran correcto: que en algunas situaciones, iniciar un proceso judicial contra el agresor sexual sin el consentimiento de la víctima adolescente, no es la mejor actuación reparadora posible para esta. No me corresponde a mí, que ejerzo el oficio de filósofo, dilucidar si esta opinión del ámbito de la psicología es acertada o no, sin

embargo sí que me ataña intentar dar respuesta a las problemáticas éticas que plantea a los profesionales que la defienden, lo cual conllevará que en algún momento deba abordar cuestiones psico-socio-educativas y sanitarias. Aceptar o no esta opinión profesional es fundamental para la reflexión que aquí se realiza. Para quienes no la compartan, todo lo que a continuación se dice es un ejercicio inútil, puesto que surge de una valoración errónea que no debería darse nunca; o incluso pueden llegar a considerar que lo que aquí se analiza contribuye al ocultamiento de los abusos sexuales a la infancia y que, por lo tanto, deviene una reflexión peligrosa, como algún profesional me ha manifestado; o que no incentiva, sino todo lo contrario, la urgente necesidad de encontrar mecanismos para detectar, proteger y ayudar a la víctima y a posibles víctimas de abusos sexuales.

De todos los atributos morales que otorgamos a la condición humana, la intimidad, la libertad, la justicia y el cuidado suelen ser los más destacados y consideramos que en su respeto y realización se concretan las principales características de eso que llamamos dignidad. Pues bien: en la temática que aquí se analiza, se manifiestan todos ellos, en una relación de complicidades y conflictos que, junto a lo dicho sobre la sexualidad y la infancia, hace de los abusos sexuales a menores de edad algo que nos toca profundamente la moral. Díez Ripollés ha señalado que actualmente el derecho penal sexual canaliza afanes populistas y oportunistas, hasta el punto de señalar que la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil «refleja la caza de brujas hacia los delincuentes sexuales que se extiende por Europa» (Díez Ripollés, 2013, p. 57).

Voy a detenerme primero en la confidencialidad², dedicándole un apartado específico por la importancia que tiene en la cuestión que aquí se trata y a pesar de ser solo una de las vertientes en que se manifiesta la intimidad³. Por lo que hace a los otros tres valores (libertad, jus-

² En algunos contextos lingüísticos, puede ser necesario distinguir entre “confidencialidad” (un deber moral de confianza y secreto, por ejemplo la confidencialidad que los amigos esperan de nosotros cuando nos cuentan algo íntimo), “secreto profesional” (un deber jurídico de secreto, regulado por el artículo 199 del Código Penal) y “confidencialidad profesional” (un deber deontológico de confianza y un deber jurídico de secreto). Puesto que aquí se habla exclusivamente de obligaciones profesionales, cuando se hable de “confidencialidad” se va a entender como “confidencialidad profesional” y este último término solo va a ser utilizado cuando el contexto lo aconseje.

³ He desarrollado los distintos itinerarios o concreciones de la intimidad en Canimas (2017a).

ticia y cuidado), su análisis estará presente en todas estas páginas. Después voy a analizar las razones que, a mi entender, los profesionales suelen alegar para romper el secreto profesional sin atender la voluntad de un adolescente que ha sido víctima de abusos sexuales, a fin de determinar en qué situaciones podría estar éticamente justificado hacerlo y en cuáles no.

1. La importancia de la confidencialidad profesional

“Confidencial” proviene de la unión de las palabras latinas: *cum*, que significa “con”, lo cual expresa vínculo, pacto o entramado de alianzas; y *fides*, que puede traducirse por fe, protección, amparo, crédito, honestidad, lealtad. Traspasado al ámbito profesional, la confidencialidad es mucho más que la reserva respecto a aquello que se sabe. Es fe compartida, amparo y alianza entre necesidades mutuas. Para que el profesional pueda ayudar a la persona atendida, necesita que esta sea sincera y veraz y que confíe en él; y para que esto suceda, la persona atendida necesita confiar en que el profesional la va a ayudar y va a respetar su intimidad. A este entramado de alianzas, en los ámbitos de la acción psico-socio-educativa y sanitaria se le llama “vínculo” y “alianza terapéutica” y el término “confidencialidad” se reserva para la obligación deontológica de mantener sigilo. Así pues y en algunas profesiones, la confidencialidad es el núcleo central del vínculo y de la alianza terapéutica y, por lo tanto, un ingrediente básico para que la ayuda profesional sea posible (Horvath y Luborsky, 1993; Canimas, 2017a).

La confidencialidad es tan importante para algunas profesiones, que su carácter contractual-terapéutico va más allá de la relación entre el profesional y la persona atendida y afecta también a la misma profesión y a la ciudadanía en general. A la profesión, porque para que los ciudadanos acudan a los que la ejercen es necesario que confíen en que les van a ayudar y no van a divulgar lo que de ellos sepan. A la ciudadanía en general, porque una sociedad necesita que estos profesionales puedan realizar correctamente su función. Por ejemplo, necesita que los adolescentes con problemas confíen en sus padres o con los profesionales que les atienden para que puedan ayudarles. O que los pilotos con personalidad psicopática que no son detectados por las revisiones sani-

tarias periódicas de la empresa, acudan a los psiquiatras y psicólogos para que les ayuden y desactiven la amenaza, por ejemplo tramitando una baja laboral por cualquier dolencia física, lo cual no se consigue si los enfermos saben que lo primero que hará el profesional sanitario es comunicar su desequilibrio a la empresa. El accidente del vuelo 9525 de Germanwings el 24 de marzo de 2015 catapultó esta cuestión, que no era nueva en bioética, a la opinión pública.

Así como la intimidación no se basa únicamente en la confidencialidad, tampoco esta se basa únicamente en el secreto profesional. Para conseguir el vínculo y la alianza terapéutica entre el profesional –o el equipo de profesionales– y la persona atendida, se requiere también estima y competencia tecno-científica. Puede ocurrir así que, en algunos casos excepcionales, el profesional se vea obligado a romper el secreto profesional sin el consentimiento de la persona y, a pesar de ello, el vínculo y la alianza terapéutica se mantengan gracias a los otros dos factores. Uno puede sentirse traicionado en el secreto, pero arropado en la estima –por ejemplo porque el profesional muestra su desazón por esta ruptura y explica su necesidad– y seguro por la autoridad competencial del profesional. Sin embargo, si el cuidado y la autoridad tecno-científica no son intensos, la ruptura del secreto profesional puede entorpecer, retrasar o incluso destruir irremediablemente el vínculo y la alianza terapéutica que posibilitan la ayuda (Canimas, 2017a).

2. Atender o no la voluntad del adolescente

A mi entender, pueden alegarse seis razones para justificar las decisiones subrogadas o para romper el secreto profesional sin el consentimiento de la persona afectada:

1. para evitar o reducir un daño a la propia persona o personas (acciones protectoras de primer nivel);
2. para producir un beneficio a la propia persona o personas (acciones “perfectoras” o de mejora);
3. para evitar o reducir un daño al profesional o a terceras personas (acciones protectoras de segundo nivel);
4. para producir un beneficio al profesional o a terceras personas (acciones de beneficio);

5. por imperativo legal (acciones legales); y
6. para castigar o vengarse de la persona o personas que han cometido un delito o para señalar su gravedad a la sociedad (acciones de ejemplaridad).

Algunas de estas motivaciones pueden estar éticamente justificadas en algunas situaciones y otras nunca. Puesto que atender o no la demanda de un adolescente de no poner en conocimiento de la justicia un abuso sexual del que haya sido víctima, se sitúa en el ámbito de las medidas protectoras (evitar o reducir un daño) y no en el de las “perfectoras” (producir un beneficio)⁴, a continuación se van a analizar solo las motivaciones 1, 3, 5 y 6 (la 1 y la 3 se analizan en el mismo apartado).

2.1. Para evitar o reducir un daño al adolescente o a otras personas

En el ámbito de la acción psico-socio-educativa y sanitaria, las acciones que persiguen evitar o reducir un daño a la propia persona sin el conocimiento o consentimiento de la persona (acciones protectoras de primer nivel), puede llegar a estar éticamente justificadas si se cumplen estas tres condiciones:

- i. La medida es necesaria (persigue evitar o reducir un daño significativo a la persona o personas), idónea y efectiva (hay indicadores que permiten considerar que lo conseguirá y no hay otra acción posible mejor), proporcionada (los daños que evitará o reducirá serán significativamente mayores a los que pueda producir) y respetuosa.
- ii. La persona no tiene la competencia necesaria para tomar la decisión de evitar o incorporar a su vida este daño.
- iii. Es razonable considerar que en caso de que tuviera esta competencia, estaría de acuerdo con la medida adoptada sin su conocimiento o consentimiento (en el tema que nos ocupa, es razonable considerar que en el futuro estará de acuerdo con

la medida que hemos adoptado)⁵.

Cuando de lo que se trata es de evitar o reducir un daño al profesional o a terceras personas (acciones protectoras de segundo nivel), no es necesario que se cumplan las condiciones (ii) e (iii) y la primera queda reformulada en los siguientes términos:

- (i) La medida es necesaria (persigue evitar o reducir un daño objetivo a terceras personas), idónea y efectiva (hay indicadores que permiten considerar que lo conseguirá y no hay otra acción posible mejor) y justa (defiende derechos que en esta situación es prioritario proteger).

Estas condiciones genéricas de la filosofía moral fueron aplicadas a una situación concreta en varias sesiones de trabajo con los siete profesionales del Espacio de Reflexión Ética del Equipo de Atención a la Infancia y la Adolescencia (EAIA) de la comarca del Vallés Occidental (Barcelona), que consideraban que había motivos para no comunicar a la justicia los abusos sexuales a los que hacía sido sometida una niña de 15 años que atendían. En estas sesiones se identificaron cinco aspectos que deberían considerarse en estas circunstancias, que fueron publicados en Canimas (2016). Posteriormente, estas cinco consideraciones fueron sometidas a la crítica de, aproximadamente, 40 profesionales del ámbito de la atención terapéutica a niños y adolescentes y de los servicios sociales, en seminarios y actos de libre inscripción, reformulándose hasta convertirse en ocho. A continuación presento estas ocho consideraciones, con los principales argumentos de quienes defendieron que en algunas situaciones puede estar justificado atender la voluntad del adolescente de no denunciar los abusos sexuales de los que fue víctima (que he encabezado con el título «Consideran la posibilidad de no denunciar»), y la crítica de aquellos que defendieron que siempre, sin excepciones, debe ponerse en conocimiento de la justicia (que he encabezado con el título «Consideran que siempre debe denunciarse»). Que las argumentaciones de aquellos que consideran la posibilidad de no denunciar

⁴ En Canimas (2017a) he explicado la diferencia entre acciones protectoras y “perfectoras” (o de mejora), así como las distintas formas en que pueden expresarse cada una de ellas.

⁵ Estas tres condiciones son una adaptación propia de los trabajos realizados sobre el paternalismo jurídico éticamente justificado. La bibliografía sobre esta cuestión es extensísima. Una buena de adentrarse en ella es a través de la obra de Alemany (2006).

sean más extensas que las de aquellos que no consideran esta posibilidad es debido, por una parte, a que en los seminarios se expresaron más razones a favor de la primera posición y, por otra, que defendían una actuación contraria a los protocolos establecidos. Supongo que también es debido a que, hasta el momento en que escribo estas líneas, considero su posición más razonable.

(i) Asegurar la protección de la víctima

Consideran la posibilidad de no denunciar: La protección de la víctima, que es imprescindible, no pasa necesariamente por la activación de un procedimiento judicial. La denuncia garantiza la protección de la víctima a corto plazo, pero no siempre a medio o largo plazo, puesto que el agresor puede ser considerado inocente (la mayor parte de casos incoados son archivados antes de juicio debido, en gran parte, a dificultades de prueba (Tamarit, 2015, p. 98), la víctima o víctimas volver con él y romperse toda relación con los servicios sociales y terapéuticos. Incluso pueden marcharse a otra ciudad o región.

Consideran que siempre debe denunciarse: Un proceso judicial tiene siempre una función protectora, porque destapa la situación en la familia, precipita la retirada del núcleo familiar y señala al agresor y a su entorno la gravedad y las consecuencias que tiene el delito.

(ii) Protección de otras posibles víctimas

Consideran la posibilidad de no denunciar: Cuando hay otros menores de edad cerca del posible agresor, es necesario protegerlos. Sin embargo y como se ha señalado en el punto 1), la comunicación al Ministerio Fiscal no siempre es la forma más eficaz, incluso cuando hay indicadores razonables de la patología del agresor. En situaciones como esta y con la complicidad de la víctima, hay que encontrar otras maneras de hacer llegar al presunto abusador que se tiene conocimiento de su conducta, advertirle de su patología y de las consecuencias que puede tener, activar los mecanismos de protección de su entorno, ayudarle a superar esta problemática y trabajar para que repare el daño que ha ocasionado.

Si no hay indicadores razonables de que la ruptura del secreto profesional va a proteger o ayudar a estas posibles víctimas, o no son suficientes y se produce una situación de in-

determinación, lo más prudente es mantener la relación de confianza terapéutica con el adolescente y estar atentos a los riesgos pidiendo al equipo de trabajo familiar que vigilen esta cuestión. Iniciar un proceso judicial sin indicadores razonables respecto de la necesidad y la efectividad de esta acción y solo en aras a una prudencia que acaba siendo autoprotección, puede producir un importante daño al adolescente, al sistema familiar y al presunto agresor, puesto que no puede descartarse la posibilidad de que el relato sea falso.

Tanto si hay indicadores que aconsejan la ruptura del secreto como si no los hay, el profesional debería abordar esta cuestión con el adolescente, sin traspasarle en ningún momento responsabilidad o angustia alguna y ofreciéndole plenas garantías de que se le va a acompañar en todo el proceso.

Respecto a que debe ser siempre el Ministerio público el que valore la oportunidad de formalizar la denuncia, tal como sostienen algunos profesionales y juristas (Tamarit, 2015, p.99), consideran que si el interés superior del menor (y de los menores) es la consideración primordial, determinarlo debe estar en manos de aquellos profesionales y equipos que tienen la formación y la preparación para hacerlo.

Consideran que siempre debe denunciarse: A lo señalado en el punto (1) cabe añadir que el inicio de un proceso judicial advierte del peligro al entorno del agresor y facilita que salgan a la luz otras posibles víctimas.

Respecto a los indicadores razonables para determinar si se ha producido la agresión, con la confesión de la víctima es suficiente. No les corresponde a los terapeutas y trabajadores sociales indagar la veracidad de una declaración de este tipo, sino al Ministerio Fiscal y a sus peritos.

Esforzarse en que el análisis se centre en la víctima (abordaje victimo-céntrico) y no en el delito (abordaje crimino-céntrico), tiene el peligro de no considerar seriamente la posibilidad de que el presunto agresor abuse de otras personas; o de que si ya lo ha hecho o lo está haciendo, al no hacerse público contribuyamos a que las víctimas permanezcan en silencio (la experiencia muestra que cuando una víctima logra superar su ocultación y denuncia a un pederasta, esto provoca que salgan a la luz muchos otros casos y se inicien procesos curativos para aquellas otras víctimas que hasta ese momento habían vivido en soledad su trágica experiencia).

(iii) Magnitud, tiempo y pruebas de la agresión

Consideran la posibilidad de no denunciar: Es necesario evaluar la magnitud de la posible agresión, el tiempo transcurrido y las posibilidades de demostrarla, por dos razones principales: para el análisis de la proporcionalidad (daño causado por el agresor y posible daño que causará la denuncia) y porqué la víctima va a negar la agresión.

Consideran que siempre debe denunciarse: Aunque hay diferentes grados de agresión sexual a la infancia, el menos grave continúa siendo gravísimo. La posibilidad de demostrarlo es importante, pero la denuncia no solo busca la reparación del daño ocasionado a la víctima y la condena del presunto agresor, sino su señalamiento como medida de descubrimiento y protección.

(iv) Madurez y libertad reflexiva de la víctima

Consideran la posibilidad de no denunciar: Debe tenerse en cuenta la edad, madurez, equilibrio emocional, coacciones y miedos, decisión y convicción de la víctima. Solo si se dan ciertos grados en estos indicadores puede atenderse la voluntad de la víctima.

Consideran que siempre debe denunciarse: Una abuso sexual se sustenta en el poder y el ocultamiento y la decisión de un menor de edad de no denunciarlo no puede considerarse nunca una decisión libre.

(v) Reparación y victimización

Consideran la posibilidad de no denunciar: Se debe valorar el proceso terapéutico que sigue la víctima y las repercusiones que puede tener en ella la ruptura del secreto y el proceso judicial (si va a tener una función reparadora o, contrariamente, de victimización secundaria o afectar negativamente otras vías reparadoras). Algunos expertos señalan que la persecución judicial del abusador dificulta que confiese los hechos y se disponga a asumir su responsabilidad y a tratar su problema.

Las necesidades reales de las víctimas, especialmente de los menores, no son esencialmente punitivas. Necesitan ser creídas y reconocidas, reconstruir su entorno de confianza y de apoyo, no ser más victimizadas por parte del sistema

de justicia y un buen acompañamiento profesional, para poder superar su experiencia (Tamarit, 2015, p.103).

Consideran que siempre debe denunciarse: Con la denuncia, la persona agredida toma conciencia de que es la única víctima y que el abusador es el responsable del delito. Una denuncia es siempre reparadora, incluso cuando termina en sobreseimiento o sentencia absolutoria. En aquellas situaciones en las que se produce una victimización secundaria, cuando la víctima sea adulta comprenderá que se hizo lo correcto.

(vi) Desocultamiento

Consideran la posibilidad de no denunciar: No poner en conocimiento del Ministerio Fiscal una situación de abusos sexuales ya cometidos no significa ni debe significar en absoluto ocultar. Desvelar es imprescindible para la víctima, para el agresor y para proteger a futuras víctimas, pero no pasa necesariamente, ni a veces es la mejor forma, por iniciar un proceso judicial.

Consideran que siempre debe denunciarse: Los mismos argumentos señalados en los aspectos 1), 2) y 5) y se añadían dos de nuevos: un delito de esta naturaleza no puede quedar impune y la ley obliga a ponerlo en conocimiento de la autoridad o de sus agentes más próximos.

(vii) Tiempo oportuno

Consideran la posibilidad de no denunciar: No comunicarlo al Ministerio Fiscal no debe suponer en absoluto que la víctima y el terapeuta renuncien definitivamente a este recurso, sino que de momento no lo utilizan (no informar hoy no significa que mañana no pueda o deba hacerse).

Consideran que siempre debe denunciarse: El momento oportuno para comunicarlo al Ministerio Fiscal es solo uno: cuando el profesional tiene conocimiento de la agresión.

(viii) Deliberación

Consideran la posibilidad de no denunciar: La valoración de si debe o no ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal no debería hacerse nunca en solitario. Requiere contrastarlo y deliberarlo con otros profesionales, para

lo cual no siempre es necesario identificar al adolescente (compartir información no supone necesariamente revelar datos personales⁶).

Consideran que siempre debe denunciarse: A pesar de que no se puede descartar la delibación en estas situaciones, la comunicación al Ministerio Fiscal es algo fuera de discusión.

2.2. Por imperativo legal

La ley señala que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal cualquier abuso sexual a un menor de edad. El artículo 13.4 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor dice que

Toda persona que tuviera noticia, a través de cualquier fuente de información, de un hecho que pudiera constituir un delito contra la libertad e indemnidad sexual, de trata de seres humanos, o de explotación de menores, tendrá la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal penal⁷;

y el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que

Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.

También lo hacen la mayoría de los protocolos dirigidos a los profesionales.⁸

Sin embargo, también hay leyes, y algunas de rango superior, que pueden llegar a fundamentar no comunicarlo a la justicia en algunas situaciones excepcionales y responsables. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), como se sabe, marca el inicio de una nueva relación con los menores de edad al de-

jar de ser considerados como objetos de protección para convertirse en sujetos titulares de derechos. Este cambio, que es reconocido y defendido por leyes y juristas, no son solo declaraciones solemnes como la que aquí acabo de escribir, sino algo que debe materializarse en nuestros análisis y prácticas. De esta nueva etapa, hay dos cuestiones importantes para lo que aquí se analiza: el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado en todas las decisiones que le afecten.

La Observación general N° 14 (2013) a la Convención sobre los Derechos del Niño señala que el interés superior del niño es un derecho sustantivo (se debe tener en cuenta y poner en práctica siempre que se tenga que tomar una decisión que afecta a niños y adolescentes), un principio jurídico interpretativo fundamental (obliga a que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se escogerá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o adolescente) y una norma de procedimiento (obliga a tener en cuenta las posibles repercusiones que una acción puede tener para un niño o adolescente, y justificarla atendiendo a su interés superior) (NU, 2013, p. 6).

Respecto al derecho del niño a ser escuchado en todas las decisiones que le afecten, el artículo 12 de la Convención dice que, cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, se le garantizará el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. La Observación general N° 13 (NU, 2011) dice que «el derecho del niño a ser escuchado es particularmente importante en situaciones de violencia», como también lo es su participación en la formulación de estrategias para prevenirlas y eliminarlas, y señala que como la experiencia de la violencia es intrínsecamente inhibidora, «es preciso actuar con sensibilidad y hacer de modo que las intervenciones de protección no tengan el efecto de inhibir aún más

⁶ El artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, señala, acertadamente, que debe entenderse por *datos personales* «toda información sobre una persona física identificada o identificable», es decir, cualquier información que puede asociarse a una persona física. Uno puede, por tanto, dar información sin que sea posible identificar la persona a la cual se refiere, que es lo que se hace en los análisis de situaciones en los congresos, publicaciones, cursos o cuando una persona o profesional pide consejo sobre una situación.

⁷ Este artículo se añadió a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁸ Por ejemplo, el Protocolo marco de actuaciones en casos de abusos sexuales y otros maltratos graves a menores de Cataluña (Sindicato, 2006) dice «Cuando des de cualquier servicio sanitario se sospeche de la existencia de posibles maltratos o abusos sexuales, debe comunicarse inmediatamente a la Dirección General de Atención a la Infancia i la Adolescencia (DGAIA) y a la Fiscalía».

a los niños, sino que contribuyan positivamente a su recuperación y reintegración mediante una participación cuidadosamente facilitada».

La Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor establece una interesante relación entre el interés superior y el derecho a ser escuchado. En la Exposición de motivos dice que

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos;

y en el artículo 2 que

Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Entre los criterios para interpretar y aplicar el interés superior del menor, establece

La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior», concluyendo que «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Asimismo, el artículo 199 del Código Penal obliga al secreto profesional y el 20.5 dice que están exentos de responsabilidad criminal

El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico

de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

No parece, pues, jurídicamente indiscutible que la comunicación al Ministerio Fiscal de todos los casos de abusos sexuales a adolescentes de los cuales los profesionales tengan conocimiento sea la única interpretación posible de la ley.

Hasta aquí, «por imperativo» ha sido interpretado como aquello que dicen las leyes respecto a poner o no en conocimiento de la justicia y por propia voluntad un delito del que se tuviera conocimiento. Sin embargo, el imperativo legal también incluye el requerimiento y mandamiento judicial que ordena romper el secreto profesional. En estos casos, no atender el llamamiento judicial puede comportar ser acusado –aunque no necesariamente– de los delitos de obstrucción a la justicia y de desobediencia grave a la autoridad (art. 420 Ley Enjuiciamiento Criminal). En mi opinión, en estos casos lo que podría justificar la ruptura del secreto por parte del profesional y en contra de la voluntad del adolescente, aún a riesgo de provocarle un daño (no se cumpliría pues la primera motivación) y sin que contar el secreto evitara o redujera un daño a otros menores de edad (no se cumpliría la tercera motivación en aquello que hace referencia a otros menores de edad), no sería el imperativo legal, sino evitar un daño al propio profesional (tercera motivación en aquello que hace referencia al profesional). Así pues y por todo lo dicho hasta aquí, es razonable considerar que si la ruptura del secreto profesional se realiza atendiendo únicamente a esta quinta motivación, no está éticamente justificada y deviene una mala praxis profesional, puesto que no evitaría o reduciría daño alguno al adolescente, sino que se lo provocaría; ni evitaría o reduciría un daño al profesional o a terceras personas.

2.3. Para castigar al agresor y señalar la gravedad del delito

Margaret R. Holmgren (2012) señala que disponemos de cuatro grandes paradigmas para justificar y modular las posibles acciones judiciales dirigidas a las personas que han come-

tido un delito: el retribucionista (las medidas tienen una función reactiva, de castigo, para que el infractor pague por lo que ha hecho); el consecuencialista (tienen una función preventiva, de defensa de la seguridad y el bienestar social); el reparador (persiguen subsanar el daño que se ha hecho a la víctima y también el que se ha hecho el propio agresor); y el perdón (responde a una compasión y benevolencia radicales hacia el agresor).

La actual administración de justicia es principalmente retribucionista y consecuencialista, aunque empieza a incorporar aspectos reparadores. La denuncia es un proceso judicial que responde a un objetivo principal: absolver o castigar al presunto agresor con las garantías propias de un Estado de derecho (retribucionismo) y señalarle, a él y al resto de ciudadanos, las consecuencias que tiene traspasar algunos límites (consecuencialismo). Su objetivo principal no es atender y reparar las heridas infringidas a la víctima ni ayudar al agresor, aunque cada vez se tiene más en cuenta⁹.

Que un profesional inicie un proceso judicial que pueda suponer un perjuicio a un menor con el único argumento de que los agresores paguen por el delito cometido (retribucionismo) o para señalar la gravedad del delito y avisar a posibles infractores (consecuencialismo), no puede estar nunca justificado en el ejercicio de profesiones que, como las del ámbito de la acción psico-socio-educativa y sanitaria, tienen una función reparadora. Incluso las leyes han empezado a advertir del peligro que supone anteponer el castigo y las razones de Estado a la reparación. En el Preámbulo de la Ley catalana 14/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia se puede leer:

La protección ante el maltrato infantil abraza la protección ante la victimización secundaria. Hay que evitar los perjuicios causados a la víctima por el desarrollo del proceso penal posterior al delito, que son especialmente preocupantes en el caso de los niños y los adolescentes víctimas de atentados contra la indemnidad o contra la libertad sexual. Ciertamente, se han producido en los últimos años muchos avances en la protección de la víctima dirigidos a evitar la confrontación visual de las víctimas con los acusados, pero esta protección no es suficiente. La protección del niño y el adolescente debe pa-

sar por delante del derecho del Estado a castigar, por lo que ante el resultado incierto del proceso penal siempre debe prevalecer la protección del menor o la menor víctima, ya que es totalmente intolerable que, incluso con la finalidad lógica de castigar a la persona culpable, se cause un nuevo trauma al niño o adolescente que presumiblemente ha sido víctima de maltratos o de abusos sexuales.

Los profesionales de la acción psico-socio-educativa y sanitaria persiguen el bien de las personas. No cabe duda de que esto debe darse en un marco de justicia y que actualmente uno de los mecanismos para mantenerla y administrarla es la persecución y el castigo de los delitos. Sin embargo, a veces las obligaciones deontológicas de ayuda y confidencialidad son incompatibles con la justicia punitiva. En estas situaciones, demasiado a menudo los profesionales de la acción psico-socio-educativa y sanitaria optan por perseguir el delito movidos por el afán de castigar al infractor. No me refiero al castigo como acción correctora, como posibilidad extrema de producir cambios en la conducta de una persona en aras de su bien. Tampoco al castigo reparador, que persigue enmendar el daño causado en la víctima o en el propio agresor. Me refiero al acto punitivo que no persigue otro objetivo que infringir un castigo para la satisfacción o tranquilidad del profesional, sobretodo en aquellas transgresiones que tienen una alta significación moral. Por otra parte, los profesionales de la acción psico-socio-educativa y sanitaria a veces confían demasiado en el poder judicial para subsanar heridas de las víctimas o corregir conductas de los agresores que tienen bases psico-socio-educativas.

Esta actitud reactiva del profesional también puede ser motivada, o reforzada, por una visión social o política en la cual el bien individual queda supeditado al bien público («Debe protegerse a la sociedad»); o por la incertidumbre de los resultados de las acciones psico-socio-educativas y sanitarias que se puedan emprender («¿Y si las acciones psico-socio-educativas no dan resultado?»), lo cual produce un desasosiego que la activación del protocolo o de la maquinaria judicial apaciguan («Hemos hecho lo que teníamos que hacer»); o, en fin, el miedo o la obediencia ciega a la ley y a los protocolos («Deben seguirse siempre los cana-

⁹ Un ejemplo de ello es la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

les establecidos») que, en algunas ocasiones, puede llegar a ser el refugio de la incompetencia. En estas situaciones, el recurso a la ley y a los protocolos acaba siendo un traspaso de responsabilidades y un mecanismo de autoprotección o incluso de apaciguamiento de la ira que se siente hacia el presunto agresor y hacia el delito.

La primera función de los profesionales de la acción psico-socio-educativa y sanitaria es ayudar a las personas, no perseguir delitos o administrar justicia. Quien no entienda eso, ha equivocado su profesión, porque ya las hay cuyo cometido principal es la persecución de delitos y la administración de justicia (policía, fiscales y jueces). En la cuestión que nos ocupa, lo primero que debe hacer el profesional de los servicios sociales y terapéuticos es acoger a la víctima, abrazarla, escuchar y sentir su dolor; no salir corriendo a avisar a la autoridad competente. Sin embargo y puesto que abrazar es proteger y ayudar, después de la acogida viene la interrogación sobre cuál es la mejor forma de proteger y ayudar a la víctima. Así pues, la primera pregunta que un profesional del ámbito psico-socio-educativo y sanitario debe hacerse es: ¿cuál es la mejor forma de proteger y ayudar a la víctima y a posibles otras víctimas?

3. Conclusiones y discusión

Debo confesar que en mis conversaciones con profesionales del ámbito de la infancia sobre la cuestión que aquí se trata, me he sentido mucho más próximo a aquellos a quienes era posible considerar situaciones excepcionales en las cuales no romperían la confidencialidad ante la negativa de un adolescente que ha sufrido abusos sexuales, que de aquellos a quienes era imposible concebir esta posibilidad. Los primeros tendían a poner en el centro de su pasión y argumentación la ayuda a la víctima y, ante los problemas éticos que esta situación plantea, combinaban razonamientos propios de las éticas principialistas, consecuencialistas, dialógicas, de las virtudes y de la compasión. Los segundos, en cambio, tendían a poner en el centro de su pasión y argumentación el delito y la ley y sus razonamientos pocas veces traspasaban las éticas principialistas. Espero que este sesgo se deba únicamente al hecho de compartir con los primeros lo que vengo llamando «la ética de la complejidad» (Canimas,

2017b), que no es otra cosa que el servirse de las principales tradiciones éticas para abordar los problemas que ellas mismas nos generan, y que las conclusiones de este trabajo no sean fruto de esta simpatía sino del rigor reflexivo.

De las seis motivaciones que pueden alegarse para justificar la ruptura del secreto profesional, solo cuatro de ellas son aplicables a situaciones de abuso sexual a adolescentes que se niegan a que esta agresión sea puesta en conocimiento de la justicia, puesto que atender o no su demanda se sitúa en el ámbito de las medidas protectoras (evitar o reducir un daño), no en el de las *perfectoras* o de mejora (producir un beneficio). Estas cuatro razones son: la 1) para evitar o reducir un daño a la propia persona o personas (acciones protectoras de primer nivel); la 3) para evitar o reducir un daño al profesional o a terceras personas (acciones protectoras de segundo nivel); la 5) por imperativo legal (acciones legales); y la 6) para castigar o vengarse de la persona o personas que han cometido un delito o para señalar su gravedad a la sociedad (acciones de ejemplaridad). De estas cuatro motivaciones y a mi entender, la 1 y la 3 son las que pueden justificar ética y tecno-científicamente que un profesional de la acción psico-socio-educativa y sanitaria rompa el secreto profesional en contra de la voluntad de un adolescente y, a la vez, son las que pueden justificar que en situaciones excepcionales no se haga. En cambio, romper el secreto profesional en contra de la voluntad de un adolescente, atendiendo únicamente las motivaciones 5 y 6, no está éticamente justificado y deviene una mala praxis profesional.

En aquellas situaciones en las que un adolescente revela a los profesionales de la acción psico-socio-educativa y sanitaria que ha sido víctima de abusos sexuales pero se niega con rotundidad a que se ponga en conocimiento de la justicia, deberían atenderse estas cuestiones: i) asegurar la protección de la víctima; ii) evaluar si hay un peligro razonable para otras posibles víctimas; iii) analizar la magnitud de la agresión, el tiempo transcurrido y las posibilidades de demostrarla; iv) evaluar la madurez cognitiva y la libertad reflexiva de la víctima; v) identificar las acciones terapéuticas y sociales de reparación emprendidas y a emprender y evaluar el daño que causaría en el adolescente la ruptura del secreto profesional y el inicio del proceso judicial; vi) considerar que atender la demanda del adolescente de no informar a la justicia del delito cometido no significa que

deba ocultarse (el desvelamiento es necesario en todo proceso terapéutico, pero requiere ritmos y procesos personalizados); (vii) considerar que no comunicarlo a la justicia no supone en absoluto que no pueda hacerse en el futuro; y viii) realizar toda esta valoración de forma responsable con un equipo de profesionales a fin de ampliar la capacidad de análisis y contrastar opiniones.

Espero que aquellos que no compartan lo que aquí he defendido, que considero argumentos y posiciones razonables, me ayuden a salir de lo que podrían ser errores sobre un cuestión importantísima. Más allá de lo ya dicho, quiero hacer notar que mi análisis se ha centrado en la adolescencia, lo que lleva a considerar que no afecta a los niños y niñas y que, por lo tanto, los abusos sexuales a estos tendría un trato distinto: deberían comunicarse siempre y sin excepciones al Ministerio público. En caso de producirse, este trato distinto se fundamentaría en la distinta capacidad cognitiva de las víctimas, puesto que la opinión del adolescente podría ser considerada en algunos casos mientras que la del niño o la niña no. Sin embargo, aquello que ha fundamentado mi análisis no ha sido la libertad reflexiva (la capacidad de autogobierno), sino el interés superior de los menores de edad. El

principal conflicto ético no se produce entre la libertad y la obligación de denunciar, sino entre la protección y ayuda a los menores (del menor agredido y de los posibles menores que también hayan o puedan sufrir agresión), por un lado, y la obligación de denunciar, por el otro. Este es el núcleo de la cuestión. En estas situaciones, la libertad (la capacidad de decisión y la voluntad del menor de edad) deberían contemplarse menos como un derecho y más como un instrumento terapéutico. Decidir conjuntamente con el menor de edad los pasos que se van a dar, sin presionar más allá de lo que esté dispuesto o preparado para contar en ese momento, es un proceso básico para fortalecer su disposición a colaborar con personas que puedan ayudarle (Lameiras-Orts, 2014, p.56) y para avanzar en su cura. Esto, junto con su protección y la protección razonable de otras posibles víctimas, es lo fundamental para un profesional de la acción psico-socio-educativa. Lo cual nos lleva a considerar que mientras los procesos judiciales no garanticen que no producirán ningún daño a los menores de edad, poner o no en conocimiento de la justicia un abuso sexual a un menor de edad, tenga la edad que tenga, debería ser una decisión psico-socio-educativa, no jurídica, lo cual dista mucho de tendencia actual.

4. Referencias bibliográficas

- Alemany, M. (2006). *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel.
- BOE. (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 281, de 24 de noviembre.
- BOE. (2015). Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. *BOE*, 239, de 6 de octubre.
- BOE. (2015). Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. *BOE*, 101, de 28 de abril.
- BOE. (2015). Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *BOE*, 180.
- BOE. (1996). Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. *BOE*, 15, de 17 de enero.
- Broman-Fulks, J.J., Ruggiero, K.J., Hanson, R.F., Smith, D.W., Resnick, H.S., Kilpatrick, D.G., & Saunders, B.E. (2007). Sexual assault disclosure in relation to adolescent mental health: Results from the National Survey of Adolescents. *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology*, 36, 260
- Canimas, J. (2016). *Com resoltdre problemàtiques ètiques?* Barcelona: Editorial UOC.
- Canimas, J. (2017a). *Ètica aplicada en la educaci3n social*, Barcelona: Editorial UOC.
- Canimas, J. (2017b). *¿C3mo resolver problemàticas èticas?*, Barcelona: Editorial UOC.
- Díez Ripollés, J.L. (2013). Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012. En: F.J. Álvarez García (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DOGC. (2010). Ley catalana 14/2010, de 7 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. *DOGC*, 564, de 02 de Junio; y *BOE*, 156, de 28 de Junio.
- Holmgren, M.R. (2012). *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Madrid: Avarigani Editores, SAU.
- Lameiras Fernández *et al.* (2014). Aproximación psicológica a la problemática de los abusos sexuales en la infancia. En: M. Lameiras Fernández y E.Orts Berenguer (coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial* (pp.39-67). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Losada, A.V. (2012). Epidemiología del abuso sexual infantil. *Revista de Psicología GEPU*, 3(1), 201-229.
- Horvath, A.O. y Luborsky, L. (1993). The role of the therapeutic alliance in psychotherapy. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 51(4), 561-573.
- Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. Nueva York.
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. *BOE*, 313 de 31 de Diciembre de 1990
- Naciones Unidas (2011). *Observación general N° 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13)*, 18 de abril de 2011.
- Naciones Unidas. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo1) (CRC/C/GC/14), 29 de mayo de 2013.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2016). *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*.
- Pereda Beltrán, N. (2013). La victimización en la infancia y la adolescencia». En: N. Pereda y J.M. Tamarit, *Victimología teórica y aplicada* (pp.107-136). Barcelona: Huygens Editorial.
- Save the Children. (2011). *Agenda de infancia 2012-2015. Propuestas de Save the Children para la X legislatura*. Save the Children España, septiembre: Recuperado de: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/agenda_de_infancia_2012-2015.pdf (Consultado el 17 de mayo de 2017).
- Síndico de Agravios de Cataluña *et al.* (2006). *Protocolo marco de actuaciones en casos de abusos sexuales y otros maltratos graves a menores*. Recuperado de: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/1885/395_Pro-tocolo%20marcocast.pdf
- Tamarit Sumalla, J.M. (2015). *¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva europea de 2011*. En: C.Villacampa Estiarte, (coord.) (2015). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores* (pp.97-105). Pamplona: Aranzadi.