

Derecho y familia

EL GIRO EMPÍRICO EN EL DERECHO DE FAMILIA

María Fernanda Pinkus Aguilar
Coordinadora



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

K300.113

G576g

El giro empírico en el derecho de familia / coordinadora María Fernanda Pinkus Aguilar ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; nota introductoria María Fernanda Pinkus Aguilar. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
1 recurso en línea (xxii, 438 páginas ; 23 cm.). -- (Derecho y familia)

"Esta publicación recopila y desarrolla algunas de las ponencias que se dieron en el Seminario Internacional sobre Derecho de Familia y Prueba, inaugurado por el Centro de Estudios Constitucionales en septiembre de 2021"

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: Prueba y derecho de familia : el giro empírico en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Raymundo Gama Leyva -- El giro empírico en el derecho de familia / Clare Huntington -- El apego va a juicio : problemas de custodia y protección infantil / Tommie Forstlund [y otros sesenta y nueve] -- Aportaciones del trabajo social forense en los litigios civiles en los ámbitos de familia y salud, aportaciones desde Catalunya (España) / Eva Giralt -- El trabajo social forense en la jurisdicción de familia : la prueba pericial / Marta Simón Gil

ISBN 978-607-552-295-1

1. Derecho de familia – Derecho procesal – Ensayos – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Pruebas – Sentencias 3. Custodia de los hijos – Protección de menores 4. Prueba pericial – Proceso – Análisis 5. Jurisdicción 6. Salud I. Pinkus Aguilar, María Fernanda, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de presentación III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales IV. ser.

LC KGF480

Primera edición: septiembre de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derecho y familia

EL GIRO EMPÍRICO EN EL DERECHO DE FAMILIA



María Fernanda Pinkus Aguilar
Coordinadora



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	VII
Ministro Arturo Zaldívar	
Nota introductoria.....	XIII
María Fernanda Pinkus Aguilar	
 CAPÍTULO 1	
Prueba y derecho de familia. El giro empírico en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	1
Raymundo Gama Leyva	
 CAPÍTULO 2	
El giro empírico en el derecho de familia.....	75
Clare Huntington	

CAPÍTULO 3

El apego va a juicio: problemas de custodia y protección infantil.... 203

Tommie Forslund, Pehr Granqvist, Marinus H. van IJzendoorn,
Avi Sagi-Schwartz, Danya Glaser, Miriam Steele,
Mårten Hammarlund, Carlo Schuengel,
Marian J. Bakermans-Kranenburg, Howard Steele,
Phillip R. Shaver, Ulrike Lux, John Simmonds,
Deborah Jacobvitz, Ashley M. Groh, Kristin Bernard,
Chantal Cyr, Nancy L. Hazen, Sarah Foster, Elia Psouni,
Philip A. Cowan, Carolyn Pape Cowan, Anne Rifkin-Graboi,
David Wilkins, Blaise Pierrehumbert, George M. Tarabulsky,
Rodrigo A. Cárcamo, Zhengyan Wang, Xi Liang,
Maria Kázmierczak, Paulina Pawlicka, Lilian Ayiro,
Tamara Chansa, Francis Sichimba, Haatembo Mooya,
Loyola McLean, Manuela Verissimo, Sonia Gojman-de-Millán,
Marlene M. Moretti, Fabien Bacro, Mikko J. Peltola,
Megan Galbally, Kiyomi Kondo-Ikemura, Kazuko Y. Behrens,
Stephen Scott, Andrés Fresno Rodríguez, Rosario Spencer,
Germán Posada, Rosalinda Cassibba, Neus Barrantes-Vidal,
Jesús Palacios, Lavinia Barone, Sheri Madigan,
Karen Mason-Jones, Sophie Reijman, Femmie Juffer,
R. Pasco Fearon, Annie Bernier, Dante Cicchetti,
Glenn I. Roisman, Jude Cassidy, Heinz Kindler,
Peter Zimmerman, Ruth Feldman, Gottfried Spangle,
Charles H. Zeanah, Mary Dozier, Jay Belsky,
Michael E. Lamb, y Robbie Duschinsky

CAPÍTULO 4

**Aportaciones del trabajo social forense en los litigios civiles
en los ámbitos de familia y salud, aportaciones
desde Catalunya (España) 329**

Eva Giralt

CAPÍTULO 5

**El trabajo social forense en la jurisdicción de familia:
la prueba pericial..... 379**

Marta Simón Gil

Presentación

La justicia en materia familiar incide en los ámbitos más relevantes de la vida social.¹ Los desacuerdos que se ventilan en estos juicios son tan complejos, diversos y dinámicos como las realidades familiares. En ellos se enfrentan una multiplicidad de derechos e intereses y su resolución no es tarea fácil.

Por ello, es indispensable que las decisiones judiciales en materia familiar se basen en razones sólidas y conocimiento experto. Cada resolución debe partir de una visión del derecho que rechace prejuicios, dogmas y estereotipos, y priorice el uso de evidencia científica y literatura experta para defender de mejor manera los derechos en juego.

En ese sentido, la Suprema Corte ha establecido que las decisiones en materia familiar se deben basar en elementos objetivos, resolviendo sin estereotipos de género, prejuicios capacitistas y otras preconcepciones

¹ Los conflictos familiares ocupan el primer lugar en los que ingresan y se resuelven por los juzgados locales en todo el país. Ver: INEGI. Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021.

que sólo refuerzan la discriminación estructural contra ciertos grupos históricamente marginados. En su lugar, las sentencias de la Corte favorecen las decisiones basadas en evidencia, para resolver con base en razones sólidas, y no con base en conjeturas o suposiciones equivocadas.

A partir de este cambio de enfoque, la jurisprudencia de la Corte ha transformado ciertas instituciones que protegían un modelo único de familia, negaban autonomía a ciertos grupos y repartían en forma desigual las cargas y beneficios de la vida familiar. Por ello, su doctrina es un ejemplo de que la evidencia empírica, utilizada adecuadamente, constituye una herramienta valiosa para romper con los prejuicios y estereotipos que no corresponden con las familias del siglo XXI.

Con todo, no podemos ignorar los riesgos que puede provocar este *giro empírico* en el derecho familiar. Como cualquier herramienta de litigio, la evidencia empírica puede ser utilizada para defender visiones estereotípicas que nieguen la diferencia y la pluralidad, así como para invisibilizar los efectos de la discriminación estructural. La neutralidad, en casos extremos, puede desembocar en indiferencia frente a las dinámicas, valores y afectos que se presentan con frecuencia en el litigio familiar y que son indispensables para resolver adecuadamente los casos.

Por esta razón, el estudio del giro empírico en el derecho de familia resulta de gran importancia para las y los juzgadores, así como para quienes se relacionan con esta materia. Advirtiendo sus beneficios, como sus potenciales riesgos, esta obra constituye un importante paso para proteger los derechos humanos en uno de los ámbitos más sensibles y trascendentales de nuestra vida social.

En este contexto, me complace presentar *El Giro Empírico en el Derecho de Familia*, cuyos textos recuperan y amplían las discusiones que tuvieron lugar en el Seminario Internacional sobre Derecho de Familia y Prueba organizado por el Centro de Estudios Constitucionales. Los artículos dialogan con los precedentes que ha dictado la Primera Sala de la Suprema

Corte sobre prueba en la justicia familiar y detonan un diálogo interdisciplinario que explora lo que puede aportar —y lo que no— la evidencia empírica y el conocimiento científico en las controversias familiares.

Espero que esta obra sea el inicio de una discusión más amplia sobre el derecho familiar: una discusión indispensable para que su transformación en sede constitucional impacte en la vida de la gente, y particularmente en quienes acuden a los tribunales a buscar justicia para sí y para las personas más importantes de su vida.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota introductoria

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado líneas jurisprudenciales que dan cuenta del giro empírico en el derecho de familia; con ello, ha impulsado la toma de decisiones razonadas por parte de los órganos jurisdiccionales en materia familiar. Cada vez es más frecuente el uso de la evidencia científica, con la cual la Corte ha resaltado su valor al decidir asuntos que involucran a personas de grupos especialmente protegidos por la situación de discriminación histórica y estructural que enfrentan, además de evitar reproducir estigmas y estereotipos al momento de decidir sobre sus relaciones familiares y causarles perjuicios.

Si bien el uso de evidencia empírica conlleva problemáticas que han sido ampliamente discutidas por la academia que estudia el razonamiento probatorio y el derecho penal, poco se ha discutido en relación con el derecho de familia, del cual también es necesario analizar los problemas referidos a la cientificidad o calidad de la ciencia que se utiliza en el proceso y los consiguientes problemas de fiabilidad y relevancia de las pruebas; la problemática del cientificismo o la confianza ciega hacia la

"autoridad de la ciencia"; la falta de control en la admisibilidad de las pruebas (*gatekeeping*), y el problema de definir si existen o no criterios a los que debería atender quien juzga cuando valora la evidencia empírica conforme a la sana crítica, la libre convicción y el prudente arbitrio.

Sobre el razonamiento probatorio, la Corte también se ha pronunciado respecto a la necesidad de establecer estándares de prueba diferenciados para distribuir el riesgo que implica decidir de una u otra manera. Así sucedió, por ejemplo, en el amparo directo en revisión 3797/2014, un asunto en el que se demandó la pérdida de la patria potestad de un progenitor al que se acusó de haber abusado sexualmente de su hija, en el que utilizó un estándar de prueba de probabilidad prevaleciente —es el que se usa en la mayoría de las controversias familiares—. En el caso, se consideró que los intereses de los progenitores inocentes que eventualmente podrían verse perjudicados con el error consistente en declarar probada la causal de pérdida de la patria potestad merecen la misma protección que los intereses de los niños y niñas afectados por la conducta de los progenitores y que también podrían verse perjudicados con el error consistente en no declarar probada la causal de pérdida de la patria potestad. Lo anterior, a diferencia del amparo directo en revisión 3859/2014, en el que la Corte determinó que tratándose de padres con discapacidad cuyas relaciones paterno-filiales gozan de una especial protección, el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se demuestre bajo un estándar de prueba claro y convincente que de no otorgarse la adopción de su hijo se generará una situación perjudicial para él.

Por otra parte, de la jurisprudencia de la Corte advertimos la relevancia que ha tenido la evidencia empírica para la transformación de la regulación de las familias. Así sucedió en la discusión acerca del matrimonio igualitario en la que se valoraron opiniones técnicas y datos estadísticos que dieron cuenta del concepto sociológico de familia y de las transformaciones que ha habido en su estructura organizativa (acción de inconstitucionalidad 2/2010); en la resolución de un asunto sobre acoso escolar

en el que se usaron literatura especializada en la materia para definir qué es el *bullying* y periciales en psicología para demostrar el daño moral que sufrió el niño involucrado (amparo directo 35/2014); al decidir que la mujer (cónyuge) que demanda el pago de alimentos tiene a su favor la presunción de necesitarlos, siempre que argumente haberse dedicado preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y educación de sus hijas e hijos (contradicción de tesis 416/2012); o en un asunto en el que utilizó evidencia estadística para demostrar que las mujeres dedican al hogar un tiempo mucho mayor que los hombres, de lo que se concluyó que el trabajo doméstico no remunerado es una carga desproporcionada e implica un costo de oportunidad para las mujeres, por lo que la doble jornada que realizan no puede constituir un obstáculo al solicitar la compensación de su masa patrimonial en casos de divorcio (amparo directo en revisión 4883/2017).

La evidencia empírica también ha sido fundamental para dotar de contenido al interés superior de la infancia en casos concretos y tomar decisiones sobre en qué núcleo familiar debe permanecer un niño, niña o adolescente para evitar decidir con base en estigmas o prejuicios, como lo sería señalar que es perjudicial para un infante crecer en una familia homoparental o que un progenitor no es apto para hacerse cargo de la responsabilidad parental por tener una discapacidad.

Sin embargo, en el Centro de Estudios Constitucionales consideramos necesario abrir un espacio de diálogo en torno a las problemáticas que surgen de lo que Clare Huntington llama el giro empírico en el derecho de familia, y cuyas reflexiones en su ensayo con este mismo nombre ("The empirical turn in family law") nos inspiraron a impulsar la reflexión e investigación en México en torno a los beneficios y riesgos de usar evidencia empírica al resolver las controversias familiares, además de dialogar sobre las reflexiones más clásicas de razonamiento probatorio, que si bien han sido discutidas en el ámbito penal, queda todo por decir en materia familiar. En ese contexto, en septiembre de 2021, el Centro inauguró el Seminario Internacional sobre Derecho de Familia y Prueba, que

convocó a personas expertas mexicanas y extranjeras a reflexionar sobre estos temas y responder preguntas relacionadas con las diferentes controversias familiares, tales como ¿quién tiene la carga de la prueba?, ¿aplica alguna presunción probatoria?, ¿qué proposiciones fácticas han sido probadas?, ¿qué estándar de prueba es aplicable?, ¿con qué tipo de evidencia?, ¿cómo sabemos cuando la evidencia empírica es confiable y relevante?, ¿qué pueden aportar la psicología y el trabajo social a los procedimientos familiares?, ¿cuáles son los beneficios y riesgos de usar evidencia empírica? y ¿cómo hacer un uso adecuado de la evidencia empírica? Algunas ideas expuestas en el seminario ahora están plasmadas y desarrolladas en este libro.

Raymundo Gama presenta un texto en el que sistematiza y examina tres líneas jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de México, que abordan los siguientes temas: 1) el principio de mantenimiento de las relaciones familiares y la limitación del régimen de visitas y convivencia; 2) la asignación de guarda y custodia en casos en los que se alega su negativa con base en la condición de salud, de discapacidad o socioeconómica de uno de los progenitores, y 3) el principio de la prevalencia de la filiación biológica y su tensión con la realidad social y familiar de niños, niñas y adolescentes.

De esta doctrina jurisprudencial, Gama advierte que la Corte ha subrayado la necesidad de que las decisiones judiciales estén basadas en pruebas y en argumentaciones sobre los hechos, no en intuiciones, estereotipos o prejuicios; la predilección por el uso de evidencia empírica para acreditar los hechos y dotar de contenido al interés superior de la niñez, y el uso de las nociones de presunción y cargas probatorias, así como la elección de estándares de prueba diferenciados para dilucidar cuestiones de derecho de familia. Con ello da cuenta del giro empírico en el derecho de familia en México.

Por otra parte, Clare Huntington presenta un panorama del contexto y las discusiones que se han dado en Estados Unidos de América. En primer

lugar, expone el uso de la evidencia empírica en el derecho de familia y da cuenta del giro empírico en el derecho de familia, esto es, de la tendencia de que la evidencia empírica domina cada vez más la regulación de las familias. Luego, se refiere a los beneficios del uso adecuado de la evidencia empírica al crear leyes y políticas públicas que regulan la vida de las familias y al decidir disputas legales en el campo del derecho de familia. Sin embargo, también se detiene a explicar algo que debe preocuparnos: el uso de esta evidencia enfoca la atención en los resultados que se obtienen de la aplicación de las normas jurídicas o políticas públicas, desalentando el debate sobre los valores en conflicto o que nos remitamos a la evidencia empírica al tomar decisiones sobre derecho de familia para poner un barniz de neutralidad a los juicios normativos y que la adoptemos de manera acrítica, replicando discriminaciones históricas.

Teniendo en cuenta tanto los beneficios como los riesgos, finalmente, Huntington propone una guía para el uso adecuado de la evidencia empírica. Con ello, plantea que es necesario preservar el espacio para debatir los valores en competencia, evitar el uso de la evidencia empírica para aparentar una postura neutral y poner especial cuidado en no replicar la discriminación histórica, evitando perjudicar a las familias no dominantes. Para lograr este objetivo, sugiere fortalecer los mecanismos de admisión y control de pruebas empíricas (*gatekeeping*), utilizar la evidencia empírica desde un enfoque interseccional que cuestione las causas subyacentes de las desigualdades y aprovechar la labor de las personas académicas para que traduzcan la evidencia empírica en normas jurídicas y políticas públicas efectivas.

Luego, se presentan tres textos para aterrizar las reflexiones sobre el giro empírico en el derecho de familia, los cuales dan cuenta de teorías e investigaciones concretas de diversas disciplinas —psicología y trabajo social— que se aplican en los juzgados de familia, y exponen tanto lo que aportan como algunas problemáticas que han surgido con el uso de esta evidencia empírica en los juicios familiares.

Tommie Forslund y otros 65 autores y autoras ofrecen una declaración de consenso con la que buscan contrarrestar la desinformación y ayudar a orientar la aplicación de la teoría del apego en los juzgados de familia, específicamente en juicios sobre la protección y custodia infantil. En este texto, analizan cómo se aplica la teoría del apego en los juicios familiares, a la luz del interés superior de la niñez. Luego, abordan los problemas y malentendidos relacionados con el uso de las investigaciones y la teoría del apego en los juzgados de familia e identifican los factores que, en su opinión, han obstaculizado una adecuada comprensión y utilización de dicho conocimiento científico. Más adelante, ofrecen una guía para la adecuada utilización de la teoría del apego en los juicios familiares, para lo que establecen tres principios fundamentales. También discuten la idoneidad de las evaluaciones del estilo de apego y del comportamiento de los cuidadores de niños, niñas y adolescentes. Finalmente, enlistan preguntas para continuar una conversación interdisciplinaria en relación con el tema entre los tribunales y la academia.

Por su parte, Eva Giralt hace un breve recuento del trabajo social forense en España, desde su origen hasta la actualidad, y explica algunas de sus modalidades y los ámbitos en los que es aplicado. Luego, responde a la interrogante de qué puede aportar el trabajo social forense en los procedimientos familiares, específicamente, en los que implican rupturas familiares e involucran a niños, niñas y adolescentes y en la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad. Con ello da cuenta de la importancia de apoyarse en esta disciplina que proporciona una visión profesional, externa y objetiva de los recursos, capacidades, potencialidades y redes de apoyo de las partes en el juicio y de las personas que les rodean, lo que abona a la toma de decisiones razonadas. Finalmente, para ayudar a guiar el uso y valoración de los peritajes en trabajo social en los juicios familiares y que las operadoras y los operadores jurídicos se familiaricen con esta disciplina, Giralt expone de manera sintetizada la metodología que sustenta el trabajo social forense.

Marta Simón también presenta un texto que abona a responder qué puede aportar el trabajo social forense en las jurisdicciones de familia y de violencia sobre la mujer en los tribunales españoles. Para ello, explica cuál es la vinculación del trabajo social forense con los juzgados de familia; desglosa cuál es el objeto científico del trabajo social, cuál es el método y las técnicas que utiliza, y comparte los aportes epistemológicos de destacados trabajadores y trabajadoras sociales en la construcción del trabajo social forense especializado en familia. Explica la labor de las trabajadoras y los trabajadores sociales al formular el diagnóstico social y proponer un tratamiento social, con el fin de conseguir una mejora en las condiciones de la persona.

Más adelante, Simón se refiere a la importancia de identificar, desde el trabajo social forense, la violencia de género oculta en conflictos familiares, y desarrolla un modelo pericial de intervención social para estos casos, que se compone de 11 pasos y permite cumplir con la doble función de esta disciplina: asistencial y de asesoría a los tribunales. Después, retoma su propuesta de incluir en la evaluación de la violencia de género la pericial de lo que llama el daño social, que, considera, debería dar lugar no sólo a una indemnización, sino también al tratamiento e intervención sociales para, por ejemplo, restituir las redes sociales de la persona superviviente de violencia. Finalmente, expone algunos casos en los que los órganos jurisdiccionales en España han reconocido las lesiones y secuelas sociales en diversos escenarios tras la intervención de personas expertas en trabajo social.

Los textos que aquí se presentan abonan a responder las preguntas que nos hicimos en el Seminario Internacional de Derecho de Familia y Prueba, presentan nuevas interrogantes y exponen los beneficios y los riesgos del giro empírico en el derecho de familia, por lo que esperamos que sean útiles para que se continúe con la investigación académica y el diálogo interdisciplinario, en estrecha relación con quienes realizan labores jurisdiccionales, para que la evidencia empírica se use cuando sea pertinente y como una herramienta para tomar decisiones que garanticen de mejor

manera la consecución de los objetivos de las normas jurídicas y las políticas públicas que buscan proteger el interés superior de niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados en disputas familiares, y la protección de las familias en toda su diversidad.

María Fernanda Pinkus Aguilar
*Investigadora del Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

CAPÍTULO 1

Prueba y derecho de familia. El giro empírico en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Raymundo Gama Leyva*

* Profesor asociado de tiempo completo del ITAM. Agradezco a Mariana Santiestaban Valencia su trabajo para la elaboración de las síntesis de los precedentes de la Corte.

SUMARIO: A. Introducción; B. Primera línea jurisprudencial. Principio de mantenimiento de las relaciones familiares y limitación del régimen de convivencia; I. Reconstrucción general de la doctrina constitucional sobre el derecho de visita y convivencia a la luz del principio de mantenimiento del niño o niña en la familia biológica; II. Análisis individualizado de los precedentes que integran la línea jurisprudencial sobre limitación de derechos de visita y convivencia; 1. Amparo directo en revisión 3859/2014. Discapacidad del progenitor al que se pretende limitar la convivencia; 2. Amparo directo en revisión 7368/2016. Derechos de visita y convivencia de un niño con discapacidad, con el padre no custodio; 3. Amparo directo en revisión 392/2018. Régimen de visitas y convivencia supervisado; 4. Amparo directo en revisión 2965/2018. Derecho de visitas y convivencia ante la negativa del niño y del progenitor no custodio. C. Asignación de guarda y custodia y empleo de categorías protegidas en el artículo primero constitucional; I. Doctrina constitucional sobre el empleo de alguna de las categorías establecidas en el artículo 1º en decisiones que involucran el interés superior de la niñez; II. Reconstrucción general de la doctrina constitucional sobre el empleo de categorías establecidas en el artículo 1º constitucional en decisiones relacionadas con la guarda y custodia; III. Análisis individualizado de los precedentes que integran la línea jurisprudencial sobre empleo de categorías protegidas en el artículo 1º con base en el interés superior de la niñez; 1. Amparo directo en revisión 2618/2013. Asignación de guarda y custodia cuando se alega una condición de salud o socioeconómica del progenitor; 2. Amparo directo en revisión 5904/2014. Asignación de guarda y custodia cuando se alega una condición de salud; 3. Amparo directo en revisión 910/2016. Asignación de guarda y custodia cuando se alega una condición de salud; 4. Amparo directo en revisión 1773/2016. Asignación de guarda y custodia cuando se alega condición socioeconómica y nivel de estudios de la madre; D. Filiación biológica y filiación acorde con la realidad social y familiar; I. Doctrina de la Suprema Corte sobre la filiación biológica y la filiación acorde con la realidad social y familiar del niño o niña; II. Análisis individualizado de precedentes en los que se examina la filiación biológica vs. la filiación acorde con la realidad social y familiar del niño o niña; 1. Amparo directo en revisión 3486/2016; 2. Amparo directo en revisión 4481/2016; 3. Amparo directo en revisión 1339/2017; 4. Amparo directo 34/2016; 5. Amparo directo en revisión 6179/2015. E. Consideraciones finales.

A. Introducción

Al analizar algunas de las decisiones recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) relacionadas con el derecho de familia es posible identificar tres aspectos distintivos. En primer lugar, la Corte

destaca la importancia del razonamiento probatorio para el estudio y solución de problemas que se presentan en el derecho de familia. En varias de sus resoluciones, la Suprema Corte subraya la necesidad de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales en materia de familia estén basadas en pruebas, así como en pertinentes argumentaciones sobre los hechos, no en intuiciones, sospechas, simples creencias o prejuicios. En segundo lugar, en sus resoluciones se advierte el empleo de conceptos probatorios para solucionar controversias de derecho de familia. Entre estos conceptos destaca el uso de las nociones de presunción, carga de la prueba y estándares de pruebas diferenciados para dilucidar cuestiones de derecho de familia. En tercer lugar, entre la clase de pruebas que los órganos jurisdiccionales habrán de tener en cuenta en sus resoluciones, la Suprema Corte favorece el empleo de periciales y científicas para acreditar cuestiones relacionadas con el derecho de familia y el interés superior de la niñez, siempre que éstas resulten fiables y estén debidamente sustentadas. Estos tres rasgos permiten hablar, así sea de manera incipiente, de un giro empírico en el derecho de familia.

Este texto tiene como objetivo examinar tres líneas jurisprudenciales en las que se advierte un giro empírico en el derecho de familia. El examen que se realiza consiste en el análisis sistemático de precedentes judiciales conectados entre sí por el problema jurídico que abordan.¹ Las líneas jurisprudenciales versan sobre tres ejes temáticos: 1) principio de mantenimiento de las relaciones familiares y limitación del régimen de visitas y convivencia; 2) asignación de guarda y custodia en casos en los que se alega su negativa por el hecho de que el padre o la madre tienen una condición de salud, de discapacidad o socioeconómica, y 3) el principio de la prevalencia de la realidad biológica y su tensión con la realidad social y familiar del menor de edad.

¹ Se sigue en este punto el análisis y metodología empleada por Eduardo López Medina en *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002.

Estos tres temas no agotan desde luego el abanico de decisiones de la Suprema Corte en las que se advierte la presencia de un giro empírico en el derecho de familia. Otros trabajos han puesto de relieve la importancia de cuestiones probatorias en una gama de decisiones relevantes en el derecho de familia.² El presente trabajo constituye una contribución a esa empresa.

La metodología que se empleará es la siguiente. En primer lugar, se identifican los precedentes más relevantes de la línea jurisprudencial (las sentencias hito), las propiedades relevantes de cada caso, así como las continuidades o divergencias que puedan detectarse. El objetivo de este análisis es bosquejar la doctrina constitucional vigente en torno a un tema de derecho de familia e identificar sus contornos decisionales más o menos definidos, con el propósito de que puedan ser empleados por los juristas en sus razonamientos y argumentaciones, así como para analizar y criticar las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

La estructura es la siguiente. Se examinan los tres ejes temáticos referidos anteriormente. El análisis de cada sección se divide en dos partes. En la primera se elabora una reconstrucción general de la línea jurisprudencial,³ identificando los precedentes que conforman la línea, el problema jurídico subyacente en cada uno, así como el criterio y justificación sostenido por la Suprema Corte. En la segunda parte se analizan de manera individual los precedentes que conforman la línea, identificando los

² Véase, entre otros, Rabasa Salinas, A. et al., *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, 2020; Vázquez Rojas, C. (coord.), *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, 2021; Vázquez Rojas C. (coord.), *Manual de prueba pericial*, México, Dirección General de Derechos Humanos/SCJN, 2022; Varios, *La reforma constitucional de derechos humanos: una década transformadora*, México, Dirección General de Derechos Humanos/SCJN, 2021.

³ Como señala López Medina: "La determinación de la subregla jurisprudencial sólo es posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración), de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes", López Medina, *op. cit.* pp. 139-140.

hechos del caso, las notas distintivas, el problema jurídico planteado, la solución establecida por la Suprema Corte y su justificación.⁴

B. Primera línea jurisprudencial. Principio de mantenimiento de las relaciones familiares y limitación del régimen de convivencia

La Suprema Corte de Justicia ha señalado que el interés superior de la infancia es el eje rector que ha de emplearse en todas las decisiones que involucran a niños y niñas. La determinación del régimen de visitas y convivencia y, en su caso, su limitación, es precisamente una decisión que debe estar basada en el interés superior de la niñez. Al respecto, la Corte ha señalado que este derecho cobra relevancia cuando los padres dejan de hacer vida en pareja y sólo uno de ellos tiene la guarda y custodia. En este contexto se presenta el derecho del niño o niña a convivir con el padre o madre no custodio.⁵

La línea jurisprudencial que se revisa en este apartado agrupa un conjunto de precedentes en los que la Suprema Corte ha analizado la configuración del derecho de visitas y convivencia en el marco del principio de mantenimiento del niño o niña en la familia biológica. Como veremos al examinar estos precedentes, la doctrina constitucional sobre limitación de derechos de visitas y convivencia comienza a desarrollarse en el amparo directo en revisión 3859/2014. Este caso surge en el contexto de un juicio de adopción en el que el padre tiene una discapacidad como consecuencia de un accidente que le ocasionó daño cerebral severo con diversas secuelas físicas y mentales; él tiene la patria potestad suspendida y se negó a la adopción, manifestando que quiere seguir conviviendo con su hijo. En este contexto, la cuestión que se planteó fue en qué supuestos

⁴ En algunos casos, estos apartados se elaboran a partir de extractos tomados de las propias sentencias de la Corte que se irán examinando.

⁵ Este tema fue desarrollado en el amparo directo en revisión 3094/2012, resuelto el 6 de marzo de 2013. Primera Sala. Mayoría de tres votos. Ponente: ministro Arturo Zaldívar.

resulta justificado superar la oposición del progenitor no custodio a la adopción, a la luz del principio de mantenimiento del niño en la familia biológica.

Posteriormente esta doctrina se extiende a un caso en el que el derecho de visita y convivencia incide en los derechos de un niño con una condición de discapacidad. En éste, la cuestión fue si resultaba justificada la limitación de las visitas y convivencia con base en la condición de discapacidad del niño (amparo directo en revisión 7368/2016). Más adelante, se analiza el derecho de visita y convivencia en el contexto de un juicio en el que se estableció la convivencia supervisada de un padre con su hijo, sin que hubiera algún riesgo para el niño o antecedentes de violencia familiar (amparo directo en revisión 392/2018). Finalmente se examina el derecho de visita y convivencia entre un niño y su progenitor no custodio ante la negativa de ambos de mantener la convivencia familiar (amparo directo en revisión 2965/2018).

I. Reconstrucción general de la doctrina constitucional sobre el derecho de visita y convivencia a la luz del principio de mantenimiento del niño o niña en la familia biológica

El problema general del que se ocupa la Corte en esta primera línea jurisprudencial consiste en dilucidar en qué supuestos resulta constitucionalmente justificado desplazar el principio de mantenimiento de las relaciones familiares, esto es, cuándo se justifica limitar o impedir la convivencia de un niño o niña con el padre o madre no custodio. Al respecto, la Corte sostiene que el derecho de visitas y convivencia es un derecho fundamental de niños y niñas basado en su interés superior. Los órganos del Estado deben de procurar que exista el mayor contacto posible entre el niño o niña y el padre o madre no custodio. Para asegurar la consecución de este fin, la Corte recurre a las nociones de presunción y de estándar de prueba. A su juicio, hay una presunción a favor del mantenimiento de las relaciones familiares. Esta presunción admite

prueba en contrario. Para limitar el derecho de visitas y convivencia se deberá acreditar en el estándar de pruebas claras y convincentes que de mantener (o de no limitar) el derecho de visita y custodia se generará un daño al niño o niña.

Para poner en contexto este criterio es conveniente examinar la manera en que la Corte ha configurado el derecho de visitas y convivencia, así como los criterios que han de tener en cuenta los órganos jurisdiccionales para justificar alguna limitación de este derecho.

En primer lugar, al resolver la contradicción de tesis 123/2009, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció que el derecho de visitas y convivencias es un derecho fundamental de los hijos que viven separados de los padres; está reconocido expresamente en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor". Del mismo modo, la Corte señaló en dicho precedente que el derecho de visitas y convivencia está reconocido de manera implícita en el artículo 4º constitucional, toda vez que "*el desarrollo integral* de los menores que viven separados de alguno de sus padres sólo puede lograrse si mantienen lazos afectivos con el padre que no tiene la guarda y custodia del menor".⁶

En el amparo directo en revisión 2931/2012, la Suprema Corte estableció que "para que el ejercicio de ese derecho sea efectivo, resulta necesario que la convivencia sea con cierta regularidad", señalando además que "el niño necesita el contacto físico con su progenitor para sentirse querido

⁶ Tesis: 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.) DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS MENORES DE EDAD. Décima Época, registro: 2007795, instancia: Primera Sala, tipo de tesis: aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 11, octubre de 2014, tomo I, materia(s): constitucional, p. 600.

y aceptado y con ello contribuir a su sano desarrollo".⁷ Por otra parte, en el amparo en revisión 910/2016 estableció que "la regla general es que los progenitores son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas" por lo que "la falta de aptitud, debe demostrarse, pues con ello se afectan los derechos y la esfera jurídica de los niños y niñas involucrados".⁸

Posteriormente, al resolver el amparo directo en revisión 3094/2012, la Suprema Corte señaló que el derecho de visitas y convivencia ha de entenderse como un derecho-deber en el que están involucrados dos derechos. Por un lado, sostuvo que el de visitas y convivencia "es *primordialmente* un derecho de los menores". A su vez, se traduce en un derecho y un deber correlativo a cargo del padre no custodio: "los padres que no tienen ni comparten la guarda y custodia tienen un *derecho* a visitar y convivir con sus hijos pero tienen *sobre todo* el *deber* de hacerlo porque se los exige el derecho fundamental de los menores".⁹

Finalmente, el amparo directo en revisión 392/2018 complementa los lineamientos fundamentales de la doctrina constitucional de la Corte sobre limitación del derecho de visitas y convivencia; tras reconocer el carácter de derecho-deber de éste, la Corte establece que habrá de modalizarse tras la separación de los padres. En sus palabras, se requiere "ingeniar la fórmula que mejor se adapte a las nuevas circunstancias, tomando en cuenta los diversos factores que priman: condiciones de residencia, trabajo, disponibilidad de tiempo, medios económicos, la edad de los hijos, etc.". ¹⁰ Esta modalización habrá de ser regulada mediante convenio o bien mediante determinación judicial para hacer efectivo el derecho de niños y niñas de relacionarse con sus padres y de éstos

⁷ Amparo directo en revisión 392/2018. Primera Sala. Sesionado el 19 de febrero de 2020. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Votación unánime.

⁸ Amparo en revisión 910/2016. Primera Sala. Resuelto en sesión del 23 de agosto de 2017. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Unanimidad de cinco votos.

⁹ Amparo directo en revisión 3094/2012. Primera Sala. Resuelto el 6 de marzo de 2013. Ponente: ministro Arturo Zaldívar. Mayoría de tres votos.

¹⁰ Amparo directo en revisión 392/2018, párr. 86.

de relacionarse con sus hijos. Con todo, la Corte destaca que en la determinación de la modalidad que se haga, el órgano jurisdiccional "deberá garantizar el mayor contacto posible entre el menor de edad y los progenitores, sin que deba interpretarse que el reparto del tiempo de las convivencias entre el madre y la madre implica una especie de sanción o castigo para uno de ellos".¹¹

En suma, en los casos en que se controvierta el derecho de visitas y convivencia, la Corte sostiene que "[l]a regla general es una amplia convivencia que garantice el derecho de padres e hijos a relacionarse entre sí".¹² La Corte entiende que el contacto y la convivencia frecuente con el progenitor no custodio "propicia el desarrollo integral del niño o niña en todos los aspectos: afectivos, educacionales, psicológicos, físicos, etc.". ¹³ Desde esta perspectiva, "solo por razones excepcionales se justifica la suspensión o limitación del régimen de convivencias, esto es, por graves circunstancias que así lo aconsejen tomando en cuenta el interés superior de la niñez".¹⁴ En este punto, la Suprema Corte establece qué tipo de razones y argumentaciones resultan adecuadas para justificar una limitación de este derecho. A su juicio, "la simple alusión al interés superior del menor no implica de suyo una adecuada motivación si no se esgrimen razones de por qué en el caso concreto se actualiza un riesgo o bien resulta constatable un mayor beneficio que la convivencia amplia con el progenitor no custodio".¹⁵ Por ende, el derecho de relacionarse entre padres e hijos sin limitaciones únicamente puede verse superado cuando se den "razones de peso comprobadas" que justifiquen la restricción, suspensión o limitación del derecho de visitas y convivencia de los niños con el padre o madre que no tiene la custodia.¹⁶

¹¹ *Ibidem*, párr. 88.

¹² Amparo directo en revisión 392/2018, párr. 96.

¹³ *Ibidem*, párr. 89.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 96.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 101.

II. Análisis individualizado de los precedentes que integran la línea jurisprudencial sobre limitación de derechos de visita y convivencia

1. Amparo directo en revisión 3859/2014.¹⁷ Discapacidad del progenitor al que se pretende limitar la convivencia

Hechos

Un padre de familia sufrió un accidente automovilístico que le dejó lesiones cerebrales severas e irreversibles.¹⁸ Dos años después del accidente, su entonces esposa solicitó la declaratoria de estado de interdicción, el divorcio y la suspensión de la patria potestad, sin que se estableciera un régimen de convivencia entre padre e hijo. En ese entonces, el niño tenía tres años.

Seis años después del accidente, la madre del niño contrajo matrimonio nuevamente. El padrastro inició un proceso de adopción, bajo la consideración de que ello resultaría benéfico para el niño en relación con la pensión alimenticia y cuidados diarios. El tutor legal del padre se negó y pidió la nulidad de la adopción, alegando que su hijo no había otorgado su consentimiento y deseaba seguir conviviendo con su hijo.¹⁹

¹⁷ Fecha de resolución: 23 de septiembre de 2015. Mayoría de tres votos. Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

¹⁸ El accidente ocurrió en abril de 2004, cuando el hijo de la pareja tenía un año de edad. El diagnóstico inicial, entre otras lesiones, fue traumatismo craneoencefálico severo, que lo tuvo en estado de coma por tres meses, lo que le ocasionó daño cerebral con secuelas físicas y mentales; no obstante, en el parte médico se estableció que gradualmente podría producirse avance en sus funciones motoras.

¹⁹ De forma concreta, en la foja 7 de la sentencia se advierte que "[el papá] presentaba una mejoría en su salud mental, pues no obstante sus condiciones físicas y psicológicas, compareció a audiencia [ante el juez de primera instancia] señalando correctamente su nombre y manifestando que tenía un hijo, que lo quería y deseaba verlo."

El juez de primera instancia concluyó que la oposición era fundada y ordenó medidas para garantizar la convivencia entre padre e hijo, así como terapia psicológica. Un tribunal de alzada confirmó esta determinación, por lo que el padrastro y la madre acudieron a la justicia federal.

El tribunal colegiado que conoció del asunto negó el amparo a los quejosos, pues consideró que de la prueba psicológica practicada al menor,²⁰ así como de las circunstancias del caso, se advertía que la adopción no resultaba benéfica, pues generaba una confusión en la identidad y personalidad del niño, aun a pesar de los beneficios económicos o sociales que adujo el adoptante.

Inconformes, los quejosos acudieron en recurso de revisión ante la SCJN, alegando que la resolución se había fundamentado esencialmente en la prueba psicológica, la cual establecía que debía reactivarse la convivencia entre padre e hijo, cuando el tribunal colegiado omitió considerar que el padre no sólo había tenido oportunidades de convivir con su hijo, sino que se había abstenido de proporcionarle alimentos, por lo que la responsable actuó en contra del interés superior del niño.

De acuerdo con lo anterior, la Suprema Corte tenía que determinar si fue correcta la decisión del Tribunal Colegiado de Circuito en el sentido de negar la adopción del niño cuando el padre es una persona con discapacidad que tiene suspendida la patria potestad y no da su consentimiento de adopción.

La SCJN concluyó que, aun tratándose de una persona con una incapacidad declarada judicialmente, el padre había manifestado su negativa a

²⁰ Foja 14, se advierte que la especialista concluyó lo siguiente: i) el menor de edad era inestable emocionalmente debido a la importancia que le daba contar con el apellido de la pareja de su madre; ii) debía brindársele al niño la oportunidad de convivir con su padre biológico, para que sea él quien decida si realiza las convivencias con su padre; iii) resultaba importante que el niño contara con la figura paterna para que se desarrollará en las mejores condiciones emocionales.

la adopción y ésta no pudo ser superada en razón del interés superior del niño. La Corte consideró que si bien fue correcta la improcedencia de la adopción, la sentencia impugnada tenía que modificarse para el efecto de que i) se fijara un régimen de convivencias entre padre e hijo y ii) se determinara si el padre tiene bienes suficientes para cumplir con sus obligaciones alimentarias.²¹

Problema jurídico

¿Es jurídicamente posible superar la negativa de un progenitor al trámite de adopción cuando ello es lesivo del interés superior del niño? ¿En qué supuestos está justificado autorizar la adopción a pesar de que el padre ha manifestado su negativa? Cuando uno de los progenitores que se opone a la adopción tiene una incapacidad declarada judicialmente, ¿qué tipo de estándar probatorio debe aplicarse para superar el principio de mantenimiento de relaciones familiares?

Criterio

De conformidad con el principio de mantenimiento de las relaciones familiares, existe la obligación de velar porque un niño no sea separado de sus padres, por lo que deberá preservar y favorecer la permanencia del niño en su núcleo familiar.

De acuerdo con este principio, para superar la negativa a la adopción manifestada por un progenitor que conserva los derechos inherentes a la

²¹ En las fojas 48 y 49 de la sentencia se estableció que "si bien el señor ***** no ha atendido las necesidades alimenticias y afectivas de ***** , ni sus tutores ni el Estado han buscado alternativas para que el señor ***** pueda estar cerca de su hijo [...] nunca se verificó que el padre no tuviera bienes con los cuales pueda hacerse cargo de los alimentos del menor. Además, debe buscarse apoyo en la familia extensa a fin de que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos y obligaciones de padre [por lo que] **modifica** la sentencia para el efecto de que la Sala responsable [...]determine si el señor tiene bienes con los cuales pueda dar cumplimiento a sus obligaciones alimenticias".

patria potestad, se requiere que se acredite de forma clara y convincente que no llevarla a cabo le generará un daño al niño.

Lo anterior es así, pues a diferencia de otro tipo de contiendas en las que basta con que los bienes o derechos de un menor de edad se coloquen en una situación de riesgo para conceder una petición, en los casos de adopción no basta con acreditar que los derechos del niño o niña se encuentren en una situación de riesgo sino que es necesario que se acredite un daño. En otros términos, no basta con demostrar que "resultará más beneficioso para el niño" ser adoptado, sino que se debe probar que de no otorgarse la adopción se le generará una situación perjudicial.

Justificación

Las relaciones paterno-filiales gozan de una protección especial cuando la madre o padre tenga alguna discapacidad, por lo que el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se demuestre que de no otorgarse la adopción se generará una situación perjudicial para el niño bajo un estándar de prueba claro y convincente, sin que para tal efecto sean válidas las pruebas sustentadas en estereotipos o barreras contextuales o sociales. El juzgador debe evaluar si existen medidas alternativas a través de las cuales la persona con discapacidad puede cumplir sus obligaciones paterno-filiales.

En el caso concreto la Corte consideró que no existían elementos claros y convincentes que acreditaran que de no otorgarse la adopción se causaría una afectación al interés superior del menor de edad, aun cuando la madre y el padrastro alegaron que de no llevarse a cabo se afectaría al niño, pues la ministración de alimentos que había proveído el padrastro podría verse afectada ante un eventual divorcio con la madre, o que existía una afectación en la identidad del niño al llevar apellidos distintos a los de sus futuros hermanos, ya que todo ello eran meras posibilidades y no daños altamente probables.

2. Amparo directo en revisión 7368/2016.²² Derechos de visita y convivencia de un niño con discapacidad, con el padre no custodio

Hechos

Una mujer en representación de su hijo demandó del padre el otorgamiento de una pensión alimenticia en favor del niño, debido a que la condición de discapacidad de este último requería gastos significativos en terapias y atención médica.²³ Por su parte, el demandado reconvino a fin de demandar la guarda y custodia compartida, y en caso de que le fuera negada, un régimen amplio de convivencias. El juez de lo familiar dictó sentencia en la que decretó la guarda y custodia compartida del niño y determinó una pensión alimenticia a cargo del padre a fin de cubrir los gastos por conceptos de terapias y atención médica.

Inconforme con la resolución, la madre interpuso recurso de apelación. La resolución dictada por la sala de lo familiar determinó revocar la sentencia de primera instancia, a fin de decretar que la guarda y custodia del niño quedara en favor de la madre, por lo que también fijó un régimen de convivencia entre el niño y su padre, que debía realizarse del sábado a las 13 horas al lunes a la hora de entrada del niño a la escuela, cada 15 días.

El padre acudió al juicio de amparo directo. El tribunal colegiado que conoció del asunto determinó negar el amparo y protección de la justicia federal solicitados, al considerar que lo más conveniente para el niño era permanecer al lado de su progenitora porque en su domicilio contaba con adaptaciones para facilitar la movilidad y uso de la propiedad.

²² Fecha de resolución: 25 de octubre de 2017. Mayoría de tres votos. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

²³ El menor fue diagnosticado desde temprana edad con una condición del espectro autista.

En contra de dicha determinación, el padre presentó un recurso de revisión a la SCJN, quien ordenó la modificación del fallo al considerar que el tribunal colegiado había omitido verificar si en el domicilio del padre existía la posibilidad de realizar adecuaciones o implementar medidas alternativas que le permitieran el goce y ejercicio de la convivencia paterno-filial, por lo que no existía circunstancia alguna que justificara la limitación del derecho de convivencia del menor de forma frecuente y efectiva con su padre.

Problema jurídico

Determinar si la condición de discapacidad de un niño puede ser una excepción del principio de amplia convivencia entre padres e hijos. ¿Qué estándar de prueba se exige para acreditar que se afecta el interés superior del niño? ¿En qué supuestos resulta justificado y qué estándar de prueba debe emplearse para derrotar el principio de mantenimiento de las relaciones familiares?

Criterio jurídico

En casos de impartición de justicia a una persona con doble condición de vulnerabilidad (infancia y discapacidad) es necesario garantizar por todos los medios posibles el derecho del infante a mantener relaciones personales y de trato directo, efectivo y frecuente con su padre y madre, salvo que su interés superior lo restrinja, pues de esta manera se asegura la continuación de la convivencia familiar.

Por ello, sólo en caso de que se pruebe la existencia de daño o peligro probable y fundado para el desarrollo del infante con motivo de la convivencia con el progenitor no custodio podrá afirmarse que la ponderación de las circunstancias derivadas de una condición de discapacidad tiende a proteger el interés superior del niño.

La condición de discapacidad del niño, por sí sola, no basta para argumentar la puesta en peligro de sus intereses. Las consideraciones en torno a

la existencia del peligro o daño no pueden estar sustentadas en aspectos generales, barreras ambientales o sociales derivadas de la condición de salud o argumentos que no se encuentren basados en medios técnicos o científicos.

Justificación

La protección del principio de mantenimiento de relaciones familiares atiende al interés superior del niño, por lo que su ruptura sólo encuentra asidero constitucional "cuando se acredite bajo una comprobación razonable, que de mantenerse la cercanía del infante con el progenitor se generará una situación perjudicial para el niño, esto es la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente".²⁴

En aquellos casos en que se trate de una categoría protegida por la Constitución —como una condición de discapacidad—, los cuidados y atenciones especiales que requiera no pueden justificar la limitación de la convivencia con el padre no custodio si ello no se encuentra apoyado en pruebas técnicas o científicas.

A fin de asegurar la convivencia entre padres e hijos con alguna condición de discapacidad, el juzgador deberá implementar ajustes razonables para satisfacer los cuidados y atención especiales que requiera el niño o la niña.

3. Amparo directo en revisión 392/2018.²⁵ Régimen de visitas y convivencia supervisado

Hechos

En razón del divorcio de los padres, un juez de lo familiar otorgó la guarda y custodia de un menor de edad a su madre, fijó un régimen de

²⁴ Amparo directo en revisión 7368/2016, párr. 30.

²⁵ Fecha de resolución: 19 de febrero de 2020. Unanimidad. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

visitas y convivencias para el padre en un centro de convivencia familiar y estableció el pago de una pensión alimenticia. En contra del establecimiento de un régimen supervisado, el padre apeló la determinación. La Sala confirmó el fallo de primera instancia. En contra de ello, el padre acudió al juicio de amparo.

El tribunal colegiado que conoció del amparo negó la protección constitucional. Argumentó que las visitas supervisadas se establecieron bajo esa modalidad para proteger el interés superior del niño. Inconforme, el progenitor presentó un recurso de revisión ante la SCJN, quien revocó el fallo y ordenó la determinación de un nuevo régimen de convivencia al considerar que no se encontraba justificado un régimen de convivencia supervisado.

Problema jurídico

¿El régimen de convivencia supervisado constituye una vulneración del derecho de niños y niñas de convivir con el padre no custodio? ¿Cuándo se encuentra justificado un régimen de visitas supervisado?

Criterio

El régimen de convivencia supervisado en sí mismo no constituye una violación al derecho de niños y niñas a relacionarse con el progenitor no custodio siempre y cuando esté debidamente justificado y acreditado en atención del principio de interés superior del niño. Tal como sostuvo la Corte,

salvo marcadas excepciones, la modalización de las convivencias debe propiciar una amplia relación y contacto entre el menor de edad y el progenitor no custodio, siempre conforme a las circunstancias específicas del caso, por lo que sólo por razones excepcionales podría justificarse la suspensión o limitación del régimen

de convivencias, cuando así lo aconseje el interés del menor de edad.²⁶

A juicio de la Corte "debe demostrarse la existencia de un riesgo probable y fundado, bajo un estándar de prueba claro y convincente, para determinar que el derecho a relacionarse entre el progenitor no custodio y el menor de edad no puede llevarse a cabo de manera amplia, esto es, para fijar ciertos límites o restricciones a la convivencia".²⁷

Justificación

Es factible la limitación entre la convivencia de un progenitor y su hijo, en atención al interés superior del niño. Con todo, la simple alusión al interés superior del menor de edad no justifica una limitación de la convivencia. Deben esgrimirse razones que justifiquen y acrediten "por qué en el caso concreto se actualiza un riesgo, o bien, resulta constatable un mayor beneficio avalado por el caudal probatorio, que la convivencia amplia con el progenitor no custodio".²⁸

Así, en aquellos casos relativos a la determinación de un régimen de convivencia, se debe demostrar la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente, para determinar que el derecho a relacionarse entre el progenitor no custodio y el menor de edad no puede llevarse a cabo de manera amplia, esto, para fijar ciertos límites o restricciones a la convivencia.

Lo anterior, pues el derecho a relacionarse entre padres e hijos sin limitaciones sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable que de mantenerse la cercanía o contacto amplio y sin supervisión del infante con el progenitor se generará una situación

²⁶ Amparo directo en revisión 392/2018, párr. 90.

²⁷ *Ibidem*, párr. 99.

²⁸ *Ibidem*, párr. 106.

perjudicial para el menor de edad. En suma, "sólo razones de peso comprobadas *in concreto* podrán justificar la restricción, suspensión o limitación del derecho a relacionarse entre progenitores y menores de edad"²⁹

4. Amparo directo en revisión 2965/2018.³⁰ Derecho de visitas y convivencia ante la negativa del niño y del progenitor no custodio

Hechos

Una mujer promovió un juicio en la vía de controversia del orden familiar en el que demandó la inmediata reincorporación de su hija menor de edad a su domicilio, la guarda y custodia provisional y, en su oportunidad, la definitiva, el pago de una pensión alimenticia y el pago de gastos y costas. En la reconvenición, el padre de la niña también solicitó la guarda y custodia alegando que la niña sufría de agresiones sexuales en el entorno familiar de la progenitora, ya que ésta trabajaba todo el día y la dejaba al cuidado del abuelo materno.

En audiencia celebrada ante el juez de lo familiar, la niña expresó su deseo de vivir con su madre y convivir con el padre, por lo que el demandado entregó a la niña y el juez fijó un régimen de convivencia con el padre. La convivencia de la niña con el padre tendría lugar cada 15 días para efectos de la cual debía recogerla y entregarla en el domicilio de la madre. En las actuaciones del juicio consta que la actuario adscrita al juzgado se constituyó en el domicilio de la actora y la niña le externó que no deseaba irse ese sábado con su papá ni el siguiente, porque sus hermanastras paternas la molestaban, y que aunque quería a su papá, no quería irse con él por temor también a que ya no la regresara.

²⁹ *Ibidem*, párr. 101.

³⁰ Fecha de resolución: 2 de octubre de 2019. Unanimidad. Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

La juez de lo familiar requirió la presentación de la niña ante el juzgado y en la audiencia celebrada ella refrendó su intención de convivir con su padre, mas no con sus hermanastras y abuela paterna, por lo que se decretó un nuevo régimen de convivencias provisional de fines de semana cada 15 días en el Centro de Convivencia Familiar Supervisado, a fin de mantener un control en los registros.

En el reporte del Centro de Convivencia se informó que la niña no deseaba convivir más con su padre. En la sentencia dictada, la juez de lo familiar determinó la guarda y custodia definitiva de la niña a favor de la madre y fijó un régimen de convivencia entre la niña y el padre consistente en un fin de semana de cada 15 días, ordenó que la niña y sus padres asistieran a terapia, así como el pago de una pensión alimenticia.

Inconforme, el padre interpuso un recurso de apelación, que confirmó la decisión de primera instancia, por lo que promovió un juicio de amparo directo. En la demanda de amparo, el padre señaló fundamentalmente que si la niña había manifestado que no quería convivir con su padre, se debía atender dicha negativa.

El tribunal colegiado dictó sentencia en el sentido de negar el amparo solicitado, por lo que el padre acudió en revisión ante la SCJN, quien ordenó que en una nueva sentencia se fijara un régimen de convivencias en el cual se ordenaran al padre las medidas relativas para atender las necesidades de la niña. La Corte estableció que el derecho de convivencia de la menor de edad debía de prevalecer frente a la negativa del niño o niña y de la del propio progenitor.

Problema jurídico

¿El derecho de convivencia de un menor de edad debe o no tomar en cuenta el deseo o manifestación del infante sobre su decisión de no ejercerlo? ¿Es una causa justificada para limitar la convivencia entre padres e hijos que el progenitor o el menor de edad se nieguen a ella?

Criterio

El derecho de convivencia es un derecho primordial de los hijos, del cual se desprende un derecho-deber de los padres. Ante la negativa del progenitor de convivir con el niño, el derecho de convivencia no puede quedar anulado o no resultar efectivo. Es obligación del Estado velar porque el deber del progenitor se cumpla, incluso mediante medidas de apremio.³¹ En caso de que el niño o la niña manifieste su negativa para convivir con el padre no custodio,

el operador judicial debe preocuparse por establecer la estructura y facilidades para que esa convivencia suceda, esto es se garantice el derecho mismo y así se torne efectivo, máxime que la convivencia familiar que crea vínculos paternos o maternos es lo que conviene al desarrollo armónico de cualquier infante, dada la importancia para el desarrollo humano de establecer lazos y vínculos con sus progenitores o figuras de apego.³²

Justificación

Los niños tienen derecho a manifestar y expresar sus opiniones en los procedimientos judiciales en que son parte o en los cuales puedan verse afectados sus bienes o derechos; sin embargo, ello no significa que los operadores jurídicos deban atender las peticiones de los infantes en tanto éstas no resulten vinculantes. Tal como sostuvo la Corte,

el juzgador debe atender a diversos aspectos que junto con las circunstancias particulares de la litis puedan servir de guía para decidir sobre lo más conveniente para el menor que expresa su opinión porque las controversias familiares son extremadamente flexibles y la opinión del menor debe estar contextualizada sin poderla tomar como un hecho aislado.³³

³¹ Amparo directo en revisión 2965/2018, párr. 62.

³² *Ibidem*, párr. 74.

³³ *Ibidem*, párr. 69.

Ante una situación en la que se advierta resistencia por parte de padres o hijos a llevar a cabo un régimen de visitas, el juzgador tiene la obligación de verificar, en primer término, si la opinión del menor "no se encuentra cooptada por intereses ajenos al niño o niña o bien ofuscada [sic] debido precisamente al contexto de la problemática familiar".³⁴ De este modo, a fin de preservar el derecho de convivencia del niño o niña con el progenitor no custodio

deberá incluso solicitar auxilio de especialistas para primeramente verificar, en caso de duda, cuál es el deseo y voluntad verdadera del infante, y en su caso determinar u ordenar medidas terapéuticas y/o conciliación entre las partes a fin de favorecer la realización de la convivencia, o incluso determinar regímenes de convivencia en distintas modalidades, ya sea supervisada³⁵ o progresivos a fin de cumplir con el mandato del interés superior del

³⁴ *Ibidem*, párr. 70.

³⁵ Véase tesis: 1a. CI/2016 (10a.): "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA CONVIVENCIA PATERNO-FILIAL SUPERVISADA EN UN CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR, CONSTITUYE UNA MEDIDA ACORDE CON ESTE PRINCIPIO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El Estado tiene el deber ineludible de dictar las medidas tendentes a proteger a los menores contra toda forma de perjuicio o maltrato, aun cuando sólo se manifieste como una posibilidad; así, en atención al interés superior del menor, es inadmisibles esperar a que un menor sufra un perjuicio o un maltrato para aplicar esas medidas, no obstante, cuando deba hacerse a la luz de una controversia, éstas han de establecerse en función de cada caso concreto, según lo que resulte acorde con dicho interés. Una de estas medidas consiste en ordenar que la convivencia del menor con el progenitor —que no tiene la guarda y custodia— se realice en un Centro de Convivencia Familiar Supervisada, pues de esta forma se preserva su derecho a ser cuidado y educado por ambos progenitores, así como a mantener contacto directo con ellos, preservando las relaciones familiares; además, se satisface la obligación de protegerlo de manera preventiva contra toda forma de perjuicio o maltrato, pues de los artículos 1, 2, fracciones VI y XVII; 14, fracciones IV y VI; 22, 24, 25, 26, 27 y 29 del Reglamento que fija las bases de organización y funcionamiento del Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Distrito Federal, deriva que entre las actividades sustantivas del Centro se encuentra la relativa a facilitar las convivencias paterno-filiales dentro de sus instalaciones, debiendo minimizar los riesgos de daños físicos o psicológicos de los miembros involucrados en las controversias familiares, coadyuvando al sano desarrollo emocional de los integrantes de la familia. Asimismo, se advierte que la convivencia familiar debe desarrollarse ante la presencia de una tercera persona independiente y neutra, así como realizar reportes de manera fidedigna e imparcial, además de que existe un sistema de circuito cerrado de televisión y se respeta la voluntad del menor". Décima Época, registro: 2011388, instancia: Primera Sala, tipo de tesis: aislada, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, abril de 2016, tomo II, materia(s): constitucional, civil, Tesis: 1a. CI/2016 (10a.), p. 1123.

menor en el sentido de priorizar la convivencia familiar de un infante separado de uno de sus progenitores.

Por lo demás, tratándose de la negativa del progenitor no custodio, el juzgador tiene a su alcance diversas medidas de apremio, a las cuales puede acudir justificadamente en virtud de que "el derecho de convivencia de la menor prima sobre los derechos e intereses del progenitor, y éste no puede expresar una negativa ante el deber parental que emana de ese derecho fundamental".³⁶

C. Asignación de guarda y custodia y empleo de categorías protegidas en el artículo 1º constitucional

Los precedentes que se analizan en esta segunda línea jurisprudencial se refieren a casos de asignación de guarda y custodia (tanto provisional como definitiva) en los que se alegó la discapacidad, condición de salud o condición socioeconómica de la madre como una razón para no concederla. Al resolver estos casos, la Suprema Corte ha ido construyendo la doctrina constitucional sobre el empleo de categorías protegidas por el artículo 1º constitucional, como la salud, las preferencias sexuales o la condición social de alguno de los progenitores, en decisiones que inciden en el interés superior de niños y niñas, como es el caso de la guarda y custodia.

Fundamentalmente, la pregunta de la que se ocupa la Corte es cómo articular el interés superior del menor, por un lado, y el empleo de alguna de las categorías establecidas en el artículo 1º constitucional. ¿Cuándo resulta justificado y qué se tiene que acreditar para sostener la negativa de conceder la guarda y custodia con base en la discapacidad, condición de salud o socioeconómica del progenitor? ¿En qué supuestos puede justificarse el empleo de estas categorías para proteger el interés

³⁶ Amparo directo en revisión 2965/2018, párr. 71.

superior del menor de edad sin que sea contrario al principio de igualdad y no discriminación?

I. Doctrina constitucional sobre el empleo de alguna de las categorías establecidas en el artículo 1° en decisiones que involucran el interés superior de la niñez

En esta sección examinaremos cómo aborda la Suprema Corte el empleo de las categorías establecidas en el artículo 1° en decisiones sobre la guarda y custodia. Asimismo, revisaremos los criterios que ha establecido para distinguir los casos en que dicho empleo está justificado y aquellos en los que no está justificado y resulta contrario al interés superior de la niñez y al principio de igualdad y no discriminación.

La sentencia hito de esta segunda línea jurisprudencial es el amparo directo en revisión 2618/2013.³⁷ En este precedente, la Suprema Corte analizó el caso de una madre a la que se le negó la guarda y custodia de sus hijas por considerar que la enfermedad que padecía no le permitía estar al pendiente de ellas, así como a consecuencia de su situación económica. Posteriormente, la Corte desarrolló su doctrina constitucional en otros tres precedentes. En el amparo directo en revisión 5904/2015, analizó el caso de una madre con discapacidad a la que se le negó la guarda y custodia de sus hijos por considerar que no era apta por los posibles efectos de los medicamentos indicados para su tratamiento. En el amparo en revisión 910/2016 se examinó el caso de un padre que alegó que no debía otorgársele la guarda y custodia provisional a la madre debido a que padecía una enfermedad que, en su opinión, le impedía ocuparse del cuidado de sus hijos. Finalmente, en el amparo directo en

³⁷ Amparo directo en revisión 2618/2013. 23 de octubre de 2013. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. De esta decisión surgió el criterio contenido en la tesis con número de registro 2005924, de rubro INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. USO JUSTIFICADO DE LAS CATEGORÍAS PROTEGIDAS EN EL ARTÍCULO PRIMERO CONSTITUCIONAL, EN LAS CONTIENDAS QUE INVOLUCRAN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. 1a. CVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 546.

revisión 1773/2016 se examinó el caso de una mujer a la que se negó la custodia de su hija alegando su situación socioeconómica.

Como puede advertirse, en todos los casos que integran esta línea jurisprudencial se empleó a categorías establecida en el artículo 1° constitucional (por ejemplo, la discapacidad, condición de salud y socioeconómica) para establecer un trato diferenciado alegando el interés superior del menor de edad. Además, todos los casos tienen una dimensión de género, al tratarse de mujeres madres cuya discapacidad o condición de salud o socioeconómica fue empleada para negarles la guarda y custodia provisional o definitiva. A continuación examinaremos la doctrina constitucional de la Corte sobre el empleo de categorías protegidas por el artículo 1° constitucional como una razón para negar la guarda y custodia. Posteriormente revisaremos los distintos precedentes que conforman la línea jurisprudencial.

II. Reconstrucción general de la doctrina constitucional sobre el empleo de categorías establecidas en el artículo 1° constitucional en decisiones relacionadas con la guarda y custodia

Las decisiones que integran esta línea jurisprudencial tienen como punto de partida el reconocimiento del interés superior de la niñez como el eje rector que habrá de emplearse en las decisiones relativas a la guarda y custodia de niños y niñas. En este sentido, la Corte señala que el interés superior del menor de edad "constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia".³⁸ Por ello, la resolución que se dicte en todos los casos de guarda y custodia deberá tener como eje y propósito fundamental privilegiar el interés de los niños y niñas involucrados.³⁹

³⁸ Amparo directo en revisión 2618/2013.

³⁹ Al respecto, son relevantes los siguientes criterios: Tesis aislada 1a. CXXI/2012 (10a.). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. *Semanario Judicial de la*

Por otro lado, la Corte ha establecido que la salud, la situación económica y la discapacidad de las personas son categorías protegidas por el artículo 1º constitucional.⁴⁰ El empleo de estas categorías no está vedado por la Constitución. Lo que está prohibido es su utilización de forma injustificada. Por ello, la Corte considera que cuando se utilice alguna de éstas para establecer un trato diferenciado "existe una sospecha de que la distinción es discriminatoria; por tanto, se exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso".⁴¹ La Corte sostuvo que la decisión judicial que niega el derecho de una madre de ejercer la guarda y custodia de sus hijos con motivo de su salud y condición económica debe estar basada en una fundamentación rigurosa y de mucho peso que justifique la negativa.⁴²

Posteriormente, en el amparo directo en revisión 5904/2015 la Suprema Corte sostuvo que las relaciones familiares en las que el padre o madre tienen una condición de discapacidad o condición de salud son objeto de protección reforzada. En atención a ello, los órganos jurisdiccionales deben emplear "un estándar de protección especial y reforzada para que no se priven de derechos a padres o madres con el argumento de que padecen alguna enfermedad o tienen alguna discapacidad."⁴³

Federación y su Gaceta, Décima Época, libro IX, junio de 2012, tomo 1, p. 261; Tesis aislada 1a. CXXIII/2012 (10). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IX, junio de 2012, tomo 1, p. 259, y Tesis aislada 1a. CXXII/2012 (10ª). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IX, junio de 2012, tomo 1, p. 260.

⁴⁰ Este criterio está contenido en la tesis 1a. XCIX/2013 (10a.). IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIX, abril de 2013, tomo 1, p. 961.

⁴¹ Amparo directo en revisión 2618/2013.

⁴² La SCJN usa la metodología empleada por la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo*. En ese sentido, retoma como pauta interpretativa que para comprobar el empleo de una diferenciación de trato en una decisión particular, no es necesario que toda la decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la categoría alegada, sino que basta con constatar que tales condiciones fueron tomadas en cuenta de manera explícita o implícita para tomar una decisión.

⁴³ Amparo directo en revisión 5904/2015, párr. 127.

En dicho precedente, la Corte sostuvo además que el principio de mantenimiento de las relaciones familiares debe emplearse en las decisiones sobre guarda y custodia. En este tipo de decisiones, la Corte sostiene que el principio de mantenimiento de las relaciones sólo podrá considerarse superado cuando se acredite "bajo una comprobación razonable que de mantenerse la cercanía con el progenitor con discapacidad se generará una situación perjudicial para el niño, esto es, la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente".⁴⁴

Como puede advertirse, la Corte recurre al empleo de la noción de estándares de prueba en el establecimiento de la metodología para evaluar la constitucionalidad de decisiones judiciales en las que se tenga que ponderar alguna característica protegida en la constitución en el artículo 1°. A fin de evaluar el riesgo probable y fundado de asignar la guarda y custodia a un progenitor con discapacidad debe acreditarse la existencia de un riesgo empleando el estándar de prueba claro y convincente.⁴⁵

Por el contrario, cuando se acuda al empleo de alguna de las categorías establecidas en el artículo 1° para el otorgamiento de la guarda y custodia sin que se acredite la existencia de un riesgo para los niños y niñas involucrados la decisión resultará contraria al orden constitucional toda vez que "no protege el interés superior del menor de edad, y, además, es contraria a lo dispuesto por el artículo 1° constitucional".⁴⁶

De este modo, un uso justificado de las categorías establecidas en el artículo 1° será aquel en el que se acredite "con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño".⁴⁷

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Amparo directo en revisión 5904/2015, párr. 128.

⁴⁶ Amparo directo en revisión 5904/2015, párr. 84.

⁴⁷ Amparos directos en revisión 2618/2013 y 5904/2015, párr. 128.

Con ello, la Corte pone el acento en el tipo de consideraciones y de argumentos adecuados para establecer una diferencia de trato basada en alguna de las categorías establecidas en el artículo 1º y en el tipo de pruebas que habrá de tener en cuenta el órgano jurisdiccional. La situación de riesgo alegada debe ser probada, esto es, la afirmación en el sentido que otorgar el derecho de guarda y custodia a un padre o madre con discapacidad, condición de salud o alguna otra de las categorías mencionadas en el artículo 1º constitucional coloca al niño o niña en una situación de riesgo "debe de ser probada, y no especulativa o imaginaria". Además, no cualquier clase de prueba será considerada relevante para acreditar la situación de riesgo. La situación de riesgo debe estar respaldada en pruebas técnicas o científicas.

Lo anterior supone excluir los razonamientos basados en especulaciones, presunciones infundadas, estereotipos, prejuicios o apreciaciones derivadas de la condición de discapacidad o de salud de los padres o madres.

En palabras de la Corte:

En resumen, si el juez considera conveniente ponderar en las contiendas de guarda y custodia de los niños que alguno de los padres tiene ciertas características protegidas por el artículo 1º de la Constitución, debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el niño se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores. De otro modo, la decisión judicial motivada en alguna de dichas categorías resultaría injustificada y por tanto constituiría un trato discriminatorio.⁴⁸

Finalmente, señala que además de que se debe acreditar la afectación del niño o niña en el estándar de pruebas claras y convincentes, también se

⁴⁸ Amparo directo en revisión 2618/2013.

debe acreditar que la posible afectación no derive de barreras contextuales, económicas o sociales que puedan ser subsanadas a través de medidas alternativas. Si fuere el caso, la Corte sostiene que los órganos jurisdiccionales deben tratar de encontrar alternativas razonables que permitan a la persona con discapacidad tener plena participación social.⁴⁹ Veamos ahora los precedentes que integran la línea jurisprudencial.

III. Análisis individualizado de los precedentes que integran la línea jurisprudencial sobre empleo de categorías protegidas en el artículo 1° con base en el interés superior de la niñez

Los precedentes que se analizan en esta segunda línea jurisprudencial tienen en común que se trata de controversias familiares en las que se tiene que determinar si las condiciones de discapacidad o enfermedad se traducen en una razón para negar la guarda y custodia (o bien para cambiarla o asignarla).

1. Amparo directo en revisión 2618/2013.⁵⁰ Asignación de guarda y custodia cuando se alega una condición de salud o socioeconómica del progenitor

Hechos

Una mujer demandó de su esposo: i) la guarda y custodia de sus hijas menores de edad; ii) el pago y aseguramiento de una pensión alimenticia a favor de la actora, así como de sus hijas, y iii) el establecimiento de un régimen de visitas entre las niñas y el demandado.

Al contestar la demanda, el padre de las niñas reconvino de su contraparte: i) la pérdida de la patria potestad; ii) la guarda y custodia provi-

⁴⁹ Amparo directo en revisión 5904/2015, párrs. 132 y 133.

⁵⁰ 23 de octubre de 2013. Mayoría de votos. Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

sional a su favor, y iii) un régimen provisional de convivencias con la demandada. Posteriormente, solicitó la disolución del vínculo matrimonial.

El juez dictó sentencia definitiva, en la que resolvió: i) disolver el vínculo matrimonial; ii) absolver a la madre de la pérdida de la patria potestad; iii) conceder la guarda y custodia de los niños a la madre; iv) decretar un régimen de visitas y convivencia a favor de del progenitor; v) ordenar que tanto el padre, la madre y los niños acudan a terapias psicológicas orientadas a la educación sexual, y a terapias de alcohólicos anónimos, y vi) absolver al padre del pago de una pensión alimenticia a favor de la madre.

Inconformes con la anterior determinación las dos partes interpusieron recurso de apelación. La Sala ordenó que se modificara la sentencia de primera instancia a efecto de i) conceder la guarda y custodia a favor de la madre; ii) decretar un régimen de visitas y convivencias a favor del padre; iii) restringir en forma absoluta el contacto de los niños con el cuñado de la madre (a quién se le imputa haber abusado sexualmente de ellas); iv) decretar una pensión alimenticia a favor de la madre así como de sus hijos, y v) ordenar que tanto los padres como los niños acudan a terapias psicológicas.

El padre acudió al juicio de amparo directo. El tribunal colegiado concedió el amparo al considerar que la madre no era apta para ejercer la guarda y custodia de los niños, toda vez que padecía una enfermedad⁵¹

⁵¹ Foja 115 del cuaderno de amparo: "Más aún, aquí es de destacar que la progenitora se encuentra enferma de Lupus y artritis, enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, y si la tercera se encuentra en tratamiento, lo conveniente es que los menores queden al cuidado de su progenitor. Lo anterior, es así en la medida de que la artritis es una enfermedad que va degenerando las articulaciones y los huesos, lo que como se ha sostenido en el párrafo anterior necesitan de cuidados especiales, ya que no les permite realizar actividades cotidianas o normales, que permitan atender a los infantes y poder proporcionarles las atenciones que necesiten ya sea en el aspecto emocional, físico y de cualquier otra índole, pues no pueden realizar movimientos bruscos, tal y como podría

(lupus y artritis) que le demandaba tratamientos que no le permitían estar al pendiente de sus hijas; adicionalmente, consideró que el padre contaba con mejores condiciones económicas y sociales que la madre.

Inconforme con la sentencia del tribunal colegiado, la madre presentó un recurso de revisión ante la SCJN; ésta determinó que la condición de salud y la situación económica de la madre fueron empleadas en la decisión del tribunal colegiado. Señaló que si bien el tribunal tomó en cuenta otros factores, no era posible determinar el peso específico que jugó cada uno de ellos, por lo que no era posible disociarlos y establecer cuál de ellos fue empleado y en qué medida para el otorgamiento de la guarda y custodia.

No obstante, la Corte consideró que el empleo de la salud física de la madre como argumento para negar la guarda y custodia no estaba respaldado en pruebas técnicas o científicas que acreditaran que dicha situación la hacía menos idónea para estar al cuidado de sus hijas, por lo que la decisión no protege el interés superior de las niñas y supone un trato discriminatorio en contra de la madre.

Problemas jurídicos

En la sentencia se examinaron tres problemas.

En primer lugar, determinar si se vulnera el principio de no discriminación al asignar de forma automática a la madre la custodia de niños menores de 10 años, aun cuando estuviera expresamente previsto en la ley.⁵²

ocurrir cuando se encuentre jugando con sus hijas o una de diversas actividades que le permitan actuar con las mismas, motivo por el cual, se estima que en el caso las menores deben quedarse al cuidado del quejoso".

⁵² En este caso, se trataba del artículo 4,228 del Código Civil del Estado de México, al establecer que en caso de que quienes ejerzan la patria potestad no lleguen a un acuerdo sobre la guarda y custodia, los menores de 10 años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para ellos. Al respecto, es conveniente destacar el Amparo en Revisión 331/2019. En esta sentencia, la Primera

En segundo lugar, determinar si puede superarse el principio de mantenimiento de las relaciones familiares cuando la madre o el padre padecen una enfermedad física o mental.

Finalmente, establecer conforme a qué estándar de prueba se debe acreditar que la asignación de la custodia a la madre resultaba perjudicial para las niñas cuando se alude a su condición de salud.

Criterio

En relación con el primer problema, la Corte sostiene que la guarda y custodia no debe ser otorgada en automático a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador. Se debe determinar en cada caso cuál es el sistema de custodia que resulta más benéfico para el menor de edad, partiendo no sólo del menor perjuicio que se le pueda causar, sino examinando también qué le resultará más benéfico, en atención al interés superior del niño.

En relación con el segundo problema, la Corte considera que solamente en caso de riesgo probable y fundado podría privilegiarse la diferencia de trato y excluir de la guarda y custodia al padre o la madre bajo el supuesto de una condición de salud.

Finalmente, la Corte sostiene que cuando se pretenda justificar el trato diferenciado en el ejercicio de la guarda y custodia, alegando la condición de salud de uno de los progenitores, deberá acreditarse en el estándar de prueba claro y convincente que dicha condición supone un riesgo probable y fundado para el niño o niña. Además, una decisión de este tipo será válida únicamente cuando esté sustentada en pruebas técnicas y científicas y no solamente en consideraciones generalizadas relativas a

Sala estableció que la norma que establece de manera automática la guarda y custodia a la madre (en dicho asunto se examinó el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo del Código Civil de la Ciudad de México) resultaba inconstitucional. Véase al respecto el amparo en revisión 331/2019. 21 de noviembre de 2019. Ponente Juan Luis González Alcántara Carrancá.

la condición médica. El juzgador debe cerciorarse de que las condiciones de salud que se aduzcan no estén fundadas en especulaciones o aspectos generales que resulten discriminatorios.

Justificación

Cuando la asignación de derechos se base en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1º constitucional, existe una sospecha de que la distinción es discriminatoria, por lo que se exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso.

A juicio de la Corte, la utilización de las categorías establecidas en el artículo 1º debe examinarse con mayor rigor precisamente porque "sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales". El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta, por lo que para analizar si una distinción es discriminatoria deben evaluarse en forma estricta las razones que se alegaron para justificar la diferencia de trato.

En aquellos casos en que el órgano jurisdiccional pondere el interés superior del niño con alguna de las categorías protegidas por el artículo 1º constitucional, como la salud, la religión, las preferencias sexuales, o la condición social de alguno de los padres, deberá evaluarse estrictamente si el uso está justificado y, en consecuencia, si su evaluación tiende a proteger el interés superior del niño.

Así, la Corte sostiene que "un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución será aquel que evidencié [sic] con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño". En este sentido, señaló que "la situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres".

De acuerdo con lo anterior, si el juez considera conveniente ponderar en las contiendas de guarda y custodia de los niños que alguno de los padres tiene ciertas características protegidas por el artículo 1° de la Constitución,

debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el niño se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores. De otro modo, la decisión judicial motivada en alguna de dichas categorías resultaría injustificada y por tanto constituiría un trato discriminatorio.

Finalmente, sostuvo que "en tanto no se pruebe que dicha circunstancia genera una situación de riesgo en los bienes o derechos de los menores de edad, no puede considerarse que su ponderación en la decisión de guarda y custodia tienda a proteger al interés superior de la infancia".

2. Amparo directo en revisión 5904/2014.⁵³ **Asignación de guarda y custodia cuando se alega una condición de salud**

Hechos

Una pareja solicitó la disolución del vínculo matrimonial. El padre demandó la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio y solicitó que se estableciera un régimen de convivencias supervisadas debido a la condición neurobiológica (epilepsia) de la madre de los niños.

El juez de lo familiar resolvió mantener la guarda y custodia a cargo de la madre y ordenó a los progenitores la asistencia a terapias psicológicas. En el recurso de apelación, la sala familiar confirmó la resolución, pues consideró que el padre no acreditó que la mamá ejerciera violencia o

⁵³ 28 septiembre de 2016. Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

representara un peligro para sus hijos menores de edad, ni que la enfermedad que padecía la incapacitara para su cuidado, pues si bien no era curable, sí era controlable.

La justicia federal otorgó al padre el amparo y ordenó a la sala familiar la emisión de una resolución en la que se otorgó la guarda y custodia al progenitor, en razón de los actos de violencia atribuidos a la mamá; además se consideró que la enfermedad que padece y, respecto de la cual no se acreditó tratamiento alguno, sí ponía en peligro del desarrollo de sus hijos.

Inconforme con la decisión, la madre acudió a la SCJN en recurso de revisión. El máximo tribunal determinó que fue incorrecto que la sentencia concluyera la falta de idoneidad de la madre para ejercer la guarda y custodia de los menores de edad por los posibles efectos adversos de los medicamentos indicados para el control de la enfermedad, sin que dicho razonamiento estuviese basado en prueba científica o médica sobre la condición de salud particular de la progenitora.

Problemas jurídicos

En primer lugar, establecer si los órganos jurisdiccionales deben ordenar medidas judiciales provisionales de oficio cuando la guarda y custodia recae en un progenitor que padece una enfermedad.

En segundo lugar, determinar si la condición neurobiológica de la madre justifica el no otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad.

Finalmente, en caso de que la madre padezca una enfermedad, determinar si se debe emplear la perspectiva de género como herramienta de análisis.

Criterio

En relación con el primer problema, la Corte sostiene que en todo procedimiento jurisdiccional en el que se analicen cuestiones que afecten derechos de niños y niñas los órganos jurisdiccionales deben verificar si

con los elementos de prueba aportados se sospecha de un riesgo que afecte la integridad física o mental de un menor de edad, o bien el desarrollo integral, a fin de ordenar medidas judiciales cautelares y preventivas apropiadas, proporcionales e idóneas al peligro que pretende evitarse, con independencia de que en la sentencia pueda resultar una conclusión distinta.

En relación con el segundo problema, la Corte sostuvo que la condición neurobiológica que presentaba la madre y la alusión que se realizó en la sentencia recurrida "no trastoca únicamente lo relativo al estado de salud neurológica de una persona, sino que trasciende a la esfera de derechos de las personas con discapacidad" (párrafo 117). En virtud de ello consideró que el análisis del caso debía abordarse desde la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad. En particular, la Corte sostuvo que el principio de mantenimiento de las relaciones familiares "sólo puede verse superado cuando se acredite bajo una comprobación razonable, que de mantenerse la cercanía con el progenitor con discapacidad se generará una situación perjudicial para el niño, esto es la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente" (párrafo 127). La Corte sostiene además que la valoración de la situación no puede derivar de prejuicios o generalizaciones injustificadas respecto de la situación de las personas con discapacidad, o bien de barreras ambientales, estructurales o sociales que puedan ser mitigadas mediante medidas alternativas.

En relación con el tercer problema, la Corte sostiene que cuando se alegue la condición de salud de uno de los progenitores y se adviertan circunstancias que generen una posición asimétrica entre ellos o una circunstancia de vulnerabilidad o de violencia por razones de género, se debe emplear la perspectiva de género.

Justificación

La Corte sostiene que sólo en caso de que se pruebe la existencia de un daño o peligro probable y fundado para el desarrollo de los niños podrá

afirmarse que la ponderación de las circunstancias derivadas de la discapacidad tiende a proteger el interés superior del menor de edad. De otro modo su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno.

Por otra parte, la Corte sostiene que en casos en los que se alegue la condición de salud de uno de los progenitores y se adviertan circunstancias que generan una posición asimétrica entre ellos, se deberá emplear la perspectiva de género.

Para ello, deberán analizarse los hechos y pruebas para determinar si existe un contexto de desigualdad generado por la condición de vulnerabilidad, por violencia física, psicológica, económica o de cualquier otro tipo, o bien por una relación desequilibrada entre las partes. En palabras de la Corte:

de manera muy particular se recomienda a los juzgadores considerar en todos los asuntos en los que intervengan mujeres con alguna condición de discapacidad, criterios en materia de género, orientados a combatir la desigualdad entre las mujeres y hombres con discapacidad, evitando concebir a la discapacidad como un grupo homogéneo.⁵⁴

Además, siguiendo con la metodología establecida para juzgar con perspectiva de género, la Corte destaca que si el órgano jurisdiccional considera que el material que conforma el acervo probatorio no es suficiente para aclarar la situación por desigualdad de género,

se deberá ordenar el desahogo de las pruebas que considere pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de violencia por género o bien las circunstancias de desigualdad provocadas por los estereotipos de género, para lo cual al evaluar las

⁵⁴ Amparo directo en revisión 5904/2015, párr. 149.

pruebas el juzgador en todo momento deberá leer e interpretar los hechos y valorar las pruebas sin estereotipos discriminatorios, lo que no quiere decir que deba dársele más peso probatorio a la evidencia que favorezca a la parte que alegue violencia de género, sino simplemente esta exigencia de retirar los estereotipos de género implica que al analizar las circunstancias fácticas y los hechos deberá hacerse con neutralidad.⁵⁵

Finalmente, la Corte plantea que el empleo de la perspectiva de género exige a los órganos jurisdiccionales "el abandono del uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por cuestiones de género o alguna otra condición humana que genere desigualdad como lo es la discapacidad".⁵⁶

3. Amparo directo en revisión 910/2016.⁵⁷ Asignación de guarda y custodia cuando se alega una condición de salud

Hechos

En el convenio de divorcio, una pareja acordó que la niña procreada durante el matrimonio quedara bajo el cuidado de la madre. Sin embargo, tiempo después el padre demandó de su exesposa la suspensión de la patria potestad, así como el establecimiento de un régimen de visitas y convivencias, en virtud de la presunta violencia ejercida por la señora en contra de su hija, así como por el hecho de que la enfermedad que padecía le impedía hacerse cargo de la menor.⁵⁸

La juez de lo familiar concedió la guarda y custodia provisional al padre, por lo que la madre promovió un incidente de reclamación de providencias

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 154.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 155.

⁵⁷ 23 de agosto de 2017. Unanimidad de cinco votos. Ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

⁵⁸ El padecimiento era bulimia purgativa.

precautorias, el cual le restituyó en la guarda y custodia. Inconforme, el padre acudió al amparo, el juez de distrito dictó sentencia en la que determinó otorgar la protección constitucional solicitada, para el efecto de que se dejara insubsistente la resolución reclamada.

En contra de ello, la madre interpuso recurso de revisión ante la Suprema Corte; ésta ordenó que debía otorgarse la guarda y custodia a la madre, acorde con lo decretado por la jueza de origen, y conminó al padre "a poner las medidas necesarias con el fin de fortalecer el vínculo de afecto y apego de la niña con la madre, ya que por las circunstancias que han rodeado el caso, la niña se vio privada del acompañamiento materno derivado del conflicto familiar en el que se vio inmersa la niña".⁵⁹

Problema jurídico

¿En qué supuesto está justificado negar a un progenitor la guarda y custodia de su hijo (ya sea provisional o definitiva) cuando se alega una condición de salud?

Criterio

De acuerdo con la Corte "hacer depender el otorgamiento de la guarda y la custodia de los niños y niñas de una condición de salud, sin que se demuestre la existencia de un riesgo para los menores involucrados no protege el interés superior del menor de edad y, además, es contrario a lo dispuesto por el artículo 1º constitucional".⁶⁰

Por ello, "solamente en caso de riesgo probable y fundado podría privilegiarse la diferencia de trato y excluir de la guarda y custodia al padre o la madre bajo el supuesto de una condición de salud".⁶¹

⁵⁹ Amparo directo en revisión 910/2016, párr. 154.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 84.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 85.

En este sentido, la Corte sostiene que "debe probarse que la situación de salud condiciona de tal modo a la persona que ésta no puede hacerse cargo de los niños o niña por los efectos que en ella provoca la medicación o las limitaciones inherentes a la condición de salud porque —esto es lo relevante— con ellos se afecta a los niños y niñas implicados".⁶²

Justificación

La guarda y custodia se erige como una institución que tiene la finalidad de salvaguardar el derecho-deber de los progenitores a participar activamente en la crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad. Con esta institución se busca "asegurar la convivencia regular del menor con ambos progenitores en contextos de crisis familiares."⁶³ El Estado se encuentra obligado a encontrar mecanismos que garanticen el derecho de los menores de edad a mantener relaciones personales y de trato directo con cada uno de sus progenitores.

De acuerdo con lo anterior, en asuntos en los cuales están involucrados derechos de niños y niñas, el juzgador deberá:

⁶² *Ibidem*, párr. 86.

⁶³ *Cfr.* Tesis 1ª CCCVI/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XXV, octubre de 2013, tomo 2, p. 1051, registro 2004703, "GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD Y RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. SON INSTITUCIONES PARALELAS Y COMPLEMENTARIAS DIRIGIDAS A SALVAGUARDAR EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN CONTEXTOS DE CRISIS INTRAFAMILIAR. Ante la existencia de situaciones en donde los desacuerdos personales hacen imposible la convivencia entre los padres, el Estado se encuentra obligado a encontrar mecanismos que garanticen el derecho de los menores de edad a mantener relaciones personales y de trato directo con cada uno de sus padres de forma regular, asegurando así la continuación de la convivencia familiar. El legislador, teniendo en consideración lo anterior, ha establecido diversas instituciones jurídicas tendientes a salvaguardar el derecho-deber de los progenitores a participar activamente en la crianza y educación de sus hijos menores de edad y, particularmente, asegurar la convivencia regular del menor con ambos progenitores en contextos de crisis intrafamiliar. Dentro de estas instituciones se encuentran la fijación de la guarda y custodia a cargo de uno de los padres y, paralelamente, el derecho de visitas o régimen de convivencia a favor del otro. Estas figuras son complementarias entre sí y garantizan, bajo estas situaciones extenuantes, el derecho del menor a vivir en familia y convivir con ambos padres, asegurando así el sano desarrollo de su personalidad". Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

- 1) Valorar todo el material probatorio que obre en autos, "aun cuando vaya más allá de la *litis* planteada en la demanda de guarda y custodia"⁶⁴ empleando para tal efecto la perspectiva de género, en controversias cuyos hechos evidencien una situación asimétrica entre progenitores.
- 2) En los casos en que se emplee alguna de las categorías protegidas por el artículo 1º constitucional los órganos jurisdiccionales deben emplear un escrutinio estricto respecto de la condición que se alega para establecer una diferencia de trato y excluir de la guarda y custodia al padre o madre.
- 3) Analizar, con base en pruebas técnicas o científicas, si dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor de edad, esto es, que se traduzca en una situación de riesgo.⁶⁵
- 4) Rechazar especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los progenitores.
- 5) Tener presente que las circunstancias familiares son siempre cambiantes y que el otorgamiento de la guarda y la custodia a uno u otro progenitor no puede tomarse como un sistema de recompensas. La decisión que debe primar es aquella que en el caso concreto

⁶⁴ Cfr. tesis 1ª XVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXI-II, febrero de 2011, p. 616, registro 162797, "JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS. De acuerdo al interés superior del niño, en los procedimientos que directa o indirectamente trascienden los derechos de los menores, el juez debe decidir atendiendo al mayor beneficio del menor por lo que debe valorar todos los elementos probatorios que tenga a su alcance. En tal sentido, aun cuando en la demanda de guarda y custodia se omitan plantear hechos que podrían resultar perjudiciales para los menores, tal omisión no limita al juzgador a valorar el material probatorio en autos que pudiera corroborar tal situación." Ponente: ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea.

⁶⁵ De acuerdo con la Primera Sala, el aumento del riesgo se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero.

se adapte mejor al niño o a la niña y a su interés, no al interés de sus progenitores.

4. Amparo directo en revisión 1773/2016.⁶⁶ **Asignación de guarda y custodia cuando se alega** **condición socioeconómica y nivel de estudios de la madre**

Hechos

Un juzgado de lo familiar determinó conceder la guarda y custodia al padre y condenar a la madre al pago de alimentos, así como un régimen de visitas. El tribunal de alzada modificó dicha resolución, absolviendo a la señora del pago de la pensión alimenticia.

La señora promovió un juicio de amparo directo argumentando que resultaba discriminatorio que se le negara el ejercicio de la guarda y custodia de su hija, debido a sus condiciones económicas y sociales.⁶⁷ El tribunal negó el amparo empleando consideraciones basadas en condiciones económicas de la madre, además de otros factores como las condiciones de vivienda, el nivel de vida y la preparación académica de las partes.

La Corte resolvió que debía concederse el amparo y revocó la sentencia recurrida, a efecto de que la responsable emitiera una nueva sentencia en la que no determinara la decisión de custodia únicamente con base en la condición económica o nivel educativo de la madre. En caso de que dichas circunstancias fueran empleadas, debía estar acreditado con base en pruebas técnicas o científicas que mostraran la afectación de los intereses de la niña por dichas circunstancias.

⁶⁶ 6 de diciembre de 2017. Mayoría de cuatro votos. Ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

⁶⁷ El estudio de trabajo social indicó que la madre habitaba con su familia extensa en circunstancias de hacinamiento, mientras que el padre vive con sus progenitores y podía ofrecerle una estancia de mayor agrado y confort. Además indicó que el nivel de vida al lado de la madre es "mínimo", en tanto que al lado del padre es considerado de "bienestar".

Problemas jurídicos

En primer lugar, determinar qué nivel de escrutinio debe emplearse cuando se aduzca la condición socioeconómica de un progenitor o su nivel de estudios para negar la guarda y custodia.

En segundo lugar, establecer qué debe acreditarse cuando se aluda a la condición socioeconómica del progenitor para limitar derechos.

Finalmente, determinar de qué manera se debe llevar a cabo el análisis el órgano jurisdiccional cuando se alegue la condición socioeconómica como criterio para limitar derechos.

Criterio

Cuando la asignación de derechos se basa en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1º constitucional, como la condición económica, existe una sospecha de que la distinción es discriminatoria. En consecuencia, la decisión que se adopte debe cumplir una fundamentación rigurosa y de mucho peso porque sobre ella pesa la sospecha de ser inconstitucional.

Para que el empleo de alguna de las características protegidas en el artículo 1º constitucional resulte justificado se debe acreditar con pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.⁶⁸

⁶⁸ Amparo directo en revisión 1773/2016, párr. 99.

En el análisis que lleven a cabo los órganos jurisdiccionales habrán de analizar la condición económica con perspectiva de derechos humanos y con análisis interserccional cuando a la condición económica se añada el hecho de ser mujer en virtud de que la pobreza impacta en mayor grado sobre las mujeres.

Justificación

Sólo en caso de que se acredite con pruebas técnicas y científicas la existencia de un riesgo para el desarrollo de los niños, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución tiende a proteger el interés superior del niño. De otro modo su protección resultaría especulativa y sin sustento alguno.

Respecto al empleo de la condición económica como criterio para establecer una diferencia de trato, la Corte sostiene que debe examinarse la situación económica y de pobreza como una cuestión que amerita un tratamiento especial, y realizar un análisis con perspectiva de derechos humanos, destacando que la situación de pobreza se agrava cuando a la situación de pobreza se añade el hecho de ser mujer, en virtud de que la pobreza impacta en mayor grado sobre las mujeres. Los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta que "la educación es otro de los derechos cuyas restricciones repercuten en la situación económica".⁶⁹

Finalmente, la Corte señala que cuando se emplee alguna de las categorías protegidas por la constitución en el artículo 1º para establecer una diferencia de trato "no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada 'fundamental y únicamente' en la categoría alegada, sino que basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta para adoptar una determinada decisión".⁷⁰

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 79.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 51.

D. Filiación biológica y filiación acorde con la realidad social y familiar

Los precedentes que integran la tercera línea jurisprudencial versan sobre la manera en que debe interpretarse el interés superior del menor de edad cuando se produce una tensión entre la filiación biológica de éste y la filiación acorde con la realidad social y familiar en la que ha desarrollado lazos de afecto y apego.

A manera de ejemplo, en el amparo directo en revisión 4481/2016 se analiza la contradicción del reconocimiento de paternidad de un hombre que vivió en concubinato con la madre de un niño y que lo reconoció como su hijo. Tras fallecer la madre del niño, el padre biológico contradujo el reconocimiento de paternidad y lo reclamó para sí, con la peculiaridad de que el niño tenía para ese momento cinco años y seis meses, en los cuales había vivido y desarrollado su entorno familiar.

En el amparo directo en revisión 6179/2015 se analiza el caso de una mujer que reclamó el reconocimiento de maternidad de su hija biológica a la que dejó voluntariamente al cuidado de una pareja, que registró a la niña como su hija y se ostentaron como sus padres biológicos, asumiendo el papel de padres y brindándole cuidado y protección. Dos años y seis meses después la madre biológica demandó el reconocimiento de maternidad, la nulidad del acta de nacimiento, así como la guarda y custodia de la niña. Los demandados señalaron que desde el momento en que la madre les entregó a la niña, ellos actuaron como sus padres, otorgándole un hogar adecuado y cariñoso y brindándole todas las atenciones y cuidados para su sano desarrollo. Para cuando el juez de primera instancia dictó sentencia, la niña tenía cuatro años y seis meses, tiempo en el cual había vivido y crecido con la familia que la cuidó desde que nació.

En el amparo directo en revisión 3486/2016 se analizó si el derecho de identidad derivado del conocimiento del origen biológico del niño tiene

el efecto de destruir el vínculo filial y la familia en la que vivió y se formó durante sus primeros años de vida.

Como puede advertirse, estos casos ponen de manifiesto la tensión que surge entre la filiación biológica y la filiación que se corresponde con la familia en la que el niño o niña ha crecido y desarrollado lazos de afecto y apego. ¿Cuál de las dos se debe privilegiar?⁷¹

¿Qué es lo que resulta más conveniente de acuerdo con el interés superior del menor de edad? ¿Qué parámetros han de emplear los órganos jurisdiccionales al decidir esta clase de controversias? En el siguiente apartado se presenta la doctrina constitucional de la Corte sobre la tensión entre la realidad biológica y la realidad social.

I. Doctrina de la Suprema Corte sobre la filiación biológica y la filiación acorde con la realidad social y familiar del niño o niña

La doctrina de la Suprema Corte se desarrolla a partir de tres elementos. En primer lugar, el interés superior de la niñez como eje rector que ha de emplearse en todas las decisiones que involucren a niños y niñas. En segundo lugar, el principio de mantenimiento del menor de edad en la familia biológica, según el cual existe un interés fundamental de velar porque el niño no sea separado de sus padres biológicos.⁷² En tercer lugar, la

⁷¹ Como veremos, la Corte examina esta cuestión como la alternativa (excluyente) entre la filiación biológica o la filiación acorde con la realidad familiar del niño o niña. Desde esta perspectiva, optar por una de estas alternativas supone terminar con la otra filiación. En el voto particular del amparo directo en revisión 4481/2016 el ministro José Ramón Cossío critica esta reconstrucción y plantea que podría abordarse como una cuestión no excluyente. A su juicio: "tendrían que ponderarse los diversos derechos, valores e intereses en juego sin pretender el ocultamiento de la verdad o la anulación de alguno de ellos. Considero, entonces, que la premisa falsa de la sentencia es partir de la idea de que las relaciones familiares son un 'todo o nada', cuando la complejidad de los vínculos sociales nos demuestra día con día que, a fin de respetar los derechos de todas las partes involucradas, ninguno puede ser anulado ni suprimido."

⁷² Este principio fue desarrollado por la Primera Sala de la Suprema Corte al resolver el amparo directo en revisión 3486/2016, el 5 de abril de 2017, por unanimidad de votos. Posteriormente fue reiterada en el amparo directo en revisión 139/2017 y en los precedentes que integran esta línea jurisprudencial.

adopción de un concepto amplio de familia en el que encuentran reconocimiento y protección constitucional distintas formas familiares. En este sentido, la Corte sostiene que la noción de familia constitucionalmente protegida "es la familia como *realidad social*", según la cual, la protección constitucional de la familia "debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente".⁷³

De acuerdo con la Suprema Corte, los casos de terminación o de no reconocimiento de la filiación deben abordarse a partir del principio de mantenimiento del menor de edad en la familia biológica.⁷⁴ Este principio opera como una presunción a favor del mantenimiento del menor de edad en su familia biológica, presunción que puede ser derrotada cuando se muestre que se verán afectados sus derechos. La Corte plantea que la regla es el mantenimiento de la relación biológica y el rompimiento de la relación su excepción. Con todo, entiende que para que sea viable el rompimiento no basta con que se genere una situación de riesgo para los niños y niñas cuya filiación se controvierte, sino que es necesario que se acredite un daño. De acuerdo con la Corte "sólo puede determinarse que la filiación de un menor no debe corresponder a su realidad biológica, cuando se pruebe que su reconocimiento y las consecuencias que ello conlleva generarán un daño al menor".⁷⁵

Partiendo de este supuesto, la Corte desarrolla una metodología sobre los elementos que deberán tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al examinar el principio de mantenimiento del menor de edad en la familia biológica. Al respecto, sostiene que si bien pueden existir diversos factores que generan un daño a un menor de edad, habría, de manera enunciativa, dos supuestos a tomar en cuenta al momento de determinar su filiación: i) las condiciones en las que ocurrió la separación entre

⁷³ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, párr. 35.

⁷⁴ De acuerdo con la Corte, "las autoridades en todo momento deben preservar y favorecer la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de la familia, ya que la única excepción que admite el rompimiento de la conexión entre padres e hijos está supeditada al interés superior del menor" (ADR 6179/2015).

⁷⁵ Amparo directo en revisión 6179/2015. Esta misma metodología se emplea en los tres precedentes que integran esta línea.

padres biológicos e hijos y ii) la consolidación de una realidad familiar *distinta* a la realidad biológica.

De este modo, al examinar la filiación que debe prevalecer, la Corte establece que debe ponderarse en primer término las circunstancias bajo las cuales ocurrió la separación entre los padres biológicos y sus hijos menores de edad. En este sentido, la Corte sostiene que debe mantenerse la filiación derivada de la relación biológica cuando los progenitores se separaron de sus hijos por causas justificadas y ajenas a su voluntad.⁷⁶ Por el contrario, el abandono de un menor de edad justifica la pérdida de los derechos de paternidad, incluyendo la filiación. En palabras de la Corte "es preciso evaluar si los padres dejaron voluntariamente a los niños o si de alguna manera se vieron obligados a ello; si los dejaron en total desamparo o bajo el cuidado de terceros; y si dicha separación se hizo con carácter definitivo o de manera temporal".⁷⁷

Del mismo modo, la Corte sostiene que cuando por motivos de fuerza mayor se deja de manera momentánea la guarda y la custodia a un tercero no constituye una causa de pérdida de los derechos de paternidad. Este sería el caso, por ejemplo, "de la madre que, por haber sufrido una afectación en su salud al momento de dar a luz, le solicita a un familiar, a una amistad o a una institución pública de asistencia social que se haga cargo de su hijo, mientras ella se recupera". En este tipo de casos la Corte considera que "existe una causa justificada para dejar a un menor al cuidado temporal de otra persona, siempre y cuando se tenga, desde el primer momento, el firme propósito de que el menor se reintegre al núcleo familiar en cuanto la situación excepcional desaparezca".⁷⁸

⁷⁶ Amparo directo en revisión 553/2014, resuelto el 9 de abril de 2014 por unanimidad de cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente), José Ramón Cossío Díaz, quien se reservó el derecho de formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo, y amparo directo en revisión 3859/2013.

⁷⁷ Amparo directo en revisión 1339/2017.

⁷⁸ Amparo directo en revisión 6179/2015. En esta misma línea se debe entender lo previsto en el artículo 23 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que señala que "las leyes establecerán lo necesario, a fin de asegurar que no se juzguen como exposición ni

Además de ponderar las circunstancias en las que se produjo la separación entre los padres biológicos y sus hijos, la Corte sostiene que se debe ponderar la realidad social del niño o niña en el entorno familiar en el que ha sido criado y en el que ha desarrollado lazos de afecto y apego. La Corte sostiene en este punto que la identidad del menor de edad no sólo se configura con el reconocimiento de su origen biológico, sino que también ha de tomarse en cuenta su realidad social. Debe tomarse en cuenta "la consolidación de una realidad familiar *distinta* a la realidad biológica". La Corte entiende en este punto que "los vínculos afectivos de apego que forman los menores son fundamentales para su desarrollo integral. El apego se origina y fortalece *principalmente* a través de la interacción del infante con quienes le proporcionen cuidados en la infancia temprana; ello, con independencia de algún nexo biológico o genético".⁷⁹

A continuación se examina de manera detallada los precedentes que integran la línea jurisprudencial.

II. Análisis individualizado de precedentes en los que se examina la filiación biológica vs. la filiación acorde con la realidad social y familiar del niño o niña

1. Amparo directo en revisión 3486/2016⁸⁰

Hechos

AG nació el 25 de enero de 2009 y fue registrado como hijo del matrimonio conformado por A (madre) y B (padre). Ocho meses después del

estado de abandono, los casos de padres y madres que, por extrema pobreza o porque tengan necesidad de ganarse el sustento lejos de su residencia, tengan dificultades para atenderlos permanentemente, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, los traten sin violencia y provean a su subsistencia". Como se puede ver, en el ámbito federal el legislador ha establecido una causa de justificación de dejación temporal de la guarda y custodia, referida principalmente a aquellos compatriotas que tienen que emigrar a los Estados Unidos en busca de trabajo o a aquellos mexicanos que dejan sus lugares de origen para ir a laborar a las grandes urbes del país.

⁷⁹ Amparo directo en revisión 6179/2015.

⁸⁰ 5 de abril de 2017. Mayoría de cinco votos. Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

nacimiento de AG, C, quien mantuvo una relación extramarital con A, confirmó que el niño era su hijo biológico a través de una prueba pericial en genética, por lo que en 2011 demandó el reconocimiento de paternidad y la nulidad del acta de nacimiento.

Mediante sentencia dictada en 2014, el juez de lo familiar estableció que AG era hijo biológico de C, por lo que resultaba procedente el reconocimiento de su paternidad y por ende la nulidad del acta de nacimiento en la que B aparecía como padre. La Sala confirmó la decisión en 2016 (el niño tenía ya siete años de edad) y modificó la sentencia en cuanto a la convivencia entre el menor y su padre biológico.⁸¹

A y B promovieron un juicio de amparo directo. El tribunal colegiado consideró que no era factible restringirle al menor de edad su derecho a conocer su identidad biológica bajo la idea de salvaguardar la estabilidad familiar. Inconformes con dicha decisión, A y B presentaron un recurso de revisión a fin de que la Corte determinara si el derecho a la identidad derivada del conocimiento del origen biológico del niño tiene el efecto de destruir el vínculo filial y con ello violentar la estabilidad familiar actualmente consolidada.

Planteamiento del problema

Determinar si debe prevalecer la filiación biológica derivada de la impugnación de paternidad que realizó C o si, por el contrario, la realidad social y familiar del menor puede desplazar su realidad biológica.

Criterio jurídico

De acuerdo con la Corte: "Sólo puede determinarse que la filiación de un menor no debe corresponder a su realidad biológica, cuando se pruebe

⁸¹ La responsable estimó que en atención al derecho de convivencia entre el padre, para que el menor pueda tener la libertad de elegir la convivencia con su padre biológico sin presiones de parte de su madre biológica y su padre de crianza.

que su reconocimiento y las consecuencias que ello conlleva generarán un daño al menor".

Justificación

En los casos de terminación, o de no reconocimiento de la filiación con quien guarda un nexo biológico, es necesario que se acredite un daño. En este supuesto, no basta con demostrar que la separación definitiva de sus padres "resultará más benéfica para el niño"; sino que se debe mostrar que de otro modo se le generará una situación perjudicial.

De acuerdo con la Corte, la separación de un niño de sus padres biológicos debe superar un test estricto, en tanto dicha decisión tiene un carácter trascendental y definitivo que incide de lleno en la vida de los niños y sus padres. De acuerdo con lo anterior, al determinar la filiación de un menor de edad se deben considerar:

- a) Las condiciones en las que ocurrió la separación entre padres biológicos e hijos. Al respecto, la Corte señala que el incumplimiento de las obligaciones parentales más elementales y primarias, o bien aquellas situaciones en las que los progenitores se despreocupan del hijo desde el primer momento de su vida, justifican la pérdida de los derechos de paternidad y la filiación, mientras que la separación del niño con sus padres biológicos por causas justificadas y ajenas a la voluntad de los padres no necesariamente da lugar a la extinción de estos derechos.
- b) La consolidación de una realidad social y familiar distinta a la realidad biológica en la que el niño ha sido criado y desarrollado lazos de apego.

Al resolver el caso la Corte examinó si el reconocimiento de la verdad biológica podía ocasionar algún daño al menor de edad. Para ello valoró

la realidad social familiar en la que se encontraba AG. Tomó en cuenta que nació durante el periodo en el cual A y B se encontraban casados, por lo que el menor mantuvo un contacto permanente con ambos. Tiempo después, A y B se divorciaron, estableciéndose un régimen de visitas quincenal, aunque dichas visitas se efectuaron semanalmente. Durante ese periodo y por lo menos durante tres años AG mantuvo contacto directo con C, a raíz de la relación sentimental que la madre mantenía con éste. A, C y AG vivieron juntos durante dos meses, hasta que nuevamente se separaron. La Corte señala que si bien C promovió el procedimiento de contradicción y de reconocimiento de paternidad casi tres años después de enterarse que el niño era su hijo biológico, no puede pasarse por alto que durante ese periodo C mantenía una relación sentimental con la madre, y, por ende, una relación cercana con el niño. C había tratado de convivir con AG desde que se enteró de que era su hijo y se había hecho cargo parcialmente de sus obligaciones alimenticias como padre.

La Corte analizó las pruebas del caso y determinó que la modificación de la filiación actual de AG no trastornaría su realidad familiar, pues el niño había convivido con ambos padres (C y B). Por un lado, señaló que el reconocimiento de paternidad de C no modifica los lazos filiales del niño con su madre y su hermano. Por otro lado, indicó que el menor seguirá conviviendo con B, en tanto es la pareja de su madre.

Ante esas circunstancias, la Corte llegó a la conclusión de que en el caso concreto no se acreditaba una excepción al principio del mantenimiento de las relaciones familiares biológicas. En atención a las circunstancias bajo las cuales ocurrió la separación entre padre biológico e hijo, y teniendo en cuenta la realidad familiar del niño, sostuvo que el reconocimiento de la filiación del padre biológico no generaría un daño al niño.

2. Amparo directo en revisión 4481/2016⁸²

Hechos

En 2009 nació ARG y fue registrado como hijo de A (madre) y B (padre). En 2012 nació su hermano. Ese mismo año falleció A, por lo que los niños quedaron al cuidado de su papá. Un año después del deceso, la abuela materna le comunicó a C que él era el padre biológico de ARG. Cinco años y seis meses después del nacimiento de ARG, C controversió el reconocimiento de paternidad que efectuó B, y solicitó la guarda y custodia de ARG, así como el desarrollo de visitas anticipadas.

La juez de primera instancia determinó que si bien se acreditaba que ARG era hijo biológico de C, atendiendo a su estabilidad emocional, la realidad familiar y la inexistencia de violencia familiar, la patria potestad y la custodia del niño debían permanecer con B.⁸³ Adicionalmente, manifestó que la persona más apta para el cuidado del menor de edad era la abuela materna. La Sala de apelación dictó sentencia en la que confirmó la decisión de primera instancia, estableciendo como premisa que el derecho fundamental a la identidad corresponde a los hijos, no una facultad de los padres. Por este motivo, consideró que se debía privilegiar el estado de familia consolidado en el tiempo debido a que el padre biológico había estado ajeno a la vida del menor.

C promovió un juicio de amparo directo; el tribunal colegiado lo amparó, pues estimó que la Sala responsable omitió considerar que los niños tienen derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, lo que

⁸² 17 mayo de 2017. Mayoría de cuatro votos. Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁸³ La juez estableció que la verdad biológica merecía el amparo y respeto de la justicia, pero señaló que en casos de posesión de estado consolidado por el tiempo no tenía que prevalecer el elemento biológico, pues se afectaría desproporcionadamente una identidad filiatoria, en tanto que la identidad de los menores de edad es la base para que construyan su confianza y puedan encontrar su propia personalidad (pp. 3 y 4).

implica precisamente el conocimiento del origen biológico. Para ese momento, ARG tenía siete años y dos meses.

Inconforme, B interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte; ésta concluyó que el material probatorio que obraba en autos no permitía esclarecer la forma en que ocurrió la separación entre el niño y su padre biológico, además de que tampoco existía material probatorio respecto de la realidad familiar del menor de edad. En virtud de lo anterior, determinó revocar la resolución y devolver los autos al tribunal colegiado para el efecto de que ordenara a la sala que repusiera el procedimiento ante el juez de origen y que éste ordenara la práctica de los medios de prueba que fueran necesarios y conducentes para establecer las circunstancias en las que el padre biológico se separó del niño, así como la realidad familiar de éste. Una vez desahogado el material probatorio y efectuada su evaluación, señaló que el juez de origen debería determinar la filiación que debía prevalecer.

Planteamiento del problema

Determinar si se acredita una excepción al principio de prevalencia del vínculo biológico.

Criterio jurídico

Para determinar si se acredita una excepción a la prevalencia del vínculo biológico, la Corte sostiene que debe realizarse un ejercicio de ponderación de las circunstancias y particularidades de cada caso concreto, buscando siempre el mayor beneficio de los niños.

En el caso bajo estudio, la Corte determinó que se deben valorar dos cuestiones: las circunstancias en que el padre biológico se separó del niño y la realidad social y actual del menor de edad, es decir, el estado

de la familia consolidado en el tiempo. En caso de que las pruebas no permitan esclarecer estas dos cuestiones, se debe ordenar la práctica de pruebas que acredite dilucidarlas y a partir de ello determinar cuál es la filiación que debe prevalecer.

Justificación

La Corte sostiene que el principio del mantenimiento de las relaciones biológicas tiene un valor relevante. Por ello, únicamente la afectación de los intereses de los niños puede dar lugar a la terminación o al no reconocimiento del vínculo filial derivado del nexo biológico. Cuando se oponga la realidad social a la realidad biológica "no deben darse soluciones en abstracto", sino que "cada uno de estos factores adquiere un peso específico y distinto dependiendo de las circunstancias que presenten los casos concretos".⁸⁴

Los juzgadores están obligados a evaluar pormenorizadamente el material probatorio que obre en autos y en caso de que éste resulte insuficiente ordenar que se recabe a fin de determinar i) las circunstancias en las que los padres biológicos se separaron de sus hijos y ii) la realidad social y actual del menor de edad, esto es, el estado de la familia consolidado en el tiempo.

En el caso concreto, la Corte concluyó que las pruebas del caso no permitían esclarecer las condiciones en que ocurrió la separación del niño con su padre biológico y la realidad del menor de edad, por lo que consideró que lo procedente era revocar la sentencia recurrida y devolver los autos al tribunal colegiado para que ordene a la sala responsable reponer el procedimiento ante el juez de origen y que éste ordene la práctica de los medios de prueba que resulten necesarios y conducentes para acreditar

⁸⁴ Amparo directo en revisión 4481/2016.

las circunstancias bajo las cuales ocurrió la separación entre padre biológico y el niño, así como su realidad social.

3. Amparo directo en revisión 1339/2017⁸⁵

Hechos

En febrero de 2013 ARG fue registrado como hijo del matrimonio conformado por A (madre) y B (padre). Dos años y seis meses después del nacimiento, C adujo ser el padre biológico del niño, por lo que demandó el desconocimiento de paternidad y que ésta se reconociera a su favor. En su demanda, el padre biológico señaló que cuando B se enteró de la relación que sostuvo con la madre del niño, ella salió del domicilio conyugal. A partir de ese momento empezaron a vivir juntos A, C y ARG y mantuvo una relación paterno-filial durante ocho meses, hasta que la madre regresó a vivir con B, lo que detonó que le impidieran convivir con su hijo, pues B no estaba de acuerdo con la convivencia.⁸⁶

La juez de primera instancia dictó sentencia —para ese entonces el niño tenía tres años— en la que determinó que era procedente el reconocimiento de paternidad, en razón de la convivencia que existió con el niño y el vínculo biológico existente. Con base en lo anterior, i) ordenó la modificación del acta de nacimiento; ii) decretó a favor de la madre la custodia; condenó al actor al pago de pensión alimenticia; iii) determinó un régimen de visitas y convivencias, y iv) estableció que todas las partes debían acudir a terapia psicológica.

⁸⁵ 7 de febrero de 2018. Mayoría de cinco votos. Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁸⁶ A su demanda, el actor adjuntó como pruebas un examen en genética molecular que establece la concordancia genética entre él y el niño, así como diversas fotografías en las que aparece conviviendo con el menor de edad.

En la apelación, la sala decidió modificar la sentencia de primer grado en lo relativo a alimentos retroactivos y pensión alimenticia provisional⁸⁷ y confirmó el reconocimiento de paternidad.⁸⁸

En la demanda de amparo, los padres del niño combatieron la validez de la pericial en genética molecular. Por su parte, el padre biológico presentó un amparo adhesivo en el que argumentó que en el desahogo de la pericial en genética molecular sí se cumplieron con todas las formalidades de la cadena de custodia. El tribunal colegiado dictó sentencia en la que concedió el amparo a los quejosos y negó el amparo adhesivo. Sostuvo que la acción de reconocimiento del hijo era improcedente porque suponía sustraer al menor de edad de su entorno familiar que se evaluó como sano y benéfico.⁸⁹ Para ese momento el niño estaba a punto de cumplir cuatro años.

Inconforme con la sentencia, el padre biológico interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte. En su escrito combatió la constitucionalidad del artículo 430 del Código Civil del Estado de Guanajuato argumentando que la prohibición de que un varón distinto al marido pueda cuestionar la paternidad de un niño nacido durante el matrimonio vulneraba el derecho de acceso a la justicia. Por otra parte, argumentó que la resolución del órgano colegiado vulneraba el derecho a la identidad del niño, porque sin existir pruebas idóneas se determinó que no debía reconocerse el vínculo biológico.

⁸⁷ La Sala consideró que atendiendo al criterio de la Suprema Corte en la tesis de rubro ALIMENTOS. LA PENSIÓN ALIMENTICIA DERIVADA DE UNA SENTENCIA DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD DEBE DE SER RETROACTIVA AL MOMENTO DEL NACIMIENTO DEL MENOR, era procedente el pago de los alimentos retroactivos a cargo del padre biológico, los cuales debían cuantificarse a partir de la fecha nacimiento del menor.

⁸⁸ De manera concreta, consideró como infundado el argumento en relación a que se pretendía retirar al menor del entorno familiar en el cual se ha desarrollado, porque la custodia del niño —al permanecer a cargo de su madre— implicaba que no perdiera la convivencia con el núcleo familiar en el que se encontraba.

⁸⁹ Lo anterior a partir de la interpretación que debía darse al artículo 430 del Código Civil del Estado de Guanajuato, el que establecía que "El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo".

En su resolución, la SCJN determinó que era procedente la legitimación para controvertir la paternidad, pero consideró que no existían elementos para determinar si se generaría un daño al niño reconocer la filiación entre éste y su padre biológico. En consecuencia, ordenó revocar la sentencia de segunda instancia a fin de que emitiera otra en la que se ordenara al juez reponer el procedimiento a efecto de recabar el material probatorio necesario⁹⁰ a fin de que el juez de origen determinara cuál filiación debería prevalecer.

Planteamiento del problema

En primer lugar, establecer si una tercera persona que alegue ser el padre biológico de un niño tiene legitimación para controvertir la paternidad derivada de la presunción de matrimonio, atendiendo al interés superior del niño, al derecho a la identidad y al principio de protección de la familia.

En segundo lugar, determinar si se actualiza una excepción al principio de prevalencia del vínculo biológico. En otros términos, evaluar "si la realidad social que el menor ha desarrollado dentro del seno de la familia, puede desplazar a su realidad biológica".⁹¹

Criterio jurídico

De acuerdo con la Corte, el tercero que se ostenta como progenitor tiene legitimación para impugnar la presunción de paternidad derivada del matrimonio, a partir de una interpretación conforme de la ley a la luz del derecho al acceso a la justicia e igualdad ante la ley, así como de los derechos de los menores de edad que pudieran resultar afectados, como el

⁹⁰ De forma concreta, se debía agregar a las actuaciones las periciales en psicología y trabajo social, de los que se adviertan los siguientes aspectos del niño: i) su estado psicoemocional; ii) la dinámica familiar y social en la que se desarrolla; iii) el grado de apego al núcleo familiar en el que ha crecido; iv) los vínculos afectivos con el padre legal, y v) si tiene una relación paterno filial con el padre biológico.

⁹¹ Amparo directo en revisión 1339/2017.

derecho a conocer sus orígenes biológicos. No obstante, señaló que su ejercicio se encuentra condicionado a la existencia de un elemento objetivo de prueba que la justifique, es decir, aquel que narre hechos y aporte elementos de convicción. En palabras de la Corte: "no *cualquiera* puede acudir a los tribunales a impugnar el reconocimiento dado por otro a una cierta persona, sino sólo aquél que en su demanda narre hechos y aporte elementos de convicción que hagan presumir que no se trata de una promoción frívola."⁹² La presunción de paternidad o maternidad tienen la finalidad de proteger a los hijos nacidos dentro de matrimonio, de modo que una vez probada la filiación materna, la paternidad se presume automáticamente; sin embargo, dicha presunción no es absoluta, pues existe la posibilidad de desvirtuarla.

Con todo, la Corte señala que "la legitimación para intentar la acción de contradicción de paternidad *no se traduce* en desplazar en automático la filiación, pues esto dependerá del ejercicio de ponderación que se realice entre la realidad biológica y social del niño".

Por otra parte, para determinar si actualiza una excepción al principio de mantenimiento de la familia biológica la Corte sostiene que se tienen que examinar: i) las circunstancias en que ocurrió la separación con el padre biológico y ii) la realidad social y actual del niño, esto es, el estado de la familia consolidado en el tiempo. En caso de que las pruebas no permitan esclarecer estas dos cuestiones, se debe ordenar la práctica de pruebas que acredite dilucidarlas y a partir de ello determinar cuál es la filiación que debe prevalecer.

Justificación

La posibilidad legal de que un tercero pueda impugnar la presunción de paternidad y pruebe que es el padre biológico no conlleva el desplazamiento de la filiación de manera automática.

⁹² Amparo directo en revisión 1903/2008, resuelto el 11 de marzo de 2009.

No puede afirmarse que en todos los casos la filiación le siga al hecho biológico, pues el juzgador tiene que realizar una evaluación del caso concreto, buscando siempre el mayor beneficio del menor, pues el principio del mantenimiento de las relaciones biológicas podrá ser superado cuando: i) a la luz de las circunstancias en las que ocurrió la separación entre el menor y su progenitor, y ii) a partir de la evaluación sobre la realidad social del niño, se muestre que el reconocimiento jurídico del nexo biológico podría generarle un daño al menor de edad.

4. Amparo directo 34/2016⁹³

Hechos

Un hombre (C) demandó la nulidad del acta de nacimiento expedida por un registro civil en el Estado de México. Adujo que el bebé (ARG) había sido registrado previamente con sus apellidos. En su demanda señaló que ARG nació en 2006 y que en el hospital donde la madre dio a luz se le practicó una prueba genética que arrojó 100% de compatibilidad, razón por la cual fue registrado como su hijo; 24 días después del registro, al niño le fue expedida una nueva acta de nacimiento en la que se daba cuenta de que era hijo del matrimonio conformado por la madre (A) y su esposo (B). No obstante, el padre biológico (C) señaló que había convivido de forma esporádica con la madre y el niño, hasta antes del fallecimiento de ésta.

Aunada a la primera demanda, C interpuso un juicio de reconocimiento de paternidad, en el que pedía el reconocimiento de la filiación y paternidad, así como la guarda y custodia provisional y definitiva del niño. En el juicio señaló que al fallecer la mamá del menor de edad (A), B le negó al niño a pesar de que tenía pleno conocimiento de que él era su padre legítimo.

⁹³ 16 de mayo de 2018. Mayoría de votos. Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

En la contestación de ambas demandas, B señaló que las únicas personas que habían estado al cuidado del niño eran él y la fallecida madre.

El juez que conoció del asunto acumuló los juicios de nulidad del acta de nacimiento y de reconocimiento de paternidad. En su sentencia consideró que si bien era cierta la existencia de un vínculo biológico entre el actor y el niño, debía prevalecer el estado de hijo y la filiación con B; C tendría el derecho de visita y convivencia con el menor de edad hasta que éste tuviera la edad suficiente para decidir por sí mismo. Concluyó que la primera acta de nacimiento debía ser cancelada, prevaleciendo la segunda.

El tribunal que conoció de la apelación promovida por el padre biológico (C) revocó la sentencia y ordenó que se repusiera el procedimiento. El juicio se repuso y el órgano jurisdiccional decretó la nulidad de la segunda acta de nacimiento, pero estableció que el niño seguiría bajo guarda y custodia de B, para no afectar su estabilidad emocional. Inconformes, las dos partes interpusieron un recurso de apelación. La sala familiar determinó que debía prevalecer la filiación correspondiente a la realidad biológica del niño. No obstante, estableció que debido a que debe privar del interés superior del menor de edad, su custodia quedaría a cargo de B, y ordenó la realización de un régimen de convivencia progresivo del niño con C para que se integrara la relación paternofilial. Inconforme con esta sentencia, C solicitó el amparo y protección de la justicia federal. El tribunal colegiado que conoció del asunto estimó prudente remitirlo a la Suprema Corte.

La Corte decidió ejercer la facultad de atracción y determinó que a pesar de que el padre biológico había tenido conocimiento de su paternidad, se limitó a visitas y comunicaciones esporádicas con el niño, por lo que fue omiso de sus responsabilidades parentales, lo que constituía una forma de abandono. Adicionalmente, determinó que B se había hecho cargo del niño, ejerciendo el papel de padre, lo cual se evidenciaba con el vínculo afectivo que sostenía, así como el sentido de pertenencia en

su núcleo familiar, conformado por su hermana y los dos hijos que su madre había tenido en forma previa a su matrimonio, de quienes también se había hecho cargo.

La Suprema Corte consideró que se actualizaba una excepción al principio del mantenimiento de las relaciones familiares biológicas y que debía prevalecer la realidad social familiar, por lo que otorgó el amparo a B y revocó la sentencia recurrida para el efecto de que se cancelara el acta de nacimiento que establecía la filiación del niño con C.

Problema jurídico

¿En qué supuestos resulta justificado desplazar el principio de prevalencia de la familia biológica para que prevalezca la familia como realidad social?

Criterio jurídico

Existe una presunción a favor del mantenimiento del menor en la familia biológica. Sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada cuando se acredite que el mantenimiento de dicha relación afecta los intereses del menor de edad. En otras palabras, resulta justificado sostener que la filiación no debe corresponder con su realidad biológica cuando se compruebe que su reconocimiento y las consecuencias que ello conlleva generarán un daño al niño.⁹⁴

Justificación

La Corte sostiene que entre los factores que pueden generar daño a un niño o niña hay dos supuestos en particular que habrán de tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al momento de determinar si en un caso concreto prevalece o no el principio de mantenimiento de la familia biológica.

⁹⁴ Amparo directo en revisión 34/2016, párrs. 105, 108 y 109.

En primer lugar, tienen que dilucidarse las condiciones en las que ocurrió la separación entre padres biológicos e hijos. Si existen causas que justifiquen la pérdida de los derechos de paternidad, el vínculo biológico entre padres e hijos no debe ser reconocido jurídicamente. Éste podría ser el caso, por ejemplo, si se verificara que el padre o la madre biológica pusieron al niño o niña en una situación de riesgo, si existió una situación de abandono o si se acredita un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del menor queden cubiertas por la intervención de otras personas.⁹⁵

En segundo lugar debe examinarse la consolidación de una realidad familiar distinta a la realidad biológica. Al respecto, la Corte advierte que la realidad familiar comprende al menos dos situaciones relevantes que deben evaluarse al momento de determinar qué es lo mejor para el niño o niña: a) Por un lado, la situación de hecho que vive el menor de edad puede generar lazos afectivos o de apego que no pueden disolverse sin afectar los deseos e intereses del niño, y b) la realidad social puede llegar a configurar la personalidad del menor de edad, por lo que alterar su esquema familiar podría resultar en una afectación al derecho a la identidad.

En virtud de lo anterior, los órganos jurisdiccionales deben examinar y sustentar debidamente si sería perjudicial para el menor desprenderlo del contexto social y familiar en el que ha crecido, y en el que posiblemente ha formado un sentimiento de apego⁹⁶ y de identidad.⁹⁷

⁹⁵ Así, el abandono de un hijo constituye una situación que debe ser valorada como de extrema gravedad por los órganos judiciales, que deberán analizar en cada caso concreto las causas del abandono, la edad del menor y su madurez y autonomía, pues en casos en que los progenitores por causas justificadas y ajenas a su voluntad se separaron de sus hijos, deberá mantenerse la filiación derivada de la relación biológica.

⁹⁶ Sobre la teoría del apego, la Corte ha establecido que se refiere a "un vínculo emocional duradero y trascendental que genera el niño a través de sus primeras interacciones sociales" (amparo directo en revisión 34/2016, párr. 119).

⁹⁷ Al respecto, se sostuvo que la imagen propia de la persona está determinada, en buena medida, por el conocimiento de sus orígenes biológicos, los cuales resultan de enorme trascendencia desde el punto de vista psicológico. Sin embargo, el derecho a la identidad del menor de edad no se satisface

5. Amparo directo en revisión 6179/2015⁹⁸

Hechos

Una mujer (AC) entregó a su hija (ESV) recién nacida a un matrimonio conformado por MV y LS, que registró a la bebé como su hija. Dos años y medio después del nacimiento, AC demandó de la pareja el reconocimiento de la maternidad, la nulidad del acta de nacimiento, así como la guarda y custodia de la niña; argumentó que fue separada de su hija en contra de su voluntad, pues a la fecha del alumbramiento vivía con su abuela paterna y no contaba con recursos propios para subsistir, por lo que entregó a la niña bajo amenaza de ser echada de la casa en que vivía.

Al contestar la demanda, MV y LS reconocieron que la niña era hija biológica de la actora, pero señalaron que ésta y su abuela habían entregado a la bebé de forma voluntaria y sin contraprestación alguna; además señalaron que todo ese tiempo la habían cuidado y habían actuado como padres de la niña.

El juez de lo familiar dictó sentencia —en ese momento la niña tenía cinco años de edad— en la que reconoció la filiación biológica con AC, anuló el acta de nacimiento y decretó la guarda y custodia de forma paulatina en favor de la madre biológica.

En la apelación, el tribunal de segunda instancia modificó la sentencia respecto de las medidas de protección decretadas en favor de la niña,⁹⁹ por lo que confirmó el reconocimiento de maternidad, así como la decisión sobre la guarda y custodia.

exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse de mejor manera a través del reconocimiento a su realidad social, pues es el contexto en el que creció lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás.

⁹⁸ 23 de noviembre de 2016. Mayoría de votos. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁹⁹ La Sala responsable determinó ampliar la convivencia de la niña no sólo con su madre biológica sino también con su hermano, y, por otro lado, indicó que la madre biológica debía realizar las adecuaciones necesarias en su domicilio, con el objeto de que la menor de edad tuviera un espacio propio e individual para su descanso nocturno.

El tribunal colegiado que conoció de la demanda de amparo promovida por MV y LS estableció que el interés superior de la niña se vio respetado, porque se atendió principalmente a la búsqueda de la verdad biológica. Consideró que había sido correcto que se establecieran medidas para que la menor de edad fuera reincorporada de forma paulatina a su núcleo biológico, sin romper abruptamente los lazos emocionales conformados por quienes la cuidaron, que carecían de derecho alguno para reclamar el otorgamiento de la guarda y custodia en la medida que habían registrado como propia a una menor de edad que no es su hija biológica.

Inconformes con la decisión del tribunal colegiado, MV y LS presentaron un recurso de revisión ante la Suprema Corte. La Primera Sala determinó que la interpretación del reconocimiento de maternidad hecho por el tribunal colegiado no había sido correcta al no haber resuelto de acuerdo con el interés superior de la menor de edad. Examinó para ello dos cuestiones: en primer lugar, las circunstancias bajo las cuales ocurrió la separación; en segundo lugar, la realidad social de la niña.

Problema jurídico

De acuerdo con la Primera Sala, el problema jurídico a resolver consiste en determinar "si la realidad social de la menor ESV puede desplazar su realidad biológica, a través de la prueba de daño".¹⁰⁰

Criterio jurídico

El principio del mantenimiento de las relaciones biológicas puede ser superado cuando se demuestre que el reconocimiento del nexo biológico y el rompimiento de la familia en la que ha crecido la niña le produciría un daño. Para examinar lo anterior deben analizarse i) las circunstancias

¹⁰⁰ Amparo directo en revisión 6179/2015.

en las que ocurrió la separación entre madre e hijo, y ii) la evaluación de la realidad familiar del menor.

Lo anterior porque si bien ordinariamente la filiación de los hijos con respecto a sus madres deriva automáticamente del hecho del nacimiento, esto es así cuando los niños permanecen bajo el cuidado de sus madres desde ese momento; sin embargo, en casos en que la madre se ha separado voluntariamente de la menor de edad, el órgano jurisdiccional debe evaluar —a través de los oportunos medios de prueba— si la prevalencia del nexo biológico es lo mejor para tutelar los derechos e intereses de éste. Para ello debe examinar también el contexto familiar en el que la niña ha crecido y ha desarrollado lazos de apego y afecto.

Justificación

El principio del mantenimiento de las relaciones biológicas tiene un valor relevante. Sin embargo, el eje rector de todas las controversias que involucren los derechos de los niños es su interés superior.

En el caso concreto, la Corte examinó las circunstancias bajo las cuales ocurrió la separación, así como la realidad social de la menor de edad.

En relación con el primer aspecto, la Corte consideró que AC abandonó a su hija, sin que la situación de violencia familiar que adujo hubiera sido acreditada. No obstante, la Corte llamó la atención sobre la necesidad de destacar que MV y LS "incurrieron en diferentes irregularidades al aceptar a la menor, en tanto no iniciaron un proceso de adopción y simplemente registraron a ESV como hija suya, otorgándole los apellidos SV. Dicho registro partió de un hecho falso: que ESV es su hija biológica". En virtud de lo anterior, la Primera Sala estimó que resultó correcta la determinación del tribunal colegiado de declarar la validez del acta de nacimiento. Con todo, la Corte consideró que había una situación de hecho que debía ser evaluada, a saber, que la niña había

crecido con MV y LS por casi siete años y que ESV los concebía como sus padres.

En relación con la realidad social de la niña, la Corte sostuvo que existía "una situación *de hecho* que ha configurado la realidad e identidad familiar de la menor ESV" y que en el presente caso había acreditada la posesión de estado de hijo que permitía establecer la filiación con MV y LS.

En palabras de la Corte:

En el caso, los señores MV y LS acreditaron debidamente que desde que AC les entregó a la niña, la han cuidado, querido y atendido como hija propia. En efecto, de autos se desprende que tanto MV como LS se han encargado de satisfacer todas las necesidades de ESV, pues han cubierto sus gastos alimenticios, educativos, y de salud. Además, le han proporcionado afecto y atención. Derivado de lo anterior, ESV los reconoce como padres, y muestra signos de apego y cariño hacia ellos.¹⁰¹

En virtud de lo anterior, la Primera Sala estableció que ESV había generado una relación de apego familiar con MV y LS y consideró que sería muy probable que la disolución del vínculo de hecho que había formado la niña generara afectaciones relevantes a su salud emocional, a sus sentimientos y a su sentido de identidad. Concluyó que era "preferible proteger la continuidad del hijo en el núcleo familiar en el que se encuentra integrado y en el que se desarrolla de manera saludable, en lugar de provocar perturbaciones en su estabilidad personal, familiar y social".

E. Consideraciones finales

El presente texto ha tenido como objetivo hacer una reconstrucción sistemática de la doctrina jurisprudencial de la Corte en tres ejes temáticos

¹⁰¹ Amparo directo en revisión 6170/2015, foja 37.

en el derecho de familia: a) el principio de mantenimiento de las relaciones familiares y el derecho de visita y convivencia, b) la asignación de guarda y custodia (provisional y definitiva) cuando se acude al empleo de categorías protegidas por el artículo 1º constitucional y c) la filiación biológica y la filiación acorde con la realidad social y familiar.

Al reconstruir la doctrina constitucional en estas tres líneas jurisprudenciales y al analizar los distintos precedentes que conforman cada una se ha puesto de relieve la manera en que la Suprema Corte ha establecido que el interés superior de la niñez constituye el eje central que han de tener en cuenta los órganos jurisdiccionales al resolver cuestiones que involucren los intereses y el bienestar de niños y niñas. La Corte establece además una serie de pautas metodológicas para los órganos jurisdiccionales sobre la manera en que deben abordar el estudio de problemas de derecho de familia cuando se presenta una condición de discapacidad, de salud o se alega una condición socioeconómica; el tipo de consideraciones que resultan válidas y aquellas que resultan discriminatorias y contrarias al interés superior de la niñez.

En el análisis de estas cuestiones la Corte pone de relieve la importancia de que los órganos jurisdiccionales privilegien el empleo de pruebas pertinentes y fiables para dilucidar los intereses de niños y niñas, así como las tensiones que se generan con otros principios como el principio de mantenimiento de las relaciones familiares, el empleo de categorías protegidas por la constitución en el artículo 1º y el reconocimiento de formas familiares diversas en las que niños y niñas desarrollan lazos de afecto y apego.

Habrán que estar pendientes del desarrollo de estas tres líneas jurisprudenciales y de las argumentaciones que realicen las y los juristas a partir de la doctrina constitucional desarrollada por la Suprema Corte.

Bibliografía

Libros

López Medina, E., *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002.

Rabasa Salinas, A. et al., *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales-SCJN, 2021.

Vázquez Rojas, C. (coord.), *Ciencia y justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Centro de Estudios Constitucionales-SCJN, 2021.

Vázquez Rojas, C. (coord.), *Manual de prueba pericial*, México, Dirección General de Derechos Humanos-SCJN. 2022.

Varios, *La reforma constitucional de derechos humanos: una década transformadora*, México, Dirección General de Derechos Humanos-SCJN, 2021.

Tesis

Tesis [J]: 1a. 97/2009, contradicción de tesis 123/2009, Registro: 2192.

Tesis [A] 1ª XVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616, Registro 162797.

Tesis [A] 1a. CXXI/2012 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IX, junio de 2012, tomo 1, página 261.

Tesis [A] 1a. CXXIII/2012 (10). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IX, junio de 2012, tomo 1, página 259.

Tesis [A] 1a. CXXII/2012 (10^a). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro IX, junio de 2012, tomo 1, página 260

Tesis: [A] 1a. XCIX/2013 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIX, abril de 2013, tomo 1, página 961.

Tesis [A] 1^a CCCVI/2013 (10^a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XXV, octubre de 2013, tomo 2, página 1051, registro 2004703.

Tesis [A]: 1a. CCCLXVIII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 11, octubre de 2014, tomo I, p. 600, registro: 2007795.

Tesis [a] 1a. CVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. libro 4, marzo de 2014, tomo I, página 546, registro: 2005924.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010.

Amparo directo en revisión 2931/2012. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 21 de noviembre de 2012.

Amparo directo en revisión 3094/2012. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo de 2013.

Amparo directo en revisión 2618/2013. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de octubre de 2013.

Amparo directo en revisión 3859/2013. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas, 18 de junio de 2014.

Amparo directo en revisión 553/2014. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 9 de abril de 2014.

Amparo directo en revisión 3859/2014. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de septiembre de 2015.

Amparo directo en revisión 5904/2015. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 28 de septiembre de 2016.

Amparo directo en revisión 6179/2015. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre de 2016.

Amparo directo 34/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 16 de mayo de 2018.

Amparo en revisión 910/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de agosto de 2017.

Amparo directo en revisión 1773/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 6 de diciembre de 2017.

Amparo directo en revisión 3486/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de abril de 2017.

Amparo directo en revisión 4481/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 17 de mayo de 2017.

Amparo directo en revisión 139/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 25 de octubre de 2017.

Amparo directo en revisión 1339/2017. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de febrero de 2018.

Amparo directo en revisión 392/2018. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 19 de febrero de 2020.

Amparo directo en revisión 2965/2018. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de octubre de 2019.

Sentencias y las opiniones consultivas de la Corte IDH

Corte IDH, Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_239_esp.pdf.

CAPÍTULO 2

El giro empírico en el derecho de familia*

Clare Huntington**

* Texto publicado originalmente como "The empirical turn in family law", *Colum. L. Rev.*, 227, 2018. Disponible en: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/878/. Traducido al español por Ada Podolsky. Revisado por María Fernanda Pinkus Aguilar.

** Joseph M. McLaughlin Professor of Law and Associate Dean for Research, Fordham Law School. Por sus comentarios y sugerencias, agradezco a Albertina Antognini, Susan Frelich Appleton, Margaret Brinig, Naomi Cahn, June Carbone, Richard Chused, Nestor Davidson, Maxine Eichner, Elizabeth Emens, Howie Erichson, Abner Greene, Leslie Harris, Jill Hasday, Leah Hill, Robert Kaczorowski, Suzanne Kim, Thomas Lee, Youngjae Lee, Ethan Leib, Robin Lenhardt, Kaiponanea Matsumura, Linda McClain, Joan Meier, Douglas NeJaime, Jeffrey Rachlinski, Darren Rosenblum, Pierre Schlag, Elizabeth Scott, Jed Shugerman, Michael Simkovic, Emily Stolzenberg, Gregg Strauss, Benjamin Zipursky, y las y los participantes del New York Area Family Law Scholars Workshop, la Fordham Law School Moinship Conference, el Rutgers Center for Genderity, Sexual Law Policy, y la serie de conferencias y los talleres de derecho de Fordham en la Universidad de Kentucky College. Agradezco a Callie Aboaf, Rachel Liebert y Julia Udell por su excelente asistencia en investigación.

SUMARIO: A. Introducción; B. La evidencia empírica llega al derecho de familia; I. La referencia histórica; II. Evidencia empírica en las instituciones del derecho de familia; 1. Litigio; a. Matrimonio igualitario; b. Aborto; c. Violencia de pareja y el sistema de bienestar infantil; d. Individualización de las sanciones de adolescentes infractores; e. Custodia infantil; 2. Legislación; 3. Administración; III. Patrones en el giro empírico; C. La promesa y el peligro de un derecho de familia empírico; I. Los beneficios de un derecho de familia basado en evidencia; II. El giro empírico en perspectiva crítica; 1. Confiabilidad y traducción; 2. Hechos y valores; a. El sesgo en los debates; b. Proporcionar cobertura política; c. Replicando la discriminación. D. Guía del uso de evidencia empírica en el derecho de familia; I. El papel adecuado de la evidencia empírica; II. Herramientas prácticas; 1. *Gatekeeping****; 2. Atención a la intersección de identidades; 3. El papel de traducción de las y los juristas; E. Conclusión.

Históricamente, el sistema legal justificaba las reglas y políticas del derecho de familia a través de la moral, el sentido común y las normas culturales imperantes. En un marcado cambio, y en consonancia con una tendencia más amplia en todo el sistema legal, la evidencia empírica domina cada vez más la regulación de las familias.

Hay mucho que celebrar en este giro empírico. La evidencia empírica en el derecho de familia, utilizada adecuadamente, puede ayudar al Estado a actuar de manera más efectiva y eficiente, desenmascarar los prejuicios y despolitizar las batallas contenciosas. Pero el giro empírico también presenta preocupaciones sustanciales. Más allá de los problemas constantes

*** Nota de la revisora: se utilizarán los términos *gatekeeping* (verbo) y *gatekeeper* (sustantivo) en inglés dado que no tienen una traducción exacta al español. El concepto fue utilizado en el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993) por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que determinó que las y los jueces de primera instancia tienen la obligación de ejercer una función de *gatekeeping*, esto es, asumir un papel de guardianes y controlar la admisibilidad del testimonio experto propuesto en juicio, por lo que deben analizarlo críticamente y asegurarse de que no sólo sea relevante, sino también fiable.

de la calidad de la evidencia empírica y la capacidad de los actores legales para usarla, hay problemas fundamentales: usar evidencia empírica enfoca la atención en los resultados de las normas jurídicas, desalentando un debate sobre los valores disputados y en conflicto. Recargar nuestra confianza en la evidencia empírica superpone un barniz de neutralidad a los juicios normativos, y adoptar de manera acrítica la evidencia sobre las condiciones actuales sin cuestionar el papel de la discriminación histórica que continúa poniendo en desventaja a algunas familias puede replicar esa discriminación.

Dada la promesa y el peligro del giro empírico en el derecho de familia, este texto propone un marco para guiar el uso de esta evidencia. El marco preserva el espacio para debatir múltiples valores y aconseja a los tomadores de decisiones cuándo utilizar la evidencia empírica, con especial atención en los peligros para las familias no dominantes. El marco también recomienda fortalecer el control de las pruebas (*gatekeeping*) y elevar el potencial de la academia jurídica para servir como un puente desde la base de la investigación más amplia a los tribunales. Con esta guía, la evidencia empírica puede ocupar el lugar que le corresponde como herramienta útil, pero acotada, en la regulación legal de las familias.

A. Introducción

En el centro de la lucha por el matrimonio igualitario, un tribunal en el norte de California llevó a cabo un notable juicio de 12 días.¹ Frente a un reclamo contra la restricción estatal del matrimonio igualitario, el tribunal conoció las pruebas sobre una serie de hechos sociales relacionados con la estructura familiar y el desarrollo integral de la niñez, los beneficios físicos y económicos del matrimonio, la naturaleza de la orientación sexual y el aumento de riesgo de daño físico y mental causado por dis-

¹ Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921, 929 (S.F. Cal. 2010), *aff'd sub nom.* Perry v. Brown, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012), *anulado y devuelto sub nom.*; Hollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013); véase también Kenji Yoshino, *Speak Now: Marriage Equality on Trial* 91-228 (2015) (describe el juicio en detalle).

criminación y estigma.² Esta evidencia empírica fue fundamental para la decisión del tribunal de anular la restricción matrimonial. Una parte crucial de la decisión fue el hallazgo de que los hijos e hijas de progenitores del mismo sexo se desarrollan de manera similar que los criados por parejas de diferente sexo, lo que socava la justificación de California para diferenciar a las parejas en función de la orientación sexual.³

Este ejemplo de confiar en la evidencia empírica, definida ampliamente como investigación y datos recopilados a través de métodos cuantitativos y cualitativos⁴ para resolver cuestiones fundamentales del derecho de familia, no es único. En consonancia con una confianza cada vez más extendida en la evidencia empírica en todos los sectores de la economía, en las disciplinas académicas y el derecho,⁵ los responsables de la toma de decisiones en el derecho de familia recurren regularmente a la sociología, psicología, neurociencia, análisis de datos y ciencias sociales y duras relacionadas para adoptar decisiones críticas sobre la regulación legal de las familias.⁶ Además de usar la evidencia empírica para decidir casos constitucionales, los tribunales recurren a la investigación psicológica sobre el síndrome de alienación parental para decidir demandas de custodia.⁷

² Véase Perry, 704 F. Supp. pp. 932-938.

³ *Ibidem*. pp. 935, 950, 963-973, 981, 994-1003.

⁴ Este ensayo contrasta ligeramente esta información empírica con los valores. Desde hace tiempo existe una distinción, aunque controvertida, entre ambos. Véase Hume, David, *A treatise of human nature*, Selby-Bigge, L. A. y Nidditch, P. H. (eds.), Oxford Univ. Press 2.a ed., 1978, pp. 458-470 (discute la distinción entre juicios morales y hechos empíricos). Como se explora a lo largo de este texto, la línea entre la evidencia empírica y los valores es difusa, y a menudo una incide en la otra. La evidencia empírica puede influir en los valores de numerosas maneras identificadas en este ensayo, sin embargo, los valores también pueden influir en la evidencia empírica, en parte porque el conocimiento está inherentemente situado en la cultura. Esto es particularmente cierto en las ciencias sociales, pero también puede serlo en las ciencias duras. El peso político y cultural de la delincuencia juvenil, por ejemplo, explica al menos en parte la agenda de investigación de los neurocientíficos interesados en el desarrollo cerebral de los adolescentes. Véase, en general, Putnam, Hilary, *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays* 28 a 45, 2002 (demuestra cómo la distinción entre hechos y valores se desglosa de numerosas maneras); Putnam, Ruth Anna, "Creating facts and values", *Phil.*, 60, pp. 187, 190-204, 1985 (argumenta que los hechos están llenos de valores y los valores están llenos de hechos).

⁵ Véase el texto *infra* que acompaña a las notas 34 a 43.

⁶ Véase la sección "II. Evidencia empírica en las instituciones del derecho de familia" *infra*.

⁷ Véase la sección "e. Custodia infantil" *infra*.

Las y los legisladores recurren a estudios sobre los daños de los hogares acogida para reformar drásticamente el sistema de bienestar infantil.⁸ Y los funcionarios de la agencia minan datos sobre los factores de riesgo de abuso infantil y negligencia para construir análisis predictivos para la intervención familiar.⁹

A pesar de este marcado cambio en el derecho de familia, hay una atención académica limitada en el tema, aunque creciente. Algunos estudiosos del derecho de familia han explorado el uso de la evidencia empírica en contextos específicos,¹⁰ pero pocos cuestionan o analizan la tendencia más amplia.¹¹

⁸ Véase la sección "2. Legislación" infra.

⁹ Véase la sección "3. Administración" infra.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Adler, Libby, "Just the facts: the perils of expert testimony and findings of fact in ray rights litigation", *Unbound: Harv. J. Legal Left*, 1, 19-21, 2011 (señala los múltiples inconvenientes de la batalla empírica sobre el matrimonio igualitario, incluyendo que los hechos encontrados no son favorables para la comunidad gay y en su lugar pueden ser utilizados por defensores antigay); Appleton, Susan Frelich, "Gender and parentage: family law 's equality project in our empirical age, in what is parenthood?", en McClain, Linda C. y Cere, Daniel (eds.), *Contemporary Debates About the Family*, pp. 237, 245-248, 2013 (critica el uso de estudios empíricos para determinar el lugar apropiado del género en las leyes de filiación); Bartholet, Elizabeth, "Creating a child-friendly child welfare system: the use and misuse of research", *Whittier J. Child & Fam. Advoc.*, 13 10-14, 2014 (argumenta que los informes estadísticos inexactos en un estudio nacional de maltrato infantil —que encontraron tasas similares de maltrato entre grupos raciales— alimentaron los reclamos de sesgo en el sistema de bienestar infantil y apoyaron los esfuerzos de preservación de la familia); Meier, Joan S., Johnson's, "Differentiation theory: is it really empirically supported?", *J. Child Custody* 4 12, 2015 (analiza la base empírica de una supuesta tipología de violencia de pareja y halla que la evidencia empírica no respalda la diferenciación alegada). De manera útil, la *Family Court Review* publicó una "Mesa Redonda de Investigadores", que aborda el problema de traducir las ciencias sociales sobre las familias a las normas jurídicas. Véase Researchers' Roundtable, *54 Fam. Ct. Rev.* 134, 134-166, 2016.

¹¹ Existen dos excepciones notables. La profesora Margaret Brinig, una de las principales defensoras y productoras de obras empíricas en el derecho de familia, ha identificado varias razones por las que la investigación sobre las familias puede no ser fiable y puede no traducirse de forma adecuada en normas jurídicas y políticas públicas, incluyendo las siguientes: la heterogeneidad de la población, la confidencialidad o falta de disponibilidad de datos, el sesgo por parte de los investigadores principales y la ausencia de grupos de control. Véase Brinig, Margaret F., "Empirical Work in Family Law", *U. Ill. L. Rev.*, 1083, pp. 1084-1094, 2002 (describe los desafíos para realizar un trabajo empírico fiable sobre el derecho de familia y argumenta que las personas especialistas y las legislaturas no deben responder demasiado rápido a un sólo estudio ni exagerar la probabilidad de que una ley cambie el comportamiento). Brinig se ocupa así de cuestiones relativas a la fiabilidad de los datos y a la traducción de pruebas empíricas por los agentes jurídicos, cuestiones que se abordan más adelante en las secciones "1. Confiabilidad y traducción" y "2. Hechos y valores". Sin embargo, no aborda las otras preocupaciones de este ensayo: la tendencia de la evidencia empírica a ocultar la impor-

Hay mucho que celebrar sobre este giro empírico en el derecho de familia. Tradicionalmente, los tomadores de decisiones del derecho de familia se han basado en una combinación de juicios morales, normas culturales imperantes y sentido común percibido.¹² Un fundamento empírico para el derecho de familia tiene ventajas considerables sobre este enfoque histórico.¹³ Una comprensión detallada de la vida familiar y del sistema jurídico es esencial para el desarrollo de normas eficaces. La consideración rigurosa de la evidencia empírica puede guiar las inversiones estatales, promoviendo el uso eficiente y efectivo de los recursos escasos, y puede dar a los tomadores de decisiones un sentido más claro de las áreas en las que los insumos legales podrían producir resultados sociales particulares. Puede ayudar a que el derecho de familia sea más inclusivo y vaya más allá de las estrechas normas dominantes. Y tiene el potencial de ayudar a despolitizar las batallas sobre el reconocimiento y el apoyo de la familia, o al menos separar los argumentos políticos y las creencias sociales de la evidencia empírica.¹⁴ No es de sorprender, entonces, que

tancia de una gama de valores, ocultar los juicios normativos y normalizar la discriminación. Véase la sección "2. Hechos y valores". Además, la profesora Peggy Cooper Davis ha explorado un aspecto importante de un derecho de familia basado en lo empírico: el proceso por el cual los jueces absorben y usan evidencia de las ciencias sociales en casos de derecho de familia en relación con hechos legislativos. Véase Davis, Peggy C., "There is a book out...": an analysis of judicial absorption of legislative facts", *Harv. L. Rev.*, 100, pp. 1539-1542, 1987 (señala que el artículo fue "realizado para identificar las formas en que los jueces encuentran y utilizan los hechos legislativos; para descubrir si existen patrones de uso indebido; y para documentar el efecto de los hechos legislativos en el desarrollo del derecho"). Sin embargo, Davis no se involucra más ampliamente con el uso de evidencia empírica en todas las instituciones de derecho familiar y en muchas de las cuestiones examinadas en este ensayo. Quizá lo más importante es que Davis no explora la inquietud central de este ensayo: la evidencia empírica desalienta un debate sobre los valores en competencia. Véanse las secciones "1. Confiabilidad y traducción" y "I. El papel adecuado de la evidencia empírica". Para un argumento de que el derecho de familia carece gravemente de una base empírica y que los estudiosos del derecho de familia deberían hacer más para producir y comprometerse con el trabajo empírico sobre las familias, véase Schneider, Carl E. y Teitelbaum, Lee E., "Life's golden tree: empirical scholarship and American law", *Utah L. Rev.*, 53, 78-91 2006.

¹² Véase la sección «I. La referencia histórica» infra

¹³ Véase la sección "I. Los beneficios de un derecho de familia basado en evidencia" infra

¹⁴ De hecho, con la nueva administración presidencial escéptica sobre la ciencia bien establecida, la evidencia puede ser más importante que nunca. Quizás el mejor ejemplo de la voluntad del presidente Trump de ignorar la abrumadora evidencia científica es el cambio climático. Véase Eilperin, Juliet. "Trump dice 'Nadie sabe realmente si el cambio climático es real'", *Washington Post* (11 de diciembre de 2016). Disponible en: http://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2016/12/11/trump-says-nobody-really-knows-if-climate-change-is-real/?utm_term=.9a2c5009c609 [<http://perma.cc/9SV7-FHPC>] (reporta al entonces presidente Trump hablando

el profesor Kenji Yoshino diga de las disputas legales que giran sobre los hechos legislativos "[q]ue haya un juicio".¹⁵

Pero no tan rápido. A pesar de sus considerables beneficios, el giro empírico en el derecho de familia también presenta preocupaciones sustanciales. Hay problemas bien ensayados con la calidad de la investigación y la capacidad de los operadores jurídicos para utilizar la evidencia empírica de una manera matizada.¹⁶ Estas preocupaciones adquieren un matiz particular en el contexto del derecho de familia, en el que la investigación sobre las familias aborda cuestiones complejas, como la relación entre la estructura familiar y el desarrollo infantil.¹⁷ Además, incluso la investigación más sofisticada puede omitir variables que son difíciles de cuantificar, pero que son centrales para la vida familiar: el amor y el sentido de pertenencia, la desconfianza y el sentido de disrupción.¹⁸ De esta manera, la evidencia empírica nos dice algo, pero no todo, sobre la vida familiar.

sobre el cambio climático: "Todavía estoy con la mente abierta. Nadie sabe realmente"), con Scientific Consensus: Earth's Climate Is Warming, Global Climate Change, NASA, <http://climate.nasa.gov/scientific-consensus/> [<http://perma.cc/YF6S-FUZQ>]. (Consultado el 11 de septiembre de 2017) ("[Noventa y siete] por ciento o más de los científicos del clima que publican activamente concuerdan con que: las tendencias del calentamiento climático durante el siglo pasado son extremadamente probables a deberse a las actividades humanas"). El escepticismo del presidente Trump sobre la evidencia consolidada sobre las vacunas infantiles, es un buen ejemplo dentro del derecho de familia. Véase Shear, Michael D. et al., "Activista antivacunas dice que Trump quiere que lidere el panel sobre la seguridad de la inmunización", *N.Y. Times* (10 de enero de 2017). Disponible en: <http://www.nytimes.com/2017/01/10/us/politics/anti-vaccine-activist-trump-immunizations.html> (en archivo con Columbia Law Review) (describe cómo el entonces presidente electo Trump se reunió con Robert F. Kennedy, Jr., un escéptico de las vacunas, y le pidió que dirigiera una comisión sobre seguridad de las vacunas). Para una discusión de la evidencia empírica y el debate jurídico sobre las vacunas obligatorias, véase el texto que acompaña a las notas 237 a 244.

¹⁵ Yoshino, nota 1 supra, p. 280 (subrayado omitido); véase también Greenhouse, Linda y Siegel, Reva B., "The difference a whole woman makes: protection for the abortion right after whole woman's health", *Yale L.J. Forum*, 126, pp. 149, 156-161, 2016. Disponible en: http://www.yalelawjournal.org/pdf/11.Greenhouse-SiegelFinalforPDF_io54a7ck.pdf [<http://perma.cc/4U7V-DMPL>] (argumenta que la aplicación rigurosa de la carga indebida de la prueba basada en evidencia empírica es un nuevo frente prometedor en la lucha para proteger los derechos reproductivos).

¹⁶ Véase la sección "1. Confiabilidad y traducción" infra.

¹⁷ Véanse las secciones "1. Confiabilidad y traducción" y "2. Hechos y valores" infra.

¹⁸ Véase la sección "1. Confiabilidad y traducción" infra.

Más fundamentalmente, la evidencia empírica ejerce una influencia gravitacional en la toma de decisiones de varias maneras profundamente preocupantes. Para empezar, el giro empírico centra la atención en los resultados de las normas jurídicas. Muchos de estos resultados, especialmente el bienestar infantil y la reducción de la violencia familiar, incorporan valores importantes y el derecho de familia se centra correctamente en estas preocupaciones. Sin embargo, hay valores en competencia y a menudo impugnados, que también están en juego en el derecho de familia, incluyendo la igualdad, la autonomía, el pluralismo y la inclusión, por mencionar sólo algunos.¹⁹ El enfoque en los resultados de las normas jurídicas desalienta un debate abierto sobre estos valores contrapuestos y las compensaciones inherentes a cualquier regulación legal. Además, incluso si los responsables de la toma de decisiones abordan toda la gama de valores en cuestión, la evidencia empírica no les dice cómo ponderar los valores en competencia. Puede aclarar lo que está en juego en un debate y mostrar cómo las diferentes opciones de política promueven valores diferentes, sin embargo, la evidencia empírica no ayuda a los tomadores de decisiones a priorizar los valores en competencia y, por lo tanto, no debe desempeñar un papel desproporcionado.

Para agravar el problema, la toma de decisiones basada en evidencia empírica parece neutral, lo que permite a los actores legales eludir debates difíciles y polémicos, como qué familias merecen reconocimiento legal y apoyo o qué familias deberían recibir intervención coercitiva debido a preocupaciones sobre abuso y negligencia infantil.²⁰ En el sistema de

¹⁹ Véase la sección "2. Hechos y valores" *infra*. Simplemente nombrar los valores en juego en el derecho de familia es un arduo esfuerzo, tanto porque son numerosos como porque a menudo entran en conflicto. Al mencionar unos pocos en el texto y omitir otros claramente en juego, como la privatización de la dependencia, el objetivo no es elevar algunos valores sobre otros, sino más bien subrayar que el derecho de familia está intensa e inevitablemente cargado de valores. Para un análisis de los valores cambiantes en el derecho de familia, véase Cahn, Naomi R., "The moral complexities of family law", *Stan. L. Rev.*, 50, pp. 225, 227-229, 236-248, 1997 (revisión de Dowd, Nancy E., *In Defense of Single-Parent Families*, 1997 y Dafoe Whitehead, Barbara, *The Divorce Culture*, 1997) (argumenta que, con el desafío a la moral tradicional como justificación para el derecho de familia, existe una visión competitiva para este derecho -la "nueva moral familiar"- que abarca valores que incluyen la igualdad de género, el cuidado y el compromiso).

²⁰ Véase la sección "b. Proporcionar cobertura política" *infra*.

bienestar infantil, por ejemplo, la adopción de análisis predictivos para clasificar los casos sospechosos de abuso y negligencia infantil permite a los funcionarios de la agencia lavarse las manos y afirmar que simplemente están siguiendo el algoritmo, evitando así preguntas sobre si el sistema interviene incorrectamente en las vidas de las familias de color de bajos ingresos.²¹

Por último, confiar en la evidencia empírica plantea peligros particulares para las familias no dominantes. Al usar evidencia empírica se corre el riesgo de describir las condiciones actuales sin cuestionar el papel de la discriminación histórica que continúa perjudicando a algunas familias.²² Por ejemplo, los defensores que cuestionan la protección reforzada para sacar a las niñas y niños nativos americanos de sus hogares en casos de abuso y negligencia, sostienen que esta política perjudica su bienestar.²³ Pero la evidencia sobre el desarrollo de la niñez oculta el papel de la discriminación histórica, como el genocidio contra las familias nativas americanas. Las políticas gubernamentales son una causa directa de inestabilidad en las familias nativas americanas,²⁴ y la adopción acrítica de la evidencia sobre los resultados en el desarrollo infantil replica la discriminación contra esta población marginada.

Para comprender estas preocupaciones con evidencia empírica, considere los debates sobre los derechos de custodia y visita para los padres solteros.²⁵ A diferencia de los padres divorciados y casados, no hay evidencia clara de que mantener una relación entre los padres solteros y sus hijos mejore el desarrollo de sus hijos e hijas.²⁶ A medida que los tribunales y las legislaturas deciden las reglas para los padres solteros, es probable

²¹ Véase la sección "2. Hechos y valores" *infra*.

²² Véase la sección "c. Reproducción de la discriminación" *infra*.

²³ Para una discusión de este ejemplo, véase el texto que acompaña a las notas 313 a 316 (explica que los demandantes están desafiando tanto los estándares reforzados de alejamiento como la preferencia por el acogimiento por parte de familias nativo americanas).

²⁴ Véase el texto *infra* que acompaña a las notas 345 a 347.

²⁵ Véase el texto *infra* que acompaña a las notas 317 a 320.

²⁶ Véase el texto *infra* que acompaña a la nota 318.

que influya la ausencia de evidencia empírica que muestre resultados positivos para los niños y niñas. Pero centrarse en el bienestar infantil ignora las otras razones basadas en valores para proteger las relaciones padre-hijo, incluyendo la igualdad de género y los intereses de libertad de los padres en la relación. El hecho de poner en primer plano los resultados en el desarrollo de la niñez proporciona una justificación aparentemente neutral para la elección de no proteger los derechos parentales de un grupo socialmente marginado. Y tomar la evidencia empírica como viene, ignora las políticas gubernamentales, como la encarcelación masiva,²⁷ que dificulta aun más para algunos padres solteros, particularmente para los padres de color, desempeñar un papel social y económico benéfico en la vida de sus hijos e hijas.²⁸ En resumen, hay razones para ser muy cautelosos sobre el uso de la evidencia empírica en algunos contextos.

Para ser claros, este ensayo no condena la evidencia empírica en general. Como se señaló en todo momento, la evidencia empírica desempeña y debe desempeñar un papel vital en responder muchas preguntas de derecho de familia y en la orientación de las políticas familiares. Pero es esencial tener una comprensión matizada de lo que significa el giro empírico para el derecho de familia y estar listos para llevarlo a su trayectoria más prometedora.

Entonces, ¿cómo debe el derecho de familia utilizar la evidencia empírica? Este ensayo propone un marco para aprovechar los beneficios de la evidencia empírica y al mismo tiempo protegerse contra las preocupacio-

²⁷ Véase Alexander, Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, 2012 (describe cómo funciona la encarcelación masiva "como un sistema asombrosamente completo y bien disfrazado de control social racializado que funciona de una manera sorprendentemente similar a Jim Crow").

²⁸ Véase Braman, Donald, *Doing Time on the Outside: Incarceration and Family Life in Urban America*, 2007, pp. 37-96, 177-87 (describe el impacto del encarcelamiento en las familias de los presos); Paul-Emile, Kimani, "Beyond Title VII: rethinking race, ex-offender status, and employment discrimination in the information age", *Va. L. Rev.*, 100, pp. 893, 894-898, 2014 (describe el impacto laboral de los antecedentes penales y señala que esto afecta desproporcionadamente a los hombres de color).

nes significativas planteadas por el giro empírico. No todas las preguntas son susceptibles de resolución a través del análisis empírico, y los tomadores de decisiones deben saber cuándo y por qué usar esta evidencia. Por lo general, los encargados de adoptar decisiones deben basarse en pruebas empíricas al tratar de lograr un resultado determinado y acordado, como la reducción de la violencia familiar, cuando la valencia de la elección es relativamente indiscutible y cuando existe un acuerdo general sobre cómo equilibrar los valores en competencia. En este contexto, la evidencia empírica puede guiar las elecciones entre reglas y políticas, destacando los medios efectivos y eficientes para reducir la violencia. Pero los valores en disputa y en competencia son inherentes al derecho de familia, y es fundamental preservar el espacio para debatir sobre ellos. La evidencia empírica puede desempeñar un papel limitado en los debates sobre los valores, pero los tomadores de decisiones no deben usarla para evitar un debate sobre valores y normas en competencia, ni deben priorizar sólo aquellos valores que son más susceptibles de medición o son más convincentes debido a la evidencia.

Incluso cuando la evidencia empírica es relevante, los tomadores de decisiones deben ser cautelosos sobre cómo la usan. Para orientar este matiz, el marco de este ensayo exige mecanismos de *gatekeeping* más eficaces en todas las instituciones del derecho de familia. Advierte a los tomadores de decisiones que estén atentos al potencial de la evidencia empírica para reflejar y refractar la prominencia legal de las identidades que se cruzan, incluyendo la raza, el género y la clase. Y el marco fomenta un papel sólido para que los juristas hagan que la evidencia empírica sea accesible y comprensible para aquellos que elaboran reglas y políticas legales.

Este ensayo se centra en el giro empírico en el derecho de familia, sin embargo, la evidencia empírica es ahora una característica arraigada del sistema legal.²⁹ Al explorar los beneficios y peligros del giro empírico en un contexto, contribuye al debate más amplio sobre el uso de la evi-

²⁹ Véase el texto *infra* que acompaña a las notas 38 a 43.

dencia empírica en el derecho.³⁰ Aunque algunas de las preocupaciones identificadas son específicas del derecho de familia, como el desprecio general por el examen de *Daubert* en los tribunales de lo familiar,³¹ la mayoría de las cuestiones son generalizables y, por lo tanto, este ensayo tiene lecciones para otras áreas del derecho.³²

El ensayo se estructura de la siguiente manera: la sección B describe el uso cada vez más generalizado de la evidencia empírica en muchos contextos del derecho de familia. En la sección C se exponen los beneficios sustanciales de este giro empírico y las importantes preocupaciones que suscita. La sección D se basa en estos fundamentos descriptivos y analíticos para trazar un camino para el uso de evidencia empírica en el derecho de familia.

B. La evidencia empírica llega al derecho de familia

La evidencia empírica está tan completamente integrada en la vida moderna que es fácil pasar por alto su existencia.³³ Los responsables de la toma de decisiones en los sectores público,³⁴ pri-

³⁰ Para dar un ejemplo, el profesor Jeffrey Rachlinski ha argumentado que la evidencia empírica puede darle sentido a ese gran debate en ámbitos en los que los resultados singularmente enfocados pueden ser principios organizativos razonables —como en la medicina, con el objetivo de tratar a los pacientes de manera efectiva, o en los negocios, con el objetivo de maximizar las ganancias. Véase Rachlinski, Jeffrey J., "Evidence-based law", *Cornell L. Rev.*, 96, pp. 901, 917-919, 2011. Sin embargo, en el derecho el esfuerzo es más complicado porque el derecho es inherentemente político, con objetivos a menudo controvertidos y en competencia. Véase *id.*

³¹ Véase el texto que acompaña a las notas 166 a 169 (describe el fracaso de la mayoría de los jueces del tribunal de lo familiar en usar la prueba de *Daubert* para descartar testimonios de expertos poco confiables).

³² Por lo tanto, este ensayo se resiste al excepcionalismo del derecho de familia, véase Halley, Janet, "What is family law?: a genealogy part I", *Yale J.L. & Human*, 23, pp. 1, 3-6, 2011 (describe y desafía el excepcionalismo del derecho de familia), y en su lugar utiliza el derecho de familia como un ejemplo de los beneficios, pero también los peligros potenciales, del giro empírico más amplio.)

³³ Cf. Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Hacker, P. M. S. y Schulte, Joachim (eds.), § 129, 2009 ("Los aspectos de las cosas que son más importantes para nosotros están ocultos debido a su simplicidad y familiaridad.").

³⁴ En el sector público, el alcalde Michael Bloomberg fue líder en basar las políticas públicas en datos cuantitativos, utilizándolos en múltiples áreas, incluyendo la salud pública, la seguridad en la construcción y el transporte, el cambio climático y la pobreza. Véase Flowers, Michael, *Beyond Open Data: The Data-Driven City*, in *Beyond Transparency: Open Data and the Future of Civic Innovation*,

vado,³⁵ y sin fines de lucro³⁶ confían regularmente en la evidencia empírica.³⁷ Del mismo modo, el sistema legal ha integrado durante mucho tiempo la evidencia empírica.³⁸ Desde al menos la era del *Brandeis brief*, los actores legales han recurrido a datos de las ciencias sociales y duras.³⁹

Goldstein, Brett y Dyson, Lauren (eds.), pp. 185, 187-195, 2013 (describe la experiencia de Nueva York al comenzar a usar datos para impulsar decisiones en múltiples frentes, incluyendo la infraestructura de la ciudad y la seguridad de los edificios); Feuer, Alan, "The Mayor's Geek Squad", *N.Y. Times* (23 de marzo de 2013). Disponible en <http://www.nytimes.com/2013/03/24/nyregion/mayor-bloombergs-geek-squad.html> (en archivo con Columbia Law Review) (describe la toma de decisiones basada en datos en múltiples áreas de políticas públicas a cargo del alcalde Bloomberg). Pero véase *Floyd v. City of New York*, 959 F. Supp. 2d 540, 658-67 (S.D.N.Y. 2013) (declara inconstitucional la política de detención y cacheo basada en datos de la ciudad). Para mayor discusión de la formulación de políticas basadas en la evidencia en el sector público, véase Ayres, Ian, *Super Crunchers: Why Thinking-by-Numbers Is the New Way to Be Smart*, pp. 69-87, 2007 (describe la tendencia hacia la formulación de políticas basadas en la evidencia en Estados Unidos y en otros lugares). Para una visión escéptica sobre la capacidad de los gobiernos para sintetizar y luego traducir los datos en política social, véase Schuck, Peter, *Why Government Fails So Often: And How It Can Do Better*, pp. 161-167, 2014 (describe los desafíos de este proceso, incluyendo la falta de disponibilidad de datos, las interpretaciones en competencia de los datos y la incertidumbre sobre cómo reaccionarán las entidades reguladas a las políticas sociales).

³⁵ Véase Ayres, *op. cit.*, pp. 29-31 (describe esta tendencia en los negocios y se utiliza el ejemplo de Walmart, que utiliza datos para tomar prácticamente todas las decisiones); Kristina McElheran y Erik Brynjolfsson, *The Rise of Data-Driven*.

³⁶ Véase, por ejemplo, la Annual Letter 2013: Measuring Progress, Bill & Melinda Gates Found (enero de 2013), disponible en: <http://www.gatesfoundation.org/Who-We-Are/Resources-and-Media/Annual-Letters-List/Annual-Letter-2013> [<http://perma.cc/MQW6-R6U8>] (describe un objetivo central del enfoque de la Fundación Gates sobre la filantropía como el desarrollo de herramientas de medición eficaces para garantizar que los programas promuevan los objetivos identificados); Evidence-Based Decision Making, Laura & John Arnold Found, disponible en: <http://www.arnoldfoundation.org/initiative/evidence-based-policy-innovation/evidence-based-decisionmaking/> [<http://perma.cc/5DLP-VYNY>] (consultado el 27 de septiembre de 2017) («[M]uchos de los [] esfuerzos bien intencionados [para abordar cuestiones como el hambre, la falta de vivienda y el desempleo] no han producido mejoras adecuadas. Si queremos resolver estos problemas, debemos acelerar drásticamente el ritmo al que aprendemos lo que funciona e insistimos en servicios que brinden resultados medibles»).

³⁷ Uno de los primeros sectores de la economía en adoptar la evidencia empírica fue la medicina. Véase Reynolds, Shirley, *The Anatomy of Evidence-Based Practice: Principles and Methods, in Evidence-Based Practice: A Critical Appraisal*, Trinder, Liz (ed.), pp. 17-22, 2000 (describe la historia de la medicina basada en la evidencia). Un reconocimiento del uso generalizado de la evidencia empírica entró en la cultura popular a través del libro de Michael Lewis sobre el equipo de beisbol profesional, los Oakland's A. Véase en general Lewis, Michael, *Moneyball: The Art of Winning an Unfair Game*, 2003.

³⁸ Para un análisis de la distinción entre las pruebas utilizadas para establecer los actos judiciales y los legislativos, véase el texto que acompaña a las notas 208 a 216.

³⁹ Véase *Brief for Defendant in Error, Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) (No. 107) (disponible en su totalidad en HeinOnline). Morag-Levine, Noga, "Facts, formalism, and the Brandeis Brief: the origins of a myth", *U. Ill. L. Rev.*, pp. 59, 61-62, 2013 (argumenta que el uso de evidencia de ciencias sociales en los tribunales fue anterior al *Brandeis brief*). El uso de datos y metodologías de las ciencias sociales es uno de los rasgos distintivos del Realismo Jurídico. Véase Llewellyn, Karl N., "Some realism about realism-responding to dean pound", *Harv. L. Rev.*, 44, pp. 1222-1247, 1931 (describe

El análisis económico está completamente arraigado en la ley.⁴⁰ El sistema judicial ha desarrollado métodos para identificar y adjudicar la confiabilidad del testimonio experto.⁴¹ Y las y los académicos del derecho han aceptado el trabajo empírico en múltiples campos,⁴² con todo un campo de estudios jurídicos empíricos dedicados a producir, no simplemente usar, evidencia empírica.⁴³

Como muestra esta parte, el derecho de familia también incluye cada vez más pruebas empíricas. A partir de la segunda mitad del siglo XX, y acelerándose en las últimas décadas, el derecho de familia se ha basado regularmente en evidencia empírica, cambiando profundamente el proceso de juzgar, legislar y aplicar la ley.⁴⁴ Pero como muestra la primera sección, este no siempre fue el caso.

I. La referencia histórica

La autonomía de la familia es uno de los principios que dan vida al derecho de familia. Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo por primera vez a principios del siglo XX que hay límites en el poder del

la dificultad de evaluar las acciones de los tribunales inferiores y señala que "las técnicas de las ciencias sociales se están aprovechando y modificando para hacer posible el trabajo".

⁴⁰ Véase *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947) (utilizando el análisis de costo-beneficio para determinar la negligencia); Calabresi, Guido, "The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs," *Harv. L. Rev.*, 78, pp. 713, 722-742, 1965 (utiliza el análisis económico en el contexto del derecho de accidentes).

⁴¹ Véase *Fed. R. Evid.* 702 (establece el estándar para la admisión del testimonio de expertos); *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 589-90 (1993) (establece una prueba para admitir testimonios de expertos que requiere que la evidencia se base en una metodología y razonamiento científico confiable y debe ser relevante para los hechos del caso); Lustre, Alice B., "Annotation, post-Daubert standards for admissibility of scientific and other expert evidence in state courts", *A.L.R.*, 90, 453 §§ 1-2, 2001 (describe la adopción del estándar Daubert y alternativas en los tribunales estatales).

⁴² Véase Ho, Daniel E. y Kramer, Larry, "Introduction: the empirical revolution in law", *Stan. L. Rev.*, 65, pp. 1195, 1195-1197, 2013 (presenta un número especial dedicado a identificar y explorar las muchas formas en que las y los juristas y el sistema jurídico integran la evidencia empírica en múltiples campos).

⁴³ Véase Society for Empirical Legal Studies, Cornell Univ. Law Sch., disponible en <http://www.lawschool.cornell.edu/sels/> [<http://perma.cc/MH4L-GJMH>] (consultado el 11 de septiembre de 2017) (describe el propósito de dicha sociedad, los eventos patrocinados, las becas y el *Journal of Empirical Legal Studies*).

⁴⁴ Véase la sección "II. Evidencia empírica en las instituciones del derecho de familia" infra.

Estado para interferir en las decisiones parentales, se basó sólo en el lenguaje de los derechos, no en la evidencia empírica. En un par de casos, sostuvo que, en virtud de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, el Estado no puede gravar indebidamente la "libertad de los progenitores y tutores para dirigir la crianza y educación de los niños y niñas bajo su control".⁴⁵ La Corte determinó que "el niño o niña no es la mera criatura del Estado; aquellos que lo crían y dirigen su destino tienen el derecho, junto con el alto deber, de reconocerlo y prepararlo para obligaciones adicionales".⁴⁶

Más adelante en el siglo, cuando la Corte matizó los derechos parentales reconociendo los intereses de los niños y niñas, una vez más, no citó evidencia y en su lugar se basó en el sentido común percibido. En la sentencia *Parham v. J.R.* sostuvo que la ley podría presumir que los progenitores toman decisiones médicas para promover el bienestar de sus hijos, y por lo tanto los niños no tienen un derecho constitucional a acceder a procedimientos formales contradictorios cuando los progenitores buscan internarlos en hospitales psiquiátricos.⁴⁷ La Corte justificó esta presunción afirmando que "los lazos naturales de afecto llevan a los progenitores a actuar en el interés superior de sus hijos e hijas"⁴⁸ y que "páginas de experiencia humana... enseñan que los progenitores generalmente actúan en el interés superior de sus hijos e hijas".⁴⁹

⁴⁵ *Pierce v. Soc'y of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-35 (1925); véase también *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 400 (1923) (establece un interés por la libertad en el control parental de la educación de los hijos e hijas).

⁴⁶ *Pierce*, 268 U.S. en 535.

⁴⁷ 442 U.S. 584, 602-03 (1979).

⁴⁸ *Id.* p. 602.

⁴⁹ *Id.* pp. 602-603. La noción de que el amor entre progenitores y sus hijos e hijas llevará a los primeros a cuidar a su prole tiene raíces profundas. Ver 1 William Blackstone, *Commentaries* *434-35 ("[L]a providencia lo ha hecho de manera más efectiva que cualquier ley, implantando en el pecho de cada padre o madre ... [un] grado insuperable de afecto, que ni siquiera la malicia de la persona o de la mente, ni siquiera la maldad, la ingratitud y la rebelión de los niños o niñas, pueden suprimir o extinguir totalmente"); 2 James Kent, *Commentaries on American Law* 160 (1826) ("La obligación del deber parental está tan bien asegurada por la fuerza del afecto natural, que rara vez requiere ser impuesta por las leyes humanas"); véase también *id.* p.159 ("Las necesidades y debilidades de la niñez hacen necesario que alguna persona los mantenga y la voz de la naturaleza ha señalado al progenitor como la persona más apta y adecuada").

En términos más generales, los responsables de la adopción de decisiones en materia de derecho de familia establecieron y justificaron normas jurídicas basándose en la moral y las normas tradicionales, como la necesidad de vigilar la sexualidad fuera del matrimonio y reforzar los roles de género dentro de éste.⁵⁰ Tales valores fueron ampliamente aceptados, y los responsables de la adopción de decisiones generalmente no invocaron evidencia empírica para apoyar las leyes que promueven esos valores y normas.⁵¹

Incluso cuando se presentan a la Corte pruebas empíricas en casos de derecho de familia, a menudo no se basa en ellas, sino que se centra en valores básicos. En *Loving v. Virginia*, el estado argumentó que la Corte debería remitirse a la legislación porque había "una opinión científica en conflicto [sobre] los efectos del matrimonio interracial, y la conveniencia de prevenir tales alianzas, desde el punto de vista físico, biológico, genético, antropológico, cultural, psicológico y sociológico".⁵² La Corte no se dejó llevar por esta evidencia y en su lugar encontró que la ley de Virginia, la cual restringió los matrimonios interraciales entre una persona blanca y otra que no sea blanca y no entre otras líneas raciales, podría entenderse sólo como una expresión de supremacía blanca y, por lo tanto, era una discriminación racial odiosa.⁵³ Del mismo modo, en *Palmore v. Sidoti*, una batalla de custodia entre dos progenitores blancos, con el padre impugnando la custodia de la madre porque su nuevo esposo era negro, la Corte no estuvo interesada en si un niño o niña criada por una pareja interracial podría sufrir estigma y daño; en cambio, se centró en la importancia de la toma de decisiones neutrales con respecto a la raza.⁵⁴

⁵⁰ Véase Schneider, Carl E., "Moral discourse and the transformation of american family law", *Mich. L. Rev.*, 83, pp. 1803, 1808-1819, 1985 (describe la justificación moral como una base tradicional del derecho de familia).

⁵¹ *Cf. id.* en 1807-1819 (describe la base histórica para la regulación familiar, la moral convencional, y el alejamiento de esta base desde la década de 1960).

⁵² Brief and Appendix on Behalf of Appellee at 7, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (No. 395), 1967 WL 93641. Para una descripción de este aspecto del litigio, véase McClain, Linda C., *Prejudice, Moral Progress, and Not Being "On the Wrong Side of History": Debating the Legacy of Loving for the Right to Marry 6 a 15*, (manuscrito no publicado) 2017 (en el archivo de la *Columbia Law Review*).

⁵³ *Loving*, 388 U.S. pág. 11.

⁵⁴ 466 U.S. 429, 433 (1984) ("La cuestión, sin embargo, es si la realidad de los prejuicios privados y el posible daño que podrían causar son consideraciones permisibles para retirar a un niño pequeño de la custodia de su madre biológica. No nos resulta difícil concluir que no lo son").

Fuera del derecho constitucional, los tribunales también se basaban en el sentido común y las normas tradicionales, no en pruebas empíricas. Por ejemplo, el privilegio de inmunidad conyugal permite que un cónyuge se niegue a proporcionar testimonio adverso en un juicio penal del otro cónyuge,⁵⁵ y el privilegio de comunicaciones conyugales protege las comunicaciones confidenciales entre cónyuges.⁵⁶ Los tribunales justificaron estos privilegios afirmando que promueven la armonía y la solidaridad conyugal.⁵⁷ Sin embargo, los tribunales no citaron ninguna evidencia para apoyar la afirmación de que testificar contra el otro o violar las confidencias conyugales introduciría conflictos y desconfianza en el matrimonio;⁵⁸ en cambio, se basaron en el sentido común y las nociones tradicionales del matrimonio.⁵⁹

Cuando los actores jurídicos invocan evidencia empírica, generalmente es pseudociencia. Considere la historia odiosa de los programas de esterilización. De 1929 a 1975, Carolina del Norte esterilizó a aproximadamente 7,600 personas,⁶⁰ focalizándose en mujeres de color con bajos ingresos y personas con bajos puntajes de pruebas de coeficiente intelectual

⁵⁵ Véase *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40, 53 (1980) («[E]l o la cónyuge testigo sólo tiene el privilegio de negarse a testificar en contra; el testigo no puede ser obligado a testificar ni impedirle hacerlo»). Hay numerosos matices que no son relevantes aquí, como las diferencias entre las leyes federales y estatales. Para más detalles, véase Regan, Milton C. Jr., "Spousal privilege and the meanings of marriage", *Vt. L. Rev.*, 81, pp. 2045, 2052-2055, 1995.

⁵⁶ Véase *Blau v. United States*, 340 U.S. 332, 334 (1951) (sostiene que la negativa del acusado a revelar la ubicación de su esposa, que ella podría haber compartido confidencialmente con él, era legal); *Wolffe v. United States*, 291 U.S. 7, 14 (1934) (señala que "la base de la inmunidad otorgada a las comunicaciones entre esposo y esposa es la protección de la confidencialidad conyugal"). Para una discusión de ambos privilegios conyugales, véase Markel, Dan et al., "Criminal justice and the challenge of family ties", *U. Ill. L. Rev.*, pp. 1147, 1168-1169, 2007.

⁵⁷ Véase *Wolffe*, 291 U.S., p. 14 (afirma que el privilegio de las comunicaciones conyugales fue "considerado tan esencial para preservar la relación matrimonial que supera las desventajas de la administración de justicia"); *United States v. Armstrong*, 476 F.2d 313, 315 (5to Cir. 1973) (señala que el privilegio de la inmunidad conyugal "preserva la paz familiar al impedir que el marido y la mujer se conviertan en adversarios en un procedimiento penal").

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Wolffe*, 291 U.S. pág. 14 (cita el razonamiento para el privilegio pero no proporciona evidencia que sugiera que es necesario para preservar la armonía marital).

⁵⁹ En *Trammel*, la Corte razonó que "[c]uando uno de los cónyuges está dispuesto a testificar contra el otro en un proceso penal ... su relación está casi seguramente en mal estado; probablemente haya poco en el camino de la armonía conyugal para conservar el privilegio". *Trammel*, 445 U.S. p. 52.

⁶⁰ Kevles, Daniel J., *In the Name of Eugenics: Genetics and the Uses of Human Heredity*, 1985, pp. 92-94; Owens, Adam, "N.C. dedicates marker to eugenics program", *WRAL* (22 de junio de 2009). Disponible en: <http://www.wral.com/news/local/story/5406081/> [http://perma.cc/HP3U-9PYQ]; "Victims of state sterilization tell their stories", *WRAL* (30 de junio de 2011). Disponible en: <http://www.wral.com/news/video/9755940/#/vid9755940> [http://perma.cc/YV4Z-8YAX].

o bajos niveles de educación.⁶¹ Programas como éste se justificaban por la "ciencia" de la frenología y similares, supuestamente probando la inferioridad de las personas de color y las poblaciones de bajos ingresos.⁶²

En resumen, el modo tradicional de análisis y la justificación de las reglas jurídicas no era empírico, al menos de la forma en la que entendemos el término hoy en día. Como se describe en la siguiente sección, esta ausencia de evidencia empírica no duró.

II. Evidencia empírica en las instituciones del derecho de familia

En marcado contraste con la línea de base histórica, el análisis empírico en el derecho de familia está ahora muy extendido. Esta tendencia es consistente con la empirización del derecho en general, pero también responde a una demanda particular en el derecho de familia. En la última parte del siglo XX, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó en gran medida la moral tradicional y las normas dominantes como justificaciones aceptables para el derecho de familia.⁶³ Por lo tanto, fue necesario encontrar nuevas justificaciones para la regulación de la familia, creando una apertura para la evidencia empírica. Además, a medida que las normas familiares cambiaron rápidamente durante el mismo periodo, incluyendo un aumento del divorcio y de la cohabitación y más procreación fuera del matrimonio,⁶⁴ el consenso social sobre los valores familiares comenzó a disminuir.⁶⁵ La evidencia empírica, por lo tanto, se presentó como una base aparentemente neutral para la toma de decisiones. En respuesta a estos cambios, los tribunales y las legislaturas adoptaron la evidencia

⁶¹ Gamble, Clarence J., "Eugenic sterilization in North Carolina", *N.C. Med. J.*, 12, pp. 550, 550-551, 1951.

⁶² Véase Guthrie, Robert V., *Even the Rat Was White: A Historical View of Psychology*, 1976, pp. 92-104; Kevles, *op. cit.*, pp. 92-94.

⁶³ Para dos, entre muchas decisiones de este tipo, véase *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 a 65 (1988) (adopta un escrutinio intermedio de las distinciones legales basadas en el estado civil de los progenitores y discute casos anteriores que sugerían un examen más riguroso de las clasificaciones basadas en la ilegitimidad); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268, 281-83 (1979) (deroga una ley estatal que autorizaba la concesión de pensión alimenticia únicamente a las mujeres y no a los hombres).

⁶⁴ Véase Huntington, Clare, *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships*, 2014, pp. 28-31 (que describe estos cambios).

⁶⁵ Véase Cahn, *op. cit.*, pp. 227-229, 236-249.

empírica, con las teorías psicológicas sobre progenitores e hijos moldeando fundamentalmente las leyes de custodia infantil⁶⁶ y con la investigación sobre abuso infantil conduciendo a leyes de denuncia obligatoria y al moderno sistema de bienestar infantil.⁶⁷

Esta sección describe el giro empírico en tres contextos: litigio, legislación y administración. Como muestra esta sección, tanto el tipo como la calidad de la evidencia empírica varían. Los tomadores de decisiones usan evidencia de las ciencias duras, estadísticas demográficas sobre los cambios en la forma de la familia y estudios de ciencias sociales sobre la relación entre esos cambios y el desarrollo de las infancias. Alguna evidencia empírica satisface los estándares científicos de confiabilidad, sin embargo, otra definitivamente no lo hace. Aunque el giro empírico abarca todo el derecho de familia, esta sección lo describe en detalle en el contexto de los litigios, con un enfoque particular en los casos de matrimonio igualitario. Esta descripción detallada del litigio sobre matrimonio igualitario sienta las bases para la crítica de las pruebas empíricas en la sección C y el marco propuesto en la D.

⁶⁶ Véase *Painter v. Bannister*, 140 N.W.2d 152, 156 a 58 (Iowa 1966) (revisa la literatura de ciencias sociales y se basa en la teoría entonces predominante de la paternidad psicológica para determinar que el interés superior del niño se vería atendido al permanecer al cuidado de sus abuelos, con quienes el niño había vivido durante casi tres años, en lugar del padre biológico); Davis, *op. cit.*, pp. 1542-1547 (describe cómo la investigación en ciencias sociales influyó en el estándar del interés superior a partir de la década de 1960).

⁶⁷ Kempe, C. Henry et al., "The battered-child syndrome", *J. Am. Med. Ass'n*, 181, pp. 17, 23, 1962 (describe los resultados de un estudio nacional de niñas y niños lesionados y define un nuevo diagnóstico: síndrome del niño maltratado); Weithorn, Lois A., "Protecting children from exposure to domestic violence: the use and abuse of child maltreatment statutes", *Hastings L.J.*, 1, pp. 53 55-60, 2001 (describe el estudio sobre el síndrome del niño maltratado y su papel fundamental en la creación del sistema moderno de bienestar de la infancia). Otro pionero fue Daniel Patrick Moynihan, uno de los primeros defensores del uso de las ciencias sociales para orientar la política gubernamental. Véase Patterson, James T., *Freedom Is Not Enough: The Moynihan Report and America's Struggle over Black Family Life-From LBJ to Obama*, 2010 (describe los esfuerzos de Moynihan para "poner en práctica su fe en la capacidad de los científicos sociales para diseñar políticas públicas"). Algunos ejemplos de evidencia empírica influyente en el derecho de familia durante las décadas siguientes incluyen el trabajo de los profesores Martha Fineman y Robert Mnookin. Véase Albertson Fineman, Martha, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, 1991, pp. 18-20, 32-33, 55, 61-73 (describe el efecto negativo del divorcio sin causa en las mujeres); Mnookin, Robert H. "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", *Law & Contemp. Probs.*, 1975, pp. 226 y 229-230 (documenta las consecuencias incoherentes, impredecibles e indeseables del estándar del interés superior de la niñez en los casos de bienestar de la infancia y en los casos de custodia de las y los hijos).

1. Litigio

a. Matrimonio igualitario

En los primeros días del movimiento a favor del matrimonio igualitario,⁶⁸ el debate no se centró en la niñez.⁶⁹ Sin embargo, en la década de 1980,

⁶⁸ Véase Nejaime, Douglas "Before marriage: the unexplored history of nonmarital recognition and its relationship to marriage", *Calif. L. Rev.* 87, pp. 117-146, 2014 (argumenta que incluso antes de que las personas defensoras del matrimonio comenzaran a hacer reclamos explícitos y sostenidos en la década de 1990, el matrimonio todavía daba forma a la batalla por el reconocimiento de la relación —las parejas de hecho y las uniones civiles—, con las y los defensores que moldearon estos estándares de reconocimiento de la relación en el matrimonio). Este ensayo se centra en el litigio sobre la igualdad matrimonial como un ejemplo de la importancia de la evidencia empírica en los derechos de la familia LGBT porque el tema tenía una prominencia social generalizada. Pero la batalla probatoria también se llevó a cabo en casos relacionados, como el litigio sobre los derechos de adopción de las y los adultos LGBT. Estos casos tenían muchas de las mismas características. Por ejemplo, en un caso federal que cuestiona la prohibición en Florida de la adopción por "homosexuales", *FLA. Stat. § 63.042(3)* (2014) (reformado en 2015), el Undécimo Circuito confirmó la ley estatal, hallando que la Legislatura Estatal podía concluir racionalmente que la prohibición era necesaria porque no había evidencia concluyente de que las y los niños no se beneficien de crecer con un matrimonio de dos personas de sexo diferente. *Lofton v. Sec'y of the Dep't of Children & Family Servs.*, 358 F3d 804, 825 (11th Cir. 2004). El tribunal señaló: "[N]o debemos preguntarnos si lo último en investigación en ciencias sociales y la opinión profesional apoyan la decisión de la legislatura de Florida, sino si esa evidencia está tan bien establecida y tan fuera de discusión que sería irracional que la legislatura de Florida creyera que los intereses de sus niños y niñas está mejor atendida al no permitir la adopción homosexual". *Id.* El tribunal también observó la ausencia de estudios longitudinales que siguieran a los sujetos hasta la edad adulta, concluyendo que la legislatura podría encontrar la investigación pertinente insuficientemente desarrollada como para confiar en ella, *id.* p. 826, y que "la cuestión de los efectos de la crianza por parte de padres o madres homosexuales es un tema en el que incluso las y los expertos de buena fe están razonablemente en desacuerdo", *id.* El tribunal determinó que el poder legislativo podía basarse racionalmente en la "suposición no demostrable" de que un hombre y una mujer casados eran la "estructura social óptima" para la crianza de las y los hijos, por lo que el Estado podía preferir esta estructura familiar y no otras en el contexto de la adopción. *Id.*, pp. 819-820, 826. Seis años después, el Tribunal de Apelación del Distrito de Florida revocó la prohibición de adopción, basándose en gran medida en pruebas empíricas. Véase *FLA. Dept 't of Children & Families v. Adoption of X.X.G.*, 45 So. 3d 79, 91 a 92 (Fla. Dist. Ct. App. 2010). El tribunal se refirió a la conclusión del tribunal de primera instancia de que la investigación rigurosa, incluyendo los estudios longitudinales que siguieron a los participantes hasta 14 años, no demostró ninguna diferencia entre la crianza por parte padres y madres LGBT y heterosexuales así como ninguna diferencia en la adaptación de las y los hijos criados por padres y madres del mismo sexo y de diferentes sexos, *id.*, pp. 86-87. El tribunal de primera instancia había examinado detenidamente las pruebas, rechazando el análisis de un experto de los estudios de ciencias sociales porque otros expertos declararon que el análisis tenía errores fundamentales y la mayoría de la comunidad científica no estaba de acuerdo con dicho análisis, *id.* p. 88. El tribunal de primera instancia también rechazó el testimonio del experto de que las y los adultos LGBT tienen una mayor prevalencia a lo largo de la vida de ciertos trastornos del estado de ánimo y de sustancias, concluyendo que si se excluía de la adopción a todos los grupos demográficos con tasas elevadas de estos trastornos, sólo se permitiría la adopción a hombres asiático-americanos, *id.*, p. 89.

⁶⁹ Véase Nejaime, *op. cit.*, pp. 117-121, 151 (describe los argumentos formulados a favor y en contra del reconocimiento de las relaciones, que se centraban principalmente en el vínculo íntimo entre

un número significativo de lesbianas había comenzado a concebir hijas e hijos y a criarlos con una pareja,⁷⁰ y las y los defensores comenzaron a discutir que las relaciones entre personas del mismo sexo debían reconocerse para proteger a la niñez.⁷¹

Con la parentalidad LGBT como un componente central del movimiento a favor del matrimonio igualitario, las y los defensores de ambas partes comenzaron a hacer argumentos sobre la calidad de esa crianza.⁷² Las y los defensores tenían una fuente de evidencias de ciencias sociales, estudios sobre la parentalidad de personas LGBT que se habían realizado en respuesta a las batallas de custodia en la década de 1970.⁷³ Al principio, quienes se oponían al matrimonio igualitario argumentaron que los progenitores LGBT dañaban a sus hijos e hijas.⁷⁴ Con el tiempo, este argu-

los miembros de la pareja y su interdependencia económica, y señala además que los sectores conservadores sociales estaban preocupados por el impacto de las parejas de hecho en la definición tradicional del matrimonio).

⁷⁰ Véase Chauncey, George, *Why Marriage? The History Shaping Today's Debate over Gay Equality*, 2004 ("El alza de las mujeres lesbianas teniendo hijos e hijas (*lesbian baby boom*) en la década de 1980 representó algo nuevo: una generación de mujeres que vivían abiertamente como lesbianas y ya no se sentían obligadas a casarse con un hombre para tener un hijo o hija").

⁷¹ *Id.* Muchos padres y madres LGBT ya estaban criando niños y niñas, sin embargo, generalmente estaban criando a aquellos concebidos en relaciones anteriores entre diferentes sexos. *Id.* El cambio en la década de 1980 fue que las mujeres lesbianas comenzaron a concebir hijos e hijas dentro de relaciones del mismo sexo. *Id.*

⁷² Esto comenzó con el litigio en Hawái. Al abordar la impugnación de la constitucionalidad de la ley del estado, *Haw. Rev. Stat. Ann.* § 572-1 (LexisNexis 2015), el Tribunal Superior de Hawái encontró que la ley discriminaba en razón de sexo y, por lo tanto, estaba sujeta a un escrutinio estricto. Véase *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 65 a 66 (Haw. 1993). El tribunal devolvió el caso para que el estado pudiera presentar pruebas que cumplieran esta norma. En un juicio sin jurado, los demandantes presentaron testigos expertos para declarar sobre los efectos de la paternidad y maternidad por parte de parejas del mismo sexo en el desarrollo infantil. Véase *Baehr v. Miike*, No. 91-1394, 1996 WL 694235, pp. *10-16 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996), *rev'd mem.*, 994 P.2d 566 (Haw. 1999). El tribunal de primera instancia consideró que el testimonio presentado por dos expertos para los demandantes, un sociólogo y un psicólogo, era "especialmente creíble", *id.* p. *10, y que el estado no había presentado pruebas suficientes para establecer las consecuencias públicas adversas de permitir que las parejas del mismo sexo se casen o que el matrimonio tradicional necesitaba ser protegido, *id.* pp. *16-17. Tras observar que las pruebas indicaban que el factor más importante en el desarrollo de la niñez era la calidad de la relación entre padres y madres con los hijos e hijas, el tribunal llegó a la conclusión de que la orientación sexual no era un indicador de la aptitud de los padres y las madres. Véase *id.* en *17.

⁷³ George, Marie-Amélie, "The custody crucible: the development of scientific authority about gay and lesbian parents", *Law & Hist. Rev.*, 34, pp. 487, 493-499, 2016 (describe casos en los que los tribunales estaban decidiendo si otorgar la custodia al progenitor heterosexual o al que había comenzado una relación con una pareja del mismo sexo).

⁷⁴ Stein, Edward, "The 'accidental procreation' argument for withholding legal recognition for same-sex relationships", *Chi.-Kent L. Rev.*, 84, pp. 403, 408, 2009 ("Este argumento, que yo llamo el

mento se transformó en un alegato de que incluso si las infancias no eran dañadas activamente, el entorno óptimo para la crianza de los hijos e hijas era con dos progenitores de diferente sexo que estuvieran casados.⁷⁵

Después de que en 2003 la Corte Suprema sostuviera que el Estado no podía recurrir reflexivamente a los valores tradicionales para regular a las lesbianas y a los homosexuales, al menos en el derecho penal,⁷⁶ el enfoque en las pruebas empíricas se volvió aún más importante. El Estado necesitaba mostrar una razón, más allá de los juicios morales, por mantener a las parejas del mismo sexo fuera del matrimonio. En última instancia, los opositores al matrimonio igualitario abandonaron por completo el argumento comparativo sobre los progenitores del mismo sexo y los de diferente sexo y, en cambio, citaron una nueva justificación para la restricción, basada en los resultados: que el Estado tenía interés en canalizar el sexo procreativo en el matrimonio para garantizar que niñas y niños tuvieran dos progenitores, y por lo tanto, el Estado podía privilegiar el matrimonio de diferente sexo como una forma de inducir a estas parejas a casarse.⁷⁷

Las y los defensores del matrimonio igualitario hicieron sus propios alegatos empíricamente fundamentados. Citando evidencia demográfica, demostraron que las parejas del mismo sexo estaban criando niños y

argumento de 'los gays son malos padres', fue adoptado de alguna forma por los tres tribunales de apelación que conocieron impugnaciones a las prohibiciones contra los matrimonios entre personas del mismo sexo en la década de 1970").

⁷⁵ Véase, por ejemplo, *Hernández v. Robles*, 855 N.E.2d 1, 7 (N.Y. 2006) (acredita el argumento de que «es mejor, en igualdad de condiciones, que los niños y niñas crezcan con una madre y un padre»).

⁷⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 571 (2003) (señala que "durante siglos ha habido voces poderosas para condenar la conducta homosexual como inmoral" pero que "la cuestión es si la mayoría puede utilizar el poder del Estado para imponer estas opiniones a toda la sociedad a través de la aplicación de la ley penal").

⁷⁷ Véase *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648, 660 (7th Cir. 2014) (describe la prevención de la procreación no matrimonial como el único argumento presentado por Indiana); *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052, 1086 (9no Cir. 2012), anulado y devuelto sub nom. *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) («La justificación principal que ofrecen los partidarios de la Proposición 8 es que promueve el interés de California en la procreación responsable y la crianza de los hijos e hijas»).

niñas en números crecientes.⁷⁸ Basándose en evidencia de ciencias sociales, argumentaron que las y los niños criados por parejas del mismo sexo se desarrollan de manera similar a los criados por parejas de diferente sexo.⁷⁹ Con fundamento en evidencia de ciencias económicas y sociales, sostuvieron que el matrimonio proporciona estabilidad económica y emocional a la niñez.⁸⁰ Y, finalmente, mirando la investigación de las ciencias sociales, las y los defensores postularon que las infancias criadas por parejas del mismo sexo se beneficiarían del acceso de sus progenitores al matrimonio.⁸¹

Algunos tribunales se mostraron escépticos sobre la relevancia de esta evidencia empírica, especialmente al principio del movimiento. En el litigio del tribunal estatal sobre la restricción matrimonial en Nueva York,⁸² el Tribunal de Apelaciones aplicó una revisión de base racional y determinó que el requisito de sexo diferente no violaba la Constitución estatal.⁸³ En una "opinión de pluralidad", es decir, que no tuvo suficientes votos para alcanzar una mayoría, el tribunal invocó la metodología tradicional del derecho de familia, basándose en "el supuesto indiscutible de que el matrimonio es importante para el bienestar de la niñez".⁸⁴ Sobre esta base, sostuvo que la legislatura podría decidir racionalmente que las parejas de sexo diferente tienen muchas más probabilidades de procrear que las parejas del mismo sexo y podría tratar de estabilizar estas familias para canalizar la procreación hacia el matrimonio.⁸⁵ El tribunal también sostuvo que la legislatura podría concluir racionalmente que es mejor que

⁷⁸ Véase la nota *infra* 202.

⁷⁹ Véase el texto *infra* que acompaña a las notas 97, 112. Para un resumen de los estudios subyacentes, véase Ball, Carlos A. "Social science studies and the children of lesbians and gay men: the rational basis perspective", *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 21, pp. 691, 702-715, 2013.

⁸⁰ Véase el texto *infra* que acompaña a la nota 97.

⁸¹ Véase el texto *infra* que acompaña a las notas 97 a 98, 112.

⁸² Véase *Hernández v. Robles*, 855 N.E.2d 1, 5 (N.Y. 2006) (describe la historia de este litigio y señala que los tribunales de primera instancia en cuatro casos concedieron un juicio sumario, uno a favor de los demandantes que impugnan la ley de Nueva York y tres a favor del Estado).

⁸³ Véase *id.* Pp. 9-12.

⁸⁴ *Id.* P. 7.

⁸⁵ *Id.*

un niño o niña crezca con un hombre y una mujer siendo sus dos padres.⁸⁶ El tribunal no citó evidencia, en su lugar, afirmó que "la intuición y la experiencia sugieren que la niñez se beneficia de tener ante sus ojos, todos los días, modelos vivos de cómo son tanto un hombre como una mujer".⁸⁷ En respuesta al argumento de la parte demandante de que era objetivamente falso el planteamiento del entorno óptimo para la crianza de los hijos e hijas, el tribunal desestimó cualquier evidencia de ciencias sociales como no concluyente, y por lo tanto, "la Legislatura podría pensar racionalmente lo contrario".⁸⁸

Sin embargo, en muchos otros casos, la evidencia empírica jugó un papel crítico.⁸⁹ A menudo, los tribunales consideraron esta evidencia en un juicio sumario,⁹⁰ pero en dos de los tres casos que llegaron a la Corte Suprema de los Estados Unidos, el tribunal de primera instancia llevó a cabo largos juicios, desarrollando un rico registro fáctico que en gran medida se basó en evidencia empírica.⁹¹ En el primer caso, *Perry v.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.* Pp. 7-8 ("[L]os estudios ... no establecen más allá de toda duda que las y los niños se desarrollan igual de bien en los hogares de parejas del mismo sexo y del sexo opuesto. A falta de evidencia científica concluyente, la legislatura podría proceder de forma racional sobre la premisa de sentido común de que a los niños les irá lo mejor posible con una madre y un padre en el hogar.").

⁸⁹ Véase, por ejemplo, *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, 896, 899-901 (Iowa 2009) (aplicando un escrutinio intermedio a la restricción del matrimonio en Iowa y concluyendo que la justificación gubernamental de que los progenitores de diferente sexo proporcionan a las y los niños el ambiente de crianza óptimo no pasó). En una de las últimas decisiones del tribunal inferior en la que se anulaban los requisitos del matrimonio de parejas del mismo sexo, el juez Posner desacreditó los argumentos realizados por Indiana y Wisconsin en apoyo de sus restricciones al matrimonio: él concluyó que "para justificar la discriminación por motivos de orientación sexual, es necesario algo más que la conjetura sin fundamento de que el matrimonio entre personas del mismo sexo dañará al matrimonio heterosexual o a las y los niños o a cualquier otro interés válido e importante de un Estado." *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648, 671 (7th Cir. 2014). De hecho, halló que "los argumentos esgrimidos por Indiana y Wisconsin para justificar sus políticas discriminatorias no sólo son conjeturas; sino que son totalmente inverosímiles". *Id.*

⁹⁰ Véase *Varnum*, 763 N.W.2d p. 899 (cita la "abundancia de evidencia e investigación que apoya la posición de que los intereses de la niñez se abordan de igual manera por los progenitores del mismo sexo y los de sexos opuestos" y observando que las «opiniones de la parentalidad de género dual es el ambiente óptimo para los niños» carecen «ampliamente de evidencias proporcionadas por estudios científicos confiables»).

⁹¹ Esta sección analiza los juicios en *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 929 (N.D. Cal. 2010), *aff'd sub nom. Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012), anulado y devuelto sub nom.

Schwarzenegger, el tribunal de primera instancia celebró un procedimiento de 12 días sobre el litigio federal a la enmienda constitucional de California que limitaba el matrimonio a parejas de diferentes sexos.⁹² El efecto que tiene en el desarrollo de la niñez el hecho de ser criado por dos progenitores de diferente sexo fue un tema central en el litigio.⁹³

El juicio fue, en gran parte, una batalla de expertos. La parte demandante presentó a nueve expertos, y la parte demandada, dos.⁹⁴ Los expertos de la parte demandante incluyeron a dos historiadores; una personas atestiguó sobre el significado histórico del matrimonio y la otra puso la reforma constitucional de California en el contexto histórico de la discriminación contra la gente de la comunidad LGBT. Se llamó a tres profesionales de la psicología⁹⁵ para atestiguar: uno sobre la evidencia en parentalidad LGBT, uno sobre las ventajas físicas y económicas de la unión, y uno sobre la naturaleza de la orientación sexual. Dos economistas⁹⁶ opinaron sobre los beneficios económicos de un estado derivado del matrimonio en comparación con las parejas de hecho y los beneficios económicos del matrimonio para la pareja.⁹⁷ Un epidemiólogo social testificó sobre el mayor riesgo de daños físicos y mentales para las personas homosexuales y

Hollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013), y *DeBoer v. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757, 761-68 (E.D. Mich.), rev'd, 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014), rev'd sub nom. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015). El tribunal en *Windsor* contra Estados Unidos no realizó un juicio, en cambio, otorgó un juicio sumario al demandante. Véase 833 F. Supp. 2d 394, 396 (S.D.N.Y.), aff'd, 699 F.3d 169 (2d Cir. 2012), aff'd, 133 S. Ct. 2675 (2013).

⁹² Cal. Art. Const. I, § 7.5 ("Solamente la unión entre un hombre y una mujer es válida o reconocida en California."), declarada inconstitucional en *Perry*, 704 F. Supp. 2d 921.

⁹³ Al proponer la enmienda a la Constitución estatal, la iniciativa de votación contenía lenguaje explicativo a favor de la enmienda. "[L]a mejor situación para un niño o niña es ser criado por una madre y un padre casados". Ron Prentice et al., *Argument in Favor of Proposition 8*, in *California General Election: Official Voter Information Guide, General Election Ballot 56* (2008), disponible en: <http://vig.cdn.sos.ca.gov/2008/general/pdf-guide/vig-nov-2008-principal.pdf> [<http://perma.cc/H9PQ-HXYE>]. En el juicio, los demandados continuaron esta línea de argumentación, afirmando que limitar el matrimonio a las parejas de sexo diferente "[p]romueve hogares 'estadísticamente óptimos' para la crianza de las y los hijos, es decir, los hogares en los cuales los niños y las niñas son criados por un hombre y una mujer casados entre sí". *Perry*, 704 F. Supp. 2d p. 931 (cita los escritos de los demandados).

⁹⁴ *Perry*, 704 F. Supp. 2d en 932.

⁹⁵ Véase *id.* pp. 933-937.

⁹⁶ Véase *id.* pp. 934-936.

⁹⁷ Véase *id.* pp. 934-936, 938.

lesbianas como resultado de la reforma constitucional.⁹⁸ Y un politólogo testificó sobre el grado en el que la homofobia infecta el proceso político.⁹⁹ En respuesta, autores¹⁰⁰ de la iniciativa legislativa que condujo a la reforma constitucional llevaron al fundador y al presidente del Instituto para los Valores Americanos (Institute for American Values) para opinar como experto. Éste testificó sobre el matrimonio, la paternidad y la estructura familiar, afirmando que a niñas y niños les va lo más mejor posible cuando son criados por sus progenitores biológicos, casados.¹⁰¹

El tribunal de primera instancia se involucró en un análisis extenso de esta evidencia empírica; diseccionó los componentes metodológicos y substantivos de la ciencia social subyacente, centrándose en el tamaño de la muestra, su replicabilidad, etcétera.¹⁰² El tribunal aceptó fácilmente el testimonio de los expertos de la parte demandante,¹⁰³ sin embargo, halló que las opiniones "no se apoyaron en evidencia o metodologías confiables" y por lo tanto "no se les otorgó peso".¹⁰⁴

Esta batalla probatoria fue determinante en la decisión resultante, ya que el tribunal concluyó que "[l]a evidencia del juicio no proporciona ninguna base para establecer que California tiene un interés en negarse a reconocer el matrimonio entre dos personas debido a su sexo"¹⁰⁵ y que "la evidencia presentada en el juicio socava fatalmente las premisas que

⁹⁸ Véase *id.* pp. 935-936.

⁹⁹ Véase *id.* pp. 937.

¹⁰⁰ Los demandantes habían demandado al gobernador y al fiscal general de California, así como a varios otros funcionarios de gobierno, sin embargo, ninguno de los demandados estaba dispuesto a defender la enmienda constitucional. *Id.* p. 928. Así, cinco impulsores de la enmienda constitucional argumentaron a favor de la misma. Véase *id.* pp. 928-954.

¹⁰¹ *Id.* pp. 945-950. Los impulsores también presentaron a un experto en ciencia política, que atestiguó sobre el poder político de la gente de la comunidad LGBT en California. Véase *id.* pp. 950-952.

¹⁰² El Tribunal observó, por ejemplo, que los estudios que hallaron que los padres casados y de diferente sexo proporcionan el ambiente de crianza óptimo, no exploraron los resultados para niñas y niños criados en un hogar estable con progenitores del mismo sexo, *id.* p. 935, y, por lo tanto, estos estudios "no ofrecen conclusiones sobre los resultados de niñas y niños criados por madres y padres del mismo sexo en relaciones estables y duraderas", *id.* p. 981.

¹⁰³ Véase *id.* pp. 940-944.

¹⁰⁴ *Id.* p. 950; Véase también *id.* pp. 947, 952.

¹⁰⁵ *Id.* p. 934.

subyacen las razones dadas por los proponentes para" la reforma constitucional.¹⁰⁶ En cuanto a la cuestión de la parentalidad LGBT, el tribunal halló que "[e]s igual de probable que los niños y niñas criados por padres homosexuales o lesbianas sean sanos, exitosos y bien adaptados. La investigación que apoya esta conclusión se acepta más allá de la discusión seria en el campo de la psicología del desarrollo humano".¹⁰⁷ Así, el tribunal concluyó que la restricción del matrimonio entre personas de diferente sexo de California violó la cláusula del debido proceso y la cláusula de igual protección de las leyes de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁰⁸

El juicio sin jurado de nueve días en contra de la reforma constitucional de Michigan,¹⁰⁹ *DeBoer v. Snyder*, estaba, de forma similar, repleta de testimonios de expertos y debates sobre metodología, tamaños de muestras y correlación frente a causalidad.¹¹⁰ La parte demandante introdujo evidencia empírica sobre las familias encabezadas por progenitores del mismo

¹⁰⁶ *Id.* p. 938. El tribunal de primera instancia requirió únicamente cierta evidencia para apoyar la enmienda constitucional: "Una medida de iniciativa adoptada por los votantes merece un gran respeto. Los puntos de vista y las opiniones consideradas, incluso de personas académicas y expertas más calificadas rara vez pesan más que las opiniones de los votantes. Sin embargo, cuando se les desafía, las determinaciones de los votantes deben encontrar al menos algún apoyo en la evidencia". *Id.*

¹⁰⁷ *Id.* p. 980. El tribunal de primera instancia realizó 80 constataciones de hecho, incluyendo que las y los niños criados por madres y padres del mismo sexo se benefician económica y psicológicamente cuando sus padres pueden casarse, *id.* p. 973, que el género y la orientación sexual del padre o madre no afecta el desarrollo del niño o la niña, *id.* p. 980, y que tener una madre y un padre de diferente sexo no aumenta la probabilidad de que el niño o la niña tenga un desarrollo positivo en la vida, *id.* p. 981.

¹⁰⁸ Véase *id.* pp. 991-1003.

¹⁰⁹ Constitución de Michigan Art. I, § 25 ("Para asegurar y preservar las ventajas del matrimonio para nuestra sociedad y para las generaciones futuras de niños y niñas, la unión de un hombre y de una mujer en matrimonio serán el único acuerdo reconocido como un matrimonio o unión similar para cualquier propósito."); *DeBoer v. Snyder*, 772 F.3d 388, 397 (6th Cir. 2014) (indica que el tribunal de primera instancia "llevó a cabo un juicio de nueve días sobre el tema") *rev'd sub nom.* *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

¹¹⁰ 973 F. Supp. 2d 757 (E.D. Mich. 2014), *rev'd*, 772 F.3d 388, *rev'd sub nom.* *Obergefell*, 135 S. Ct. 2584. Como en California, los demandantes en el litigio de Michigan afirmaron que la limitación violó la cláusula federal del debido proceso y la cláusula de protección igualitaria, *id.* p. 760. Michigan defendió la disposición argumentando que servía a cuatro propósitos legítimos: dar a las y los niños modelos a seguir "biológicamente conectados" de ambos sexos que son necesarios para promover un desarrollo psicológico saludable, "evitar las consecuencias no intencionadas que podrían resultar de la redefinición de matrimonio", "sostener la tradición y la moral" y encaminar la procreación hacia relaciones estables. Véase *ibid.* El tribunal asumió que el criterio de revisión era la base racional. Véase *id.* pp. 760-761.

sexo, sobre los logros académicos de niños y niñas criados por parejas del mismo sexo, y un estudio todavía en curso sobre la estabilidad en las relaciones, entre otras cosas.¹¹¹ La parte demandada introdujo evidencia empírica contrapuesta sobre los mismos temas.¹¹² Como en *Perry*, el tribunal escudriñó meticulosamente esta evidencia empírica; reconoció que los estudios de los demandantes usaron muestras de conveniencia, pequeñas, autoseleccionadas en lugar de muestras grandes y representativas, sin embargo, observó que ésta era la metodología estándar en los campos relevantes.¹¹³ En contraste, criticó la evidencia de los demandados, ya que comparaba niños que no habían experimentado una ruptura familiar con aquellos que sí. El tribunal señaló que la comparación debía hacerse entre niñas y niños criados en hogares estables con progenitores de diferente sexo y niñas y niños criados en hogares estables con progenitores del mismo sexo.¹¹⁴ El tribunal también halló que uno de los estudios principales en el que se habían basado los demandados había sido financiado por un grupo que estaba seguro de que el estudio mostraría el valor del matrimonio de diferente sexo, lo que socavó la credibilidad del estudio.¹¹⁵ Por estas razones, halló que el testimonio de los expertos de los demandados "carecía completamente de credibilidad y no merecía consideración".¹¹⁶

Esta evidencia empírica fue crítica para el fallo del tribunal, éste concluyó que la reforma constitucional de Michigan no podría ni siquiera pasar un escrutinio ordinario bajo la Cláusula de igual protección ante la ley.¹¹⁷ El tribunal rechazó los razonamientos del estado,¹¹⁸ incluyendo el argu-

¹¹¹ Véase *id.* pp. 761-764.

¹¹² Véase *id.* pp. 765-767.

¹¹³ Véase *id.* pp. 761-762.

¹¹⁴ Véase *id.* p. 765.

¹¹⁵ Véase *id.* p. 766.

¹¹⁶ *Id.* pp. 766-768. El tribunal halló que el testimonio de los tres expertos "claramente representa un punto de vista alternativo que es rechazado por la gran mayoría de sus colegas en diversos campos de las ciencias sociales". *Id.* p. 768.

¹¹⁷ Véase *id.* p. 768-679. A la luz de la postura sobre el fundamento de protección igualitaria, el tribunal rechazó abordar el argumento del debido proceso. Véase *id.* p. 768.

¹¹⁸ Véase *id.* p. 770.

mento de que los progenitores casados de diferente sexo proporcionan un ambiente óptimo para la crianza infantil; halló que no había evidencia de que niños y niñas se beneficiaran de ser criados por progenitores de diferente sexo e incluso aunque fuera verdad, llevar este argumento a su conclusión lógica podría provocar que el Estado restrinja el matrimonio a los grupos demográficos que están relacionados con malos resultados en el desarrollo de niñas y niños, como son las familias conformadas por minorías y de bajos recursos, propuesta que el tribunal llamó "absurda".¹¹⁹

Para cuando el matrimonio igualitario llegó ante la Corte Suprema, la toma de decisiones empírica en los tribunales inferiores ya había calmado ampliamente el tema de la paternidad por parte de personas del mismo sexo y los resultados en el desarrollo de niñas y niños, y no hubo razón para reavivar el debate.¹²⁰ Entonces, no es de sorprender que la

¹¹⁹ *Id.* pp. 770-772.

¹²⁰ De hecho, las personas defensoras del requisito de sexos diferentes no hicieron de la evidencia sobre la parentalidad de parejas del mismo sexo un tema central. Véase, por ejemplo, Brief of Petitioners pp. 31-48, *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013) (No. 12-144), 2013 WL 457384. En cambio, se basaron en otros argumentos, principalmente, que el Estado tiene un interés en particular en canalizar el sexo procreativo hacia el matrimonio, que la precaución aconseja un abordaje lento, y que el asunto debe dejarse en manos del proceso democrático. Véase, por ejemplo, Brief for Respondent pp. 11-35, *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) (No. 14-556), 2015 WL 1384100; *Perry Petitioners Brief*, pp. 31-61.

En *Perry*, al menos algunos de los jueces quisieron volver a revisar el tema empírico. En el argumento oral, por ejemplo, el juez Scalia observó que "hay un desacuerdo considerable entre... sociólogos en cuanto a cuáles son las consecuencias de criar a un niño o niña en una... familia de progenitores del mismo sexo, [y] si eso es dañino o no para el niño o la niña", véase la transcripción del argumento oral p. 19, *Perry*, 133 S. Ct. 2652 (no. 12-144), el 2013 WL 6908183, y "que no hay respuesta científica a esa pregunta en este momento", *id.* p. 20. El juez Kennedy reconoció que la "información sociológica es nueva" pero que la Corte debe centrarse en las lesiones a niños y niñas de padres o madres del mismo sexo, *id.* p. 21. El caso se decidió, por último, en el ámbito jurisdiccional, véase *Perry*, 133 S. Ct. en 2668, de modo que la opinión no mencionó la evidencia.

En *Obergefell v. Hodges*, aunque algunos amici abordaron la evidencia empírica directamente, véase, por ejemplo, Brief of Amicus Curiae American Sociological Association in Support of Petitioners pp. 5-27, *Obergefell*, 135 S. Ct. 2584 (No. 14-556), 2015 WL 1048442 (que aborda la evidencia empírica ampliamente); Brief of Amici Curiae the Ruth Institute y Dr. Jennifer Roback Morse, PhD, in Support of Respondents and in Opposition to Reversal pp. 21-29, *Obergefell*, 135 S. Ct. 2584 (no. 14-556), 2015 WL 1501656 (igual), ni las partes ni la Corte lo trataron en detalle, sólo y se mencionó de paso en el argumento oral. Véase la transcripción del argumento oral p. 35, *Obergefell*, 135 S. Ct. 2584 (No. 14-556), 2015 WL 2399419 (documenta un intercambio entre el juez Scalia y el fiscal general Donald Verilli sobre si "todas las pruebas muestran que no hay problema" con las parejas del mismo sexo que crían hijos e hijas).

opinión de la Corte en *Obergefell* no mencionara la evidencia subyacente sobre la parentalidad por parte de personas del mismo sexo, y en su lugar, se pusiera poético sobre la importancia del matrimonio.¹²¹ Sin embargo, aunque no estuvo al frente de la decisión, es probable que la evidencia empírica jugara un papel. Es difícil imaginar a la Corte, y al juez Kennedy en particular, aprobando el matrimonio igualitario si hubiera habido evidencia de que esta forma de familia había causado daños a la niñez.

b. Aborto

La evidencia empírica también ha jugado un papel clave en la jurisprudencia sobre aborto. La libertad fundamental de una mujer para decidir si continuar o terminar un embarazo se basa en nociones de privacidad y libertad individual,¹²² pero durante mucho tiempo la evidencia empírica ha sido clave en las decisiones que reconocen y hacen efectivo este derecho.¹²³ La evidencia empírica ha adquirido una importancia aún mayor desde 1992, cuando la prueba para determinar la constitucionalidad de una regulación del aborto se convirtió en si la restricción impone una "carga indebida" sobre el derecho a la libertad reproductiva.¹²⁴ Ésta es fundamentalmente una pregunta empírica, centrada en si el propósito

¹²¹ Véase *Obergefell*, 135 S. Ct. p. 2601 (describe el matrimonio como «una piedra angular de nuestro orden social»); véase también *id.* pp. 2594, 2608 (que argumenta que el matrimonio «encarna los ideales más altos de ...la familia» y «es esencial para nuestras esperanzas y aspiraciones más profundas»).

¹²² Véase *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 847 (1992) (opinión de pluralidad) («Es una promesa de la Constitución que hay un ámbito de libertad personal en el que el gobierno no puede entrar.»); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973) («Este derecho a la intimidad ... es lo suficientemente amplio como para abarcar la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo»).

¹²³ En *Roe v. Wade*, el Tribunal comparó los datos sobre las tasas de mortalidad de los abortos de embarazo temprano y el parto para establecer que las tasas de mortalidad materna para los abortos realizados antes del final del primer trimestre son "tan bajas o más bajas que las tasas de parto normal", 410 EE. UU. p. 149, y la prueba de viabilidad establecida en el caso se basa en una comprensión científica del desarrollo fetal, *id.* p. 163 (explicando que el estado tiene un interés imperioso en proteger la vida del feto en el punto de la viabilidad "porque el feto presumiblemente tiene la capacidad de una vida significativa fuera del útero de la madre"). Para otro ejemplo, vea *Planned Parenthood of Cent. Mo. v. Danforth*, 428 US 52, 76-79 (1976) (que invalida una prohibición estatal de un procedimiento que utiliza amniocentesis salina al confiar en datos que comparan el uso de este procedimiento y procedimientos alternativos).

¹²⁴ Véase *Casey*, 505 U.S. pp. 876-77.

o el efecto de la restricción crea un obstáculo sustancial para el ejercicio del derecho.¹²⁵

En *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, la Corte analizó las pruebas sobre las restricciones estatales, en particular el requisito de que los médicos que realizan abortos tengan privilegios de admisión en hospitales cercanos;¹²⁶ describió la evidencia del juicio, tanto el testimonio de expertos como los estudios médicos revisados por pares, y halló que los abortos son un procedimiento seguro y que las admisiones en el hospital son raras.¹²⁷ La Corte también consideró la extensa evidencia presentada en el juicio sobre que el requisito había llevado al cierre de la mitad de las instalaciones para realizarse abortos en Texas.¹²⁸ Basado en esta evidencia, concluyó que el requisito imponía un obstáculo sustancial al ejercicio del derecho.¹²⁹

En otro caso de aborto, la Corte Suprema también se basó en evidencia empírica, aunque mucho más cuestionable, para sacar conclusiones sobre las consecuencias de un aborto para la salud mental. En *Gonzales v. Carhart*, sostuvo que era permisible para un Estado prohibir un procedimiento médico, en parte porque había evidencia de que después de un

¹²⁵ Véase *id.* ("[Un] estatuto que, al promover ... [un] interés estatal válido, tiene el efecto de poner un obstáculo sustancial al camino de la elección de una mujer no puede considerarse un medio permisible de servicio a sus fines legítimos."); *id.* p. 878 ("Las regulaciones de salud innecesarias que tienen el propósito o el efecto de presentar un obstáculo sustancial a una mujer que busca un aborto imponen una carga indebida sobre el derecho.").

¹²⁶ Véase 136 S. Ct. 2292, 2310 a 11 (2016); también *Tex. Health & Safety Code Ann. § 171.0031(a)* (West 2017) («Un médico que realiza o induce un aborto ... debe, en la fecha en que se realiza o induce el aborto, tener privilegios de admisión activa en un hospital que ... se encuentre a no más de 30 millas de la ubicación en la que se realiza o induce el aborto»).

¹²⁷ Véase *Whole Woman's Health*, 136 S. Ct. p. 2310-2311.

¹²⁸ Véase *id.* p. 2312.

¹²⁹ Véase *id.* pp. 2311-2312. La otra restricción estatal en cuestión en el caso requería que los establecimientos que proporcionaban abortos cumplieran con los estándares de los centros quirúrgicos ambulatorios. Al determinar que el requisito no promovía la salud de la mujer, era innecesario y constituía un obstáculo sustancial para el ejercicio del derecho a la libertad de elección en materia de procreación, la Corte reconoció el testimonio de expertos en el juicio en el que se predijo el cierre de clínicas y determinó que si bien la predicción no se confirmó en última instancia, se había basado en el "método científico" de formular una hipótesis y luego tratar de verificar la hipótesis con nuevos estudios. Véase *id.* pp. 2314-2317.

aborto "puede seguir una depresión grave y pérdida de estima".¹³⁰ Al escribir para la mayoría, el juez Kennedy citó un escrito de *amicus* que representaba las opiniones de 181 mujeres que habían tenido un aborto y que sintieron que el procedimiento creaba "efectos adversos para la salud emocional y psicológica".¹³¹ Este escrito también citó a un grupo de trabajo de Dakota del Sur que supuestamente estableció los efectos perjudiciales para la salud mental de un aborto.¹³²

Como demuestra este último ejemplo, la confianza judicial en las pruebas empíricas no es inevitablemente un proceso neutral o exhaustivo. De hecho, en *Carhart* las partes no habían litigado extensamente los efectos de los abortos en la salud mental durante las dos semanas que duró el juicio.¹³³ Si lo hubieran hecho, los demandantes probablemente habrían presentado la abundante evidencia que concluyó que los abortos no están correlacionados con problemas de salud mental,¹³⁴ y la Suprema Corte habría tenido que lidiar con este cúmulo de pruebas más completo. La dis-

¹³⁰ 550 U.S. 124, 159 (2007) (citando Brief for Sandra Cano, the Former "Mary Doe" of *Doe v. Bolton*, et al. como *amici curiae* in Support of Petitioner en 22-24, *Carhart*, 550 U.S. 124 (No. 05-380), 2006 WL 1436684. Otra razón para prohibir el procedimiento es que una mujer podría lamentar más tarde su decisión de interrumpir un embarazo una vez que se entere de los detalles del procedimiento. *ibid.* ("Algunas mujeres llegan a lamentar su elección de abortar la vida infantil que una vez crearon y mantuvieron"); *id.* pp. 159-160 ("Es evidente que una madre que llega a lamentar su elección de abortar debe luchar con el dolor más angustiante y el dolor más profundo cuando se da cuenta de ... que permitió que un médico perforara el cráneo y aspirara el cerebro en rápido desarrollo de su hijo por nacer"). La Corte reconoció que no había pruebas que respaldaran esta decisión. Ver *id.* p. 159 ("Si bien no encontramos datos confiables para medir el fenómeno, parece insuperable concluir que algunas mujeres llegan a lamentar su elección de abortar la vida infantil que una vez crearon y mantuvieron").

¹³¹ Sandra Cano Brief, *op. cit.*, p. 1.

¹³² Véase *id.* pp. 16-21. En las notas 291 a 294 figura un análisis del grupo de trabajo.

¹³³ *Carhart v. Ashcroft*, 331 F. Supp. 2d 805, 852-1002 (D. Neb. 2004) (resume la evidencia médica en el juicio, pero mencionando los efectos psicológicos del aborto solo de pasada) *aff'd sub nom. Carhart v. Gonzales*, 413 F.3d 791 (8th Cir. 2005), *rev'd*, 550 U.S. 124 (2007).

¹³⁴ Véase Brenda Major et al., Am. Psychol. Ass'n, Report of the APA Task Force on Mental Health and Abortion 4-5 (2008), <http://www.apa.org/pi/women/programs/abortion/mental-health.pdf> [<http://perma.cc/LN5J-H76C>] ("[E]ntre mujeres adultas que han tenido un embarazo no planeado el riesgo relativo de problemas de la salud mental no es mayor si tienen un único aborto por elección en el primer trimestre, que si llevan el embarazo a término. La evidencia con respecto a los riesgos relativos de salud mental asociados con los abortos múltiples es más equívoca").

cusión a continuación vuelve a la cuestión del uso selectivo de evidencia empírica.¹³⁵

c. Violencia de pareja y el sistema de bienestar infantil

La evidencia empírica también fue un factor decisivo en un importante caso basado en derechos que afectó significativamente al sistema de bienestar infantil: el litigio sobre la práctica de la ciudad de Nueva York de responder a la violencia de pareja retirando a las y los niños de sus hogares y colocándolos en hogares de acogida.¹³⁶ En una demanda colectiva que desafió la práctica, el tribunal de distrito celebró un juicio sin jurado de 24 días, con 12 testigos expertos.¹³⁷ Éstos abordaron la investigación sobre niñez y violencia de pareja, centrándose en si presenciar violencia de pareja íntima producía efectos adversos para las infancias y si un hogar con violencia de pareja era más probable que fuera un hogar con abuso infantil.¹³⁸ Los expertos también describieron la investigación sobre los efectos perjudiciales de la remoción de la niñez, especialmente

¹³⁵ Véase sección II.B.2 *infra*.

¹³⁶ Véase *Nicholson v. Williams*, 203 F. Supp. 2d 153, 208-10, 228-29 (E.D.N.Y. 2002) (describe la práctica de la ciudad de determinar que una víctima de violencia en la pareja estaba descuidando al niño o niña). La ciudad persistió en esta práctica incluso cuando el niño o niña no había presenciado la violencia de primera mano, cuando el niño o niña no era la víctima directa del abuso y cuando la madre estaba cuidando adecuadamente al niño o niña. Véase *id.* pp. 169 a 172, 228. Para un relato de primera mano del litigio desde la perspectiva del abogado de los demandantes, véase en general Jill M. Zuccardy, *Nicholson v. Williams: El caso*, 82 *Denv. U. L. Rev.* 655 (2005).

¹³⁷ *Nicholson*, 203 F. Supp. 2d pág. 165; Zuccardy, nota 137 *supra*, p. 662 (señala que el juicio incluyó 12 testigos periciales).

¹³⁸ Véase *Nicholson*, 203 F. Supp. 2d pp. 197-198. Sobre la base de amplios estudios y de su propio trabajo, cinco expertos emitieron los siguientes dictámenes: los niños y niñas experimentan una serie de efectos negativos, desde trastornos psicológicos menores hasta síndrome de estrés posttraumático; numerosos factores influyen en la reacción de un niño o niña, incluyendo la gravedad del abuso, la proximidad de éste al abuso y la capacidad de los progenitores para apoyarlo; presenciar la violencia doméstica está correlacionado con un mayor riesgo de abuso de sustancias y violencia como adulto, pero la gran mayoría de los niños y niñas expuestos a la violencia de pareja no experimentan estos problemas como adultos; e incluso cuando los niños y niñas están expuestos a la violencia de pareja severa, si están en un lugar seguro y la violencia termina, los problemas psicológicos significativos desaparecen por completo para la mayoría. Véase *id.* Los expertos de los demandantes testificaron que aunque la violencia en la pareja y el abuso infantil a menudo ocurren juntos, casi siempre es el mismo adulto el que inflige ambos tipos de abuso; no es típicamente una situación en la que el padre golpea a una madre que luego golpea al niño. Véase *id.* p. 198.

en casos de violencia de pareja,¹³⁹ y las mejores prácticas para abordar la violencia de pareja en el sistema de bienestar infantil.¹⁴⁰

Basándose ampliamente en el testimonio de los expertos, el tribunal de distrito dictaminó que la práctica de la ciudad era inconstitucional.¹⁴¹ Aunque la decisión se acotó en la apelación¹⁴², sigue resonando en todo el sistema de bienestar infantil.¹⁴³ Además, no hay duda de que esa evidencia empírica fue crítica para el resultado del caso.¹⁴⁴

d. Individualización de las sanciones de adolescentes infractores

La evidencia empírica ha tenido un profundo efecto en la jurisprudencia de la Octava Enmienda. En una serie de casos que abordan la constitucionalidad de las sentencias por delitos cometidos por adolescentes, la

¹³⁹ *Id.* pp. 198-199. Los expertos señalaron que remover a un niño o niña de su hogar, y con ello perturbar la relación entre progenitor-hijo/hija, puede tener consecuencias extremas para la sensación de seguridad y protección del niño o niña, y que cuando éste ha sido retirado a causa de la violencia de pareja, la sensación de peligro del niño o niña a menudo aumenta porque está preocupado por el progenitor que se queda atrás. *Id.* Además, los expertos declararon que los niños y niñas a menudo se culpan a sí mismos por la remoción, lo que conduce a problemas psicológicos, y la colocación en hogares de acogida introduce un nuevo conjunto de riesgos, incluyendo el abuso y el abandono, la atención médica inadecuada y la interrupción de los contactos del niño o niña con su familia, escuela y comunidad. *Id.* p. 199.

¹⁴⁰ *Id.* pp. 200-205 (describe un amplio testimonio de expertos y un informe del Consejo Nacional de Jueces para Adolescentes y de lo Familiar). Estas pruebas sugieren al tribunal que no se debe acusar a las madres de negligencia simplemente por ser víctimas de violencia doméstica, que los perpetradores deben rendir cuentas, que se debe proteger a los niños y niñas ofreciendo servicios a la madre, que la remoción debe utilizarse sólo como último recurso y que los y los trabajadores de los servicios de bienestar infantil deben recibir una formación adecuada sobre la dinámica de estos casos. Véase *id.*

¹⁴¹ Véase *id.* pp. 233-260 (encuentra una probabilidad de éxito en cuanto al fondo de las reclamaciones de los demandantes de la Cuarta, Novena, Décima Tercera, Decimocuarta y Decimonovena Enmienda y, por lo tanto, que se dicte una orden judicial preliminar).

¹⁴² El caso tuvo una larga historia posterior no relevante para la cuestión de cómo los tribunales utilizan la evidencia empírica. Para un análisis de esta historia, véase Zuccardy, *op. cit.*, p. 669.

¹⁴³ Véase Kathleen A. Copps, *The Good, the Bad, and the Future of Nicholson v. Scoppetta: An Analysis of the Effects and Suggestions for Further Improvements*, 72 *Alb. L. Rev.* 497, 510-12, 523-25 (2009) (describe los cambios en Nueva York como resultado del litigio y cataloga la influencia de la decisión en otras jurisdicciones).

¹⁴⁴ Véase *Nicholson*, 203 F. Supp. 2d pp. 198 a 99, 250 (revisa el testimonio de expertos sobre el daño de sacar a los niños y niñas de sus hogares incluso cuando hay violencia doméstica en el hogar y concluye que «[l]a evidencia demuestra que el interés estatal imperioso en proteger a los niños y niñas» se ve obstaculizado por «las políticas de enjuiciar a las madres maltratadas y retirar a sus hijos e hijas»).

Corte Suprema se basó en gran medida en la investigación en los campos de la neurociencia, la psicología y la sociología.¹⁴⁵ La investigación subyacente muestra que aunque la estructura cerebral está principalmente desarrollada a los cinco o seis años, el cerebro continúa desarrollándose hasta la edad adulta temprana. Los neurocientíficos se han centrado en particular en la corteza prefrontal, encontrando que las y los adolescentes tienen menos previsión y control de impulsos que los adultos completamente maduros.¹⁴⁶ Además, las y los adolescentes todavía están desarrollando su carácter y personalidad, y hay muchas oportunidades para el cambio y el crecimiento.¹⁴⁷

Al trabajar con académicos de otras disciplinas, las y los juristas desempeñaron un papel fundamental en la traducción de esta investigación en reglas y principios legales.¹⁴⁸ Una de las colaboraciones más productivas

¹⁴⁵ Para una pequeña muestra de esta literatura, véase, por ejemplo, Alison S. Burke, *Under Construction: Brain Formation, Culpability, and the Criminal Justice System*, 34 *Int'l J.L. & Psychiatry* 381, 382-83 (2011) (presenta una investigación de neurociencia que indica que "el cerebro todavía está creciendo y madurando durante la adolescencia" y argumenta que acusar a los niños y niñas como adultos es demasiado punitivo); Eveline A. Crone & Maurits W. van der Molen, *Developmental Changes in Real Life Decision Making: Performance on a Gambling Task Previously Shown to Depend on the Ventromedial Prefrontal Cortex*, 25 *Developmental Neuropsychology* 251, 252 (2004) (presenta una investigación que indica que los cerebros juveniles no aprecian completamente las consecuencias futuras); Jay N. Giedd, *Structural Magnetic Resonance Imaging of the Adolescent Brain*, 1021 *Annals N.Y. Acad. Sci.* 77, 83 (2004) (señala las investigaciones que indican funciones cerebrales importantes que "inhiben los impulsos, sopesan las consecuencias de las decisiones, priorizan y formulan estrategias" están "todavía en construcción durante una década después de la agonía de la pubertad y, por lo tanto, pueden estar relacionadas con algunas de las manifestaciones conductuales de los años adolescentes"); Gogtay, Nitin et al., "Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood", *Proc. Nat'l Acad. Sci.*, 101, pp. 8174, 8178, 2004 (mapea el desarrollo del cerebro a lo largo del tiempo y señala que las regiones asociadas con tareas más complejas e integradoras se desarrollaron en último lugar).

¹⁴⁶ Véase Burke, *op. cit.*, pp. 382-383 ("Las investigaciones muestran que las y los jóvenes también tienen un cerebro no completamente desarrollado y esta diferencia puede explicar muchas discrepancias de comportamiento entre adolescentes y adultos. Debido a que el cerebro todavía se está formando y cambiando durante la adolescencia, la culpabilidad del comportamiento adolescente puede disminuir."); Crone y van der Molen, *n. op. cit.*, p. 274 (observa que los participantes en el estudio, cuando avanzan en edad, "tomaron decisiones cada vez más ventajosas"); Giedd, *op. cit.*, p. 83 (concluye que "la estructura cerebral experimenta cambios explosivos durante la adolescencia").

¹⁴⁷ Véase Laurence Steinberg, *Age of Opportunity: Lessons from the New Science of Adolescence 18-64* (2014) (argumenta que la adolescencia es un «periodo notable de reorganización cerebral y plasticidad»).

¹⁴⁸ Véase Barry C. Feld, *Adolescent Criminal Responsibility, Proportionality, and Sentencing Policy: Roper, Graham, Miller/Jackson, and the Youth Discount*, 31 *Law & Ineq.* 263, 277-283 (2013) (revisa la literatura legal, que se basa en gran medida en la investigación interdisciplinaria subyacente).

fue entre la académica legal Elizabeth Scott y la psicóloga Laurence Steinberg. En un artículo muy influyente, Scott y Steinberg establecieron un marco para un enfoque de la justicia para adolescentes que tenga en cuenta el desarrollo.¹⁴⁹ Sostuvieron que los conocimientos sobre el desarrollo deben orientar el enfoque de la delincuencia juvenil: la inmadurez de las y los adolescentes significa que no son tan moralmente culpables, su vulnerabilidad a la presión de sus pares les hace que sea difícil dejar una situación en la que se pueda cometer un delito, y sus personalidades aún en desarrollo significan que hay una oportunidad para la rehabilitación.¹⁵⁰

A partir de *Roper v. Simmons* en 2005,¹⁵¹ y a través del pronunciamiento más reciente en *Montgomery v. Louisiana* en 2016,¹⁵² la Corte se basó en gran medida en la investigación subyacente; adoptó el marco que tiene en cuenta el desarrollo propuesto por Scott y Steinberg,¹⁵³ sosteniendo que la Octava Enmienda impone limitaciones sustanciales a las sentencias por delitos cometidos por adolescentes.¹⁵⁴

e. Custodia infantil

Finalmente, la evidencia empírica está jugando un papel influyente en las decisiones contemporáneas de custodia. En las disputas de custodia

¹⁴⁹ Steinberg, Laurence y Scott, Elizabeth S., "Less guilty by reason of adolescence: developmental immaturity, diminished responsibility, and the juvenile death penalty", *Am. Psychologist*, 58, pp. 1009, 1014 (2003).

¹⁵⁰ Véase *id.*

¹⁵¹ 543 U.S. 551, 569 a 70 (2005).

¹⁵² 136 S. Ct. 718, 733 (2016).

¹⁵³ *Roper*, 543 U.S. págs. 569 a 570.

¹⁵⁴ Véase *id.* p. 578 (considera inconstitucional imponer la pena de muerte a un menor de 17 años que cometió asesinato en primer grado); véase también *Montgomery*, 136 S. Ct. Pág. 736 (sostiene que *Miller v. Alabama* se aplica retroactivamente); *Miller v. Alabama*, 132 S. Ct. 2455, 2471 (2012) (extiende parcialmente *Graham v. Florida* a menores de edad culpables de homicidio pero aclarando que la Octava Enmienda "ordena solo que quien sentencia siga un cierto proceso, considerando la juventud del adolescente infractor y las características concomitantes, antes de imponer [cadena perpetua sin libertad condicional a un menor de edad condenado por homicidio]"); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 82 (2010) ("La Constitución prohíbe [imponer] una sentencia de cadena perpetua sin libertad condicional a un adolescente infractor que no cometió homicidio. No es necesario que un Estado garantice al infractor la libertad eventual, pero si impone una pena de cadena perpetua debe darle alguna oportunidad realista de obtener la libertad").

entre progenitores, cada Estado usa alguna variante del estándar del interés superior de la niñez,¹⁵⁵ que a su vez fue moldeado por la evidencia empírica.¹⁵⁶ Este análisis da una discreción casi ilimitada al tribunal.¹⁵⁷ Como las y los académicos han demostrado,¹⁵⁸ los tribunales están mal preparados para implementar este estándar, y por lo tanto los tribunales buscan criterios más definidos, como la voluntad y capacidad de cada progenitor para fomentar una relación entre el niño o niña y el otro progenitor.¹⁵⁹

Para determinar la apertura de un progenitor a la relación continua del niño o niña con el otro progenitor, algunos tribunales han confiado en el llamado síndrome de alienación parental.¹⁶⁰ Desarrollado por un solo psicólogo basado en entrevistas únicamente con sus clientes y autopublicado sin el beneficio de la revisión por pares,¹⁶¹ el síndrome de alienación parental no está reconocido en el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM),¹⁶² y ha sido uniformemente desacreditado

¹⁵⁵ Todos los estados tienen alguna variante en el estándar del interés superior, sin embargo, hay una preferencia por el contacto continuo con ambos progenitores. Véase Glennon, Theresa, "Still partners? Examining the consequences of post-dissolution parenting", *Fam. L.Q.*, 41, pp. 105, 114-117, 2007.

¹⁵⁶ Véase Davis, *op. cit.*, pp. 1542-1549.

¹⁵⁷ Véase Mnookin, *op. cit.*, pp. 226 y 255-262.

¹⁵⁸ Véase Scott, Elizabeth S. y Emery, Robert E., "Gender politics and child custody: the puzzling persistence of the best-interests standard", *Law & Contemp. Probs.*, 1, pp. 69, 72-75, 2014 (argumenta que los tribunales a menudo no pueden obtener información verificable sobre la crianza de los hijos e hijas porque los indicadores cualitativos para determinar el interés superior, como la cercanía de la relación entre un progenitor y su hijo o hija, son altamente complejos y difíciles de evaluar, y el estándar no proporciona orientación sobre la ponderación de múltiples factores).

¹⁵⁹ Véase *id.* pp. 95-100 (discute cómo los tribunales se basan en opiniones de expertos que evalúan la violencia familiar o la "alienación parental" para evaluar las disputas de custodia).

¹⁶⁰ Para un resumen de la historia y el uso continuo del síndrome de alienación parental, consulte Meier, Joan S., "A historical perspective on parental alienation syndrome and parental alienation", *J. Child Custody*, 6, pp. 232, 235-250, 2009; Meier, Joan S. y Dickson, Sean, "Mapping gender: shedding empirical light on family courts' treatment of cases involving abuse and alienation", *35 Law & Ineq.*, 311, 316-319, (2017).

¹⁶¹ Véase Gardner, Richard A., *Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professionals*, 1986, pp. 76-104; Bruch, Carol S., "Parental alienation syndrome and alienated children-getting it wrong in child custody cases", *Child & Fam. L.Q.*, 14, pp. 381, 386-387, 2002, (señala que Gardner autopublicó la mayor parte de su trabajo). Gardner admitió que la mayoría de los estudios que apoyan su teoría se basan en la observación directa del paciente, en lugar de en experimentos y análisis estadístico. Véase Gardner, Richard A., "Commentary on Kelly and Johnston's 'the alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome'", *Fam. Ct. Rev.*, 42, pp. 611, 617-618, 2004.

¹⁶² Véase Am. Psychiatric Ass'n, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5th ed., 2013.

por las y los psicólogos.¹⁶³ A pesar de esta falta de base científica, muchos tribunales y profesionales de la salud mental, que proporcionan evaluaciones de custodia altamente influyentes a los tribunales, han invocado el síndrome de alienación parental.¹⁶⁴

A la luz de las reglas probatorias más laxas utilizadas en los tribunales familiares,¹⁶⁵ el estándar de *Daubert*, desarrollado con el propósito de distinguir la evidencia científica confiable de la no confiable,¹⁶⁶ no es una herramienta efectiva para combatir el síndrome de alienación parental. Los tribunales de familia rara vez usan ese estándar, ya sea para examinar a los peritos expertos en el tribunal o cuando se basan en informes de profesionales de salud mental que evalúan la custodia.¹⁶⁷ Como resultado, evi-

¹⁶³ Véase, por ejemplo, Emery, Robert E., "Parental alienation syndrome: proponents bear the burden of proof", *Fam. Ct. Rev.*, 43, pp. 8-9, 2005 (señala que "no ha habido réplicas independientes, objetivas o públicas de las afirmaciones de Gardner"); Johnston, Janet R. y Kelly, Joan B., "Rejoinder to Gardner's 'Commentary on Kelly and Johnston's 'the alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome'", *Fam. Ct. Rev.*, 42, p. 622, 2004 (rechaza llamar al síndrome de alienación parental "un síndrome y otorgarle el estado de una categoría de diagnóstico DSM... directamente"); Kelly, Joan B. y Johnston, Janet R., "The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome", *Fam. Ct. Rev.*, 39, pp. 249-250, 2001 ("Existe una ausencia relativa de cualquier apoyo empírico o de investigación para la identificación confiable del [síndrome de alienación parental], que no sea la experiencia clínica de Gardner (y otros proponentes) y el 'testimonio de expertos'"). Para un resumen de la investigación que concluye que el síndrome de alienación parental no tiene base científica, véase Bruch, *op. cit.*, pp. 383-389; Meier, *op. cit.*, pp. 235-240.

¹⁶⁴ Véase Bruch, *op. cit.*, pp. 387-388 (en donde se examinan los casos en que los tribunales permitieron el testimonio del síndrome de alienación parental, pero se señala que cuando Richard Gardner, el psicólogo que identificó el síndrome de alienación parental, trató de testificar, la mayoría de los tribunales desestimaron el testimonio, ya sea porque se dirigió a la determinación final de la custodia o porque el tribunal consideró que el síndrome no estaba respaldado); Meier, *op. cit.*, p. 240 (describe la ubicuidad del síndrome de alienación parental en los tribunales de familia); Scott y Emery, *op. cit.*, pp. 99-100 y n. 164 (se citan casos y se examina la continua dependencia generalizada del síndrome de alienación parental).

¹⁶⁵ Véase Meier, *op. cit.*, p. 240; Meier y Dickson, *op. cit.*, p. 319; Scott & Emery, *op. cit.*, pp. 99-100 (explica que los tribunales de lo familiar a menudo no examinan las opiniones sobre custodia de los profesionales de la salud mental, pueden creer que los profesionales son neutrales y, por lo tanto, no necesitan el escrutinio, y pueden creer que el nombramiento judicial en sí mismo es suficiente como una validación de la credibilidad científica del profesional).

¹⁶⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 589-90 (1993) (sostiene que antes de admitir el testimonio de expertos, los tribunales deben determinar que la evidencia se basa en una metodología y razonamiento científico confiable); véase también Conley, John y Moriarty, Jane, *Scientific and Expert Evidence*, 2ª ed., 2011 (explica que *Daubert* se aplica en los tribunales federales, pero que la mayoría de los estados han adoptado el estándar uno similar).

¹⁶⁷ Véase Meier, *op. cit.*, pp. 240-241 ("En un grado inquietante, los tribunales de lo familiar e incluso los tribunales de apelación están aceptando cada vez más la aplicación del [síndrome de alienación

dencia muy poco confiable y no científica continúa dominando en los tribunales de lo familiar.¹⁶⁸

2. Legislación

La evidencia empírica también juega un papel importante en la elaboración de leyes. Las legislaturas usan regularmente evidencia empírica para identificar problemas y determinar soluciones apropiadas. Cuando el Congreso aprobó la Ley de Adopción y Familias Seguras (ASFA, por sus siglas en inglés) de 1997,¹⁶⁹ se basó en una gran cantidad de evidencia empírica sobre los problemas que aquejan al sistema de bienestar infantil.¹⁷⁰ El Congreso celebró audiencias y descubrió que el sistema de bienestar infantil no estaba al servicio de los intereses de niñas y niños porque los esfuerzos de preservación de la familia mantenían a algunos en hogares peligrosos, el problema de "la derivación a hogares de acogida" (el término utilizado para describir tanto las largas estadías en hogares de acogida como la colocación en múltiples hogares) estaba empeorando, y niñas y niños estarían mejor promoviendo la adopción en lugar de la preservación familiar.¹⁷¹

parental] ... mientras eluden la cuestión de la admisibilidad"); Scott y Emery, *op. cit.*, pp. 99-100 (explica cómo "pocas jurisdicciones requieren un escrutinio sistemático" de las opiniones de los profesionales de la salud mental).

¹⁶⁸ Véase Meier, *op. cit.*, pp. 240-241; Scott y Emery, *op. cit.*, pp. 99-100. Pero la marea puede estar empezando a cambiar. Véase Eichner, Maxine, "Bad medicine: parents, the state, and the charge of 'medical child abuse'", *U.C. Davis L. Rev.*, 50, pp. 205, 271 y n. 294, 2016 (que enumera los casos en los que los tribunales, incluyendo los tribunales de lo familiar, rechazaron el síndrome de alienación parental por ser poco científico y poco confiable). Como explica Joan Meier, a pesar de que los tribunales tienen menos probabilidades de depender del síndrome de alienación parental, ahora, y todavía de manera problemática, invocan la noción relacionada de alienación parental, que no se caracteriza como un síndrome, *per se*, sino más bien como un comportamiento que pesa en contra de otorgar la custodia al padre alienante. Véase Meier, *op. cit.*, pp. 245-250.

¹⁶⁹ Ley de adopción y familias seguras de 1997, Pub. L. No. 105-89, 111 Stat. 2115 (codificado como reformado en secciones dispersas de 42 U.S.C. (2012)).

¹⁷⁰ Véase Gordon, Robert M., "drifting through Byzantium: ¡The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families Act of 1997!", *Minn. L. Rev.*, 83, pp. 637, 646-650, 1999.

¹⁷¹ Véase Promotion of Adoption, Safety, and Support for Abused and Neglected Children: Hearing Before the S. Comm. on Fin., 105th Cong. 1 a 9 (1997) (en la que se examinan las «exigencias del sistema [de bienestar infantil]» y se exploran los «puntos de presión a los que podría dirigirse la reforma»); Improving the Well-Being of Abused and Neglected Children: Hearing Before the S. Comm. on Labor & Human Res., 104th Cong. 9 a 10 (1996) (declaración de Richard J. Gelles, Director del Programa de Investigación sobre la Violencia en la Familia) (en la que se reseñan los resultados de los estudios en los que se llega a la conclusión de que los actuales esfuerzos de preservación de la familia son ineficaces); Barriers to Adoption: Hearing Before the Subcomm. on Human Res. of

El Congreso respondió a estos problemas adoptando un estándar que establezca un límite de tiempo para los esfuerzos de reunificación familiar,¹⁷² moviendo así a niños y niñas a hogares permanentes más rápidamente y haciendo que su seguridad y permanencia, en lugar de la preservación de la familia, sean las principales preocupaciones del sistema de bienestar infantil.¹⁷³ Sin embargo, al promulgar la ASFA, el Congreso se basó en evidencia empírica selecta. No se centró en la evidencia empírica sobre preocupaciones opuestas, como los riesgos que enfrenta un niño o niña en hogares de acogida o el daño para el desarrollo de separar a un niño o niña de su cuidador, especialmente durante la primera infancia.¹⁷⁴

Las legislaturas también han utilizado evidencia empírica para desarrollar respuestas a la violencia de pareja. Desde la década de 1970, las y los académicos en múltiples disciplinas han generado investigaciones significativas sobre el alcance de la violencia de pareja, los daños que causa y las respuestas efectivas.¹⁷⁵ Tanto la legislatura federal como las estatales han

the H. Comm. On Ways & Means, 104th Cong. 4-64 (1996) (considera si la intervención federal era necesaria para promover la adopción); Federal Adoption Policy: Hearing Before the Subcomm. on Human Res. of the H. Comm. on Ways & Means, 104th Cong. 4-9 (1995) (explora cómo "lograr simultáneamente los objetivos de la preservación de la familia y la adopción oportuna"); Child Welfare Programs: Hearing Before the Subcomm. on Oversight of the H. Comm. on Ways & Means, 104th Cong. 4-8 (1995) (examina las lecciones aprendidas desde la aprobación de la Ley de asistencia en materia de adopción y bienestar infantil de 1980, que requería que el Departamento de Salud y Servicios Humanos revisara el número de casos de acogimiento familiar de cada estado); véase también Gordon, *op. cit.*, pp. 646-641 (describe esta historia legislativa, incluyendo el papel del gobierno de Clinton en la tarea de impulsar al Congreso a reformar el sistema de bienestar infantil).

¹⁷² Como condición para recibir fondos federales, los estados tienen que iniciar procedimientos para poner fin a los derechos parentales de los niños y niñas que han estado en hogares de acogida durante 15 de los últimos 22 meses. Véase 42 U.S.C. § 675(5)(E).

¹⁷³ ASFA condicionó los fondos federales a los estados que desarrollaran un plan de cuidado de acogida y adopción en el que "la salud y la seguridad del niño o niña serán la principal preocupación". *Id.* § 671(a)(15)(A).

¹⁷⁴ Véase Gordon, *op. cit.*, pp. 646 y 645 (en que se describen las pruebas presentadas en apoyo de la ASFA, que no incluían material sobre esas cuestiones).

¹⁷⁵ La violencia de pareja se convirtió en una disciplina académica distinta en las décadas de 1970 y 1980, con académicos de diferentes disciplinas, incluyendo el derecho, proporcionando un marco teórico para la reforma y legitimando el estudio del problema. Véase Goodmark, Leigh, *A Troubled Marriage: Violence and the Legal System*, 2012, pp. 9-28 (describe la historia legal y académica del movimiento de violencia de pareja a partir de la década de 1970). Desde entonces, la violencia de pareja se ha convertido en un área robusta de investigación, estudiada por académicos en múltiples disciplinas, incluyendo la sociología, véase, por ejemplo, Gelles, Richard J. y Straus, Murray A., *Intimate Violence*, 1988; psicología, véase, por ejemplo, Nicolson, Paula, *Domestic Violence and Psychology: A Critical Perspective*, 2010; Kitzmann, Katherine M. et al., "Child witnesses to domestic violence: a meta-analytic review", *J. Consulting & Clinical Psychol.*, 71, 339, 2003; medicina, véase,

invocado esta evidencia para promulgar leyes para proteger a las víctimas y castigar a los perpetradores. La evidencia impulsó muchos aspectos de la Ley Federal sobre la Violencia contra las Mujeres,¹⁷⁶ disposiciones de la Ley Federal de Inmigración que abordan el incentivo para que una persona que no es ciudadana permanezca con una pareja violenta,¹⁷⁷ y leyes estatales que crean órdenes de protección civil y penal.¹⁷⁸ La evidencia empírica no siempre respalda los diversos mandatos legislativos,¹⁷⁹ pero no hay duda de que las legislaturas usan regularmente evidencia empírica para desarrollar respuestas legales a la violencia de pareja.

3. Administración

Con el lema "Llevando la inteligencia empresarial al bienestar infantil",¹⁸⁰ las agencias administrativas de todo el país comenzaron a usar análisis predictivos, que emplean estadísticas y modelos para pronosticar eventos futuros,¹⁸¹

por ejemplo, Campbell, Jacquelyn C. (ed.), *Empowering Survivors of Abuse: Health Care for Battered Women and Their Children*, 1998, y economía, véase, por ejemplo, Aizer, Anna, "The gender wage gap and domestic violence", *Am. Rev. Econ.*, 100.

¹⁷⁶ Ley sobre la violencia contra las mujeres de 1994, Pub. L. No. 103-322, 108 Estat. 1902 (codifica en su reforma, en secciones dispersas de 16, 28 y 42 U.S.C. (2012)).

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, 8 U.S.C. § 1186a(c)(4)(C) (2012) (permite que una víctima de violencia de pareja solicite por separado de su cónyuge o ex cónyuge la eliminación de la residencia condicionada); id. § 1229b(b) (2)- 4) (autoriza a una víctima de violencia de pareja a solicitar por sí misma la cancelación de la remoción en lugar de depender de un miembro de la familia).

¹⁷⁸ Véase Suk, Jeannie, "Criminal law comes home", *Yale L.J.*, 2, 13-17, 2006 (en que se describen estas órdenes).

¹⁷⁹ Véase el texto adjunto a las notas 277 a 282 (en el que se analizan las pruebas contradictorias sobre las políticas de detención obligatoria y la reincidencia).

¹⁸⁰ Innovations in Action, Eckerd Kids, disponible en <http://www.eckerd.org/about-eckerd-kids/what-were-doing/innovation-in-action/> [<http://perma.cc/8B72-7PJ4>] (fecha de última visita: 11 de septiembre de 2017).

¹⁸¹ Véase Siegel, Eric, *Predictive Analytics: The Power to Predict Who Will Click, Buy, Lie, or Die*, 2016 ("Análisis predictivo (PA)-Tecnología que aprende de la experiencia (datos) para predecir el comportamiento futuro de los individuos con el fin de impulsar mejores decisiones."); Nyce, Charles, Am. Inst. para CPCU & Ins. Inst. of Am., Predictive Analytics White Paper 1, 2007, disponible en: <http://www.the-digital-insurer.com/wp-content/uploads/2013/12/78-Predictive-Modeling-White-Paper.pdf> [<http://perma.cc/4QUQ-Y9A4>] (proporciona una descripción general del análisis predictivo). El análisis predictivo se utiliza en una infinidad de entornos, desde la atención médica hasta el marketing minorista, y por actores tanto privados como públicos. Véase Viktor Mayer-Schönberger y Kenneth Cukier, *Big Data*: 103-322, 108 Stat. 1902 123-49 (2013) (describe el uso del análisis predictivo en el sector privado); Siegel, *op. cit.*, pp. 23-45 (describe el uso del análisis predictivo de manera más amplia); Brauneis, Robert y Goodman, Ellen P., "Algorithmic transparency for the smart city", *Yale. J.L. & Tech.*, 20, 2018 (en archivo de la Columbia Law Review) (describe el uso del análisis de datos en el ámbito estatal y particularmente en el ámbito local como parte del movimiento hacia las "ciudades inteligentes").

en sus sistemas de bienestar infantil.¹⁸² Sin esta tecnología, las y los trabajadores sociales en el sistema de bienestar infantil investigan casos y toman decisiones fundamentales sobre ellos utilizando su experiencia, intuición y herramientas rudimentarias de evaluación de riesgos, sólo algunas de las cuales están validadas empíricamente.¹⁸³ La clasificación de los casos es una perspectiva desalentadora, con un estimado de cuatro millones de informes de abuso y negligencia al año,¹⁸⁴ recursos limitados y la seguridad infantil e integridad familiar en la cuerda floja.¹⁸⁵

El análisis predictivo aporta un enfoque basado en datos a este proceso.¹⁸⁶ Las agencias lo están utilizando de maneras algo diferentes, pero el modelo —desarrollado por primera vez en Nueva Zelanda en 2012— revisa los informes de abuso y negligencia y determina qué casos son más graves y,

¹⁸² Véase, por ejemplo, Gladys Carrión, Comm'r, N.Y.C. Admin. for Children's Servs., Testimony to the Commission to Eliminate Child Abuse and Neglect Fatalities 10 (6 de agosto de 2015), disponible en: http://www1.nyc.gov/assets/acs/pdf/testimony/2015/Commission_to_Eliminate_Child_Abuse_and_Neglect_Fatalities_8_5_15.pdf [<http://perma.cc/3JAR-BGXA>] (describe el uso temprano de análisis predictivos por parte de la Ciudad de Nueva York); U.S. Dep't of Health & Human Servs., Child Maltreatment 2015, pp. 133-34, 199-201 (2017), disponible en: <http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/cb/cm2015.pdf> [<http://perma.cc/5MGJ-N6MG>] (describe el uso de análisis predictivos en Connecticut y Oklahoma); Cabrera, Marquis, "Florida leverages predictive analytics to prevent child fatalities—other states follow", *Huffington Post* (21 de diciembre de 2015), disponible en: http://www.huffingtonpost.com/marquis-cabrera/florida-leverages-predictive_b_8586712.html [<http://perma.cc/ZV6T-S3C>]; Santhanam, Can Big Data Save These Children?, PBS NewsHour (22 de marzo de 2016), disponible en: <http://www.pbs.org/newshour/updates/can-big-data-save-these-children/> [<http://perma.cc/66G7-XWU2>] (describe el uso del análisis predictivo en el condado de Allegheny, que incluye Pittsburgh); Eckerdt Kids, *op. cit.* (describe el uso del análisis predictivo en Florida).

¹⁸³ En un caso típico, la agencia de bienestar infantil recibe un informe de abuso o negligencia, y un trabajador o trabajadora social investiga la reclamación y habla con los miembros de la familia, la escuela y otras personas e instituciones en la vida del niño o niña. El trabajador social luego decide si fundamentar la acusación de abuso o negligencia y así comenzar el proceso de intervención estatal en la familia. Véase Child Maltreatment, nota 183 *supra*, p. 6 (el primer paso es determinar si el informe debe examinarse para una investigación y tomar nota de que los informes se examinan por diversas razones, incluyendo la información insuficiente que figura en el informe). Para obtener una descripción de las diferentes herramientas de evaluación de riesgos actualmente en uso, consulte Gelles, Richard J., *Out of Harm's Way: Creating an Effective Child Welfare System*, 2017, pp. 104-08.

¹⁸⁴ Véase Child Maltreatment, nota 183 *supra*, p. 6 (en que se señala que el número de esos informes ha aumentado casi 16% en cuatro años).

¹⁸⁵ Véase Huntington, Clare, "Rights myopia in child welfare", *UCLA L. Rev.*, 53, pp. 637, 642-652, 2006 (describe las demandas en pugna y lo que está en juego en el sistema de bienestar infantil).

¹⁸⁶ Para obtener una excelente descripción general del uso del análisis predictivo en el sistema de bienestar infantil, así como una discusión de las muchas preocupaciones asociadas con esta práctica, consulte Church, E. Christopher y Fairchild, Amanda J., "In search of a silver bullet: child welfare's embrace of predictive analytics", *Juv. & Fam. Ct. J.*, 68, pp. 67, 68-78, 2017.

por lo tanto, merecen un seguimiento e intervención intensivos.¹⁸⁷ Después de que una agencia recibe una llamada sobre una familia en particular, el modelo extrae las bases de datos de varios sistemas gubernamentales: educación, justicia penal, salud, beneficios públicos, etcétera, para obtener información sobre la familia,¹⁸⁸ combina esto con datos demográficos, incluyendo la edad de los progenitores y los hijos e hijas, los niveles de educación y la estructura familiar, y luego agrega detalles sobre el contacto anterior que haya podido tener la familia con el sistema de bienestar infantil, incluyendo si un progenitor pasó algún tiempo en hogares de acogida.¹⁸⁹ El modelo procesa estos datos a través de un algoritmo patentado, produciendo un puntaje de riesgo para el niño o niña.¹⁹⁰

En Estados Unidos, Eckerd Kids es una organización sin fines de lucro que defiende el uso de análisis predictivos y está contratando con agencias de todo el país.¹⁹¹ Ha desarrollado su propio modelo de análisis predictivo que procesa los conjuntos de datos y analiza los factores de riesgo, incluyendo la edad del niño o niña, la presencia de un "amante" en el hogar, el historial de abuso de sustancias y violencia de pareja, y la historia de los progenitores en el sistema de bienestar infantil como niños.¹⁹² Los

¹⁸⁷ Véase Vaithianathan, Rhema et al., *Vulnerable Children: Can Administrative Data Be Used to Identify Children at Risk of Adverse Outcomes?* 2012, pp. 6-9. Disponible en: <http://www.msd.govt.nz/documents/about-msd-and-our-work/publications-resources/research/vulnerable-children/auckland-university-can-administrative-data-be-used-to-identify-children-at-risk-of-adverse-outcome.pdf> [<http://perma.cc/2YKU-WPZZ>]. El modelo también fue diseñado para trabajar en una etapa mucho más temprana, identificando a los niños y niñas en riesgo de abuso y negligencia en el momento en que un miembro de la familia solicita un beneficio público, *id.* p. 6. Ninguna agencia de bienestar infantil en Estados Unidos está usando análisis predictivos en esta etapa. *Id.*

¹⁸⁸ Véase Gusovsky, nota 183 *supra* (que describe este proceso en el condado de Los Ángeles).

¹⁸⁹ Véase Vaithianathan et al., *op. cit.*, pp. 10-11 (describe las características demográficas de la familia y el niño que se incluyen); Gusovsky, nota 183 *supra* (señala que el modelo de Los Ángeles combina información de las bases de datos con información sobre la familia porque "los expertos dicen que quien vive con el niño o niña tiene una gran, si no la mayor, influencia en su bienestar").

¹⁹⁰ Véase Vaithianathan et al., *op. cit.*, pp. 7-11 (describe cómo el algoritmo utiliza las variables para generar una puntuación de riesgo, o "la posibilidad de que el niño o niña que ha comenzado el episodio tenga un resultado adverso para alguna edad dada"); Gusovsky, *supra* nota 183 (detalla cómo el algoritmo "proporciona una puntuación de riesgo total para cada niño o niña en función de numerosos factores, así como un mapa de la red social de ese niño o niña y los puntos de datos relacionados con esas conexiones, como los antecedentes penales").

¹⁹¹ Véase Cabrera, *op. cit.* (en la que se describen los contratos de Eckerd con Alaska, Connecticut, Florida, Illinois, Maine y Oklahoma).

¹⁹² Eckerd Kids, nota 181 *supra*.

casos identificados son programados para un seguimiento intensivo, y la herramienta tecnológica también incita al trabajador social a seguir ciertos pasos recomendados.¹⁹³ Cuando se evalúa contra casos anteriores, el análisis predictivo ha sido relativamente preciso para identificar los casos que resultaron en muertes infantiles o lesiones graves,¹⁹⁴ sin embargo, tiene una alta tasa de falsos positivos.¹⁹⁵

Las agencias administrativas también usan evidencia empírica para desarrollar programas para apoyar a las familias. La abundante investigación que establece la importancia del desarrollo en la primera infancia ha sido particularmente influyente.¹⁹⁶ En ciudades y estados de todo el país, las agencias administrativas están adoptando programas para promover el desarrollo del lenguaje y otras habilidades en los primeros años de vida. En Providence, Rhode Island, la Oficina del Alcalde implementó *Providence Talks*, un programa para mejorar las habilidades lingüísticas durante la primera infancia con sesiones de entrenamiento quincenales y un "podó-

¹⁹³ Véase Cabrera, *op. cit.*, (en la que se describe la aplicación del programa de información rápida sobre la seguridad de Eckerd, que utiliza análisis predictivos para reducir la mortalidad infantil).

¹⁹⁴ Véase Vaithianathan et al., *op. cit.*, pp. 15-25 (describe la precisión de las predicciones y señala que el algoritmo tenía un área de 76% bajo la curva de características del operador receptor: se considera que un modelo con 100% del área bajo la curva tiene un ajuste perfecto en términos de poder predictivo); Santhanam, nota 183 supra (describe cómo el Condado de Allegheny encontró el modelo altamente predictivo de abuso y señala que "[e]ntre niños y niñas con la puntuación de riesgo más alta, 40 por ciento fueron retirados de sus hogares menos de un año después" y "[e]ntre aquellos con la puntuación de riesgo más baja, la probabilidad de ingresar a hogares de acogida fue de 0.3 por ciento"). Véase, en general, Putnam-Hornstein, Emily et al., "Preventing severe and fatal maltreatment: making the case for the expanded use and integration of data", *Child Welfare*, 92, pp. 64-70, 2013 (describe el modelo y los beneficios de recurrir a múltiples fuentes de datos a través de un sistema automatizado en lugar del enfoque actual).

¹⁹⁵ Véase Church y Fairchild, *op. cit.*, pp. 71-72 (discute la alta tasa de falsos positivos); Vaithianathan et al., *op. cit.*, p. 18 (observa que si se ofrecen servicios a los 3,284 niños en los dos grupos con las puntuaciones de riesgo más altas, "1,211 niños tendrán un hallazgo de maltrato antes de los 5 años y 2,073 [no lo harán]"); Heimpel, Daniel, "Uncharted waters: data analytics and child protection in Los Ángeles", *Chron. Soc. Change* (20 de julio de 2015), disponible en: <http://chronicleofsocialchange.org/featured/uncharted-waters-data-analytics-and-child-protection-in-los-angeles/10867> [<http://perma.cc/H4VA-C6WR>] (observa que cuando se aplica a los datos de Los Ángeles, el análisis predictivo identificó correctamente 76% de los casos que resultaron en muerte, casi muerte o lesiones graves, pero que el modelo también condujo a una tasa de falsos positivos de más de 95%). Una preocupación diferente es la falta de transparencia en el algoritmo. Véase Brauneis y Goodman, *op. cit.*, pp. 11-22.

¹⁹⁶ Para un resumen de esta investigación, véase Shonkoff, Jack P y Phillips, Deborah A., *Nat'l Acad. Sci., From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development*, 2000.

metro de palabras" para ayudar a los progenitores a rastrear la exposición lingüística de sus hijos e hijas.¹⁹⁷ En Oklahoma, el Departamento de Educación ofrece una gama de programas y servicios para la primera infancia diseñados para preparar a la niñez para el jardín de infantes.¹⁹⁸ Y en múltiples ciudades y estados, las agencias administrativas ofrecen programas de visitas domiciliarias voluntarias para promover la salud y el aprendizaje de niños y niñas en sus primeros años de vida.¹⁹⁹ Estas agencias invocan regularmente la investigación sobre el desarrollo en la primera infancia para apoyar sus programas.²⁰⁰

III. Patrones en el giro empírico

Como ilustra la descripción anterior, hay muchos tipos de evidencia empírica en el derecho de familia. A veces, la evidencia empírica refleja estadísticas relativamente indiscutibles, como el número de niños y niñas que están siendo criados por progenitores del mismo sexo.²⁰¹ A veces,

¹⁹⁷ Acerca de Providence Talks, <http://www.providencetalks.org/about> [<http://perma.cc/3AEY-B7HY>] (última visita: 11 de septiembre de 2017).

¹⁹⁸ Early Childhood and Family Education, Okla. State Dep't of Educ., <http://sde.ok.gov/sde/early-childhood-and-family-education> [<http://perma.cc/55CB-KV3Z>] (última actualización el 17 de agosto de 2017).

¹⁹⁹ Véase, por ejemplo, Home Visiting, Mo. Dep't of Health & Senior Servs., <http://health.mo.gov/living/families/homevisiting/> [<http://perma.cc/K7KY-K9Z7>] (consultado el: 11 de septiembre de 2017).

²⁰⁰ Véase, por ejemplo, Research, Providence Talks, <http://www.providencetalks.org/research/> [<http://perma.cc/6X69-9YGZ>] (consultado el 11 de septiembre de 2017).

²⁰¹ Véase, por ejemplo, *DeBoer v. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757, 763 (E.D. Mich.) (se basa en el testimonio del demógrafo Gary Gates de que 5,300 niños en Michigan estaban siendo criados por parejas del mismo sexo), revisado, 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014), revisión sub nom. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015); *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 968 (N.D. Cal. 2010) (cita un estudio del Williams Institute para la proposición de que 18% de las parejas del mismo sexo en California están criando hijos), *aff'd sub nom. Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012), anulado y devuelto sub nom. *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013); véase también *Obergefell*, 135 S. Ct. en 2601 (basándose en datos demográficos en un informe *amicus curiae* que muestra que las parejas casadas del mismo sexo experimentan ventajas económicas a diferencia de las parejas no casadas del mismo sexo no). Las estadísticas pueden, por supuesto, ser objeto de debate. Para obtener más información sobre el conteo de familias encabezadas por padres del mismo sexo, consulte Gates, Gary J. y Steinberger, Michael D., *Same-Sex Unmarried Partner Couples in the American Community Survey: The Role of Misreporting, Miscoding and Misallocation*, 13-21, 2010 (manuscrito inédito), disponible en http://economics-files.pomona.edu/steinberger/research/Gates_Steinberger_ACS_Miscode_May2010.pdf [<http://perma.cc/3LY6-ZGGP>] (demuestra que el censo de Estados Unidos cuenta de menos y demás a los niños y niñas criados por progenitores del mismo sexo). Para un reconocimiento de la diferencia en el recuento de parejas del mismo sexo que crían hijos e hijas frente a familias encabezadas por un progenitor de la comunidad LGBT, que puede ser soltero, consulte *Same-Sex Couple and LGBT Demographic Data Interactive*, Williams Inst. (2016), disponible

está integrada en una métrica basada en datos, como la analítica predictiva. Y a menudo refleja correlaciones muy disputadas, como la relación entre la raza y el maltrato infantil²⁰² o la estructura familiar y el desarrollo de la niñez.²⁰³

Del mismo modo, la calidad de las pruebas empíricas utilizadas en el derecho de familia varía ampliamente. A veces, los estándares probatorios analizan suficientemente la calidad, como el rechazo por parte de los tribunales de primera instancia de algunas de las pruebas presentadas por los partidarios de los requisitos del matrimonio entre personas de diferente sexo.²⁰⁴ Pero a veces los tribunales, especialmente los tribunales de lo familiar, usan evidencia que no cumple con los estándares científicos, como la invocación del síndrome de alienación parental.²⁰⁵ Y tanto los tribunales como las legislaturas pueden usar evidencia que tiene motivaciones políticas y es altamente selectiva, como el hallazgo de que las mujeres que terminan un embarazo experimentan depresión y otros efectos secundarios para la salud mental.²⁰⁶

Más allá de estas diferencias, los tomadores de decisiones utilizan la evidencia empírica de varias maneras. En los litigios, las y los jueces típicamente usan evidencia empírica para establecer lo que el profesor Kenneth Culp Davis llamó de forma célebre, aunque algo confusa, hechos

en: <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/visualization/lgbtstats/?topic=LGBT#demographic> [<http://perma.cc/NE7G-MFLU>].

²⁰² Véase Annie E. Casey Found., *Disparities and Disproportionality in Child Welfare: Analysis of the Research* 7, 2011, disponible en: <http://www.aecf.org/m/resourcedoc/AECF-DisparitiesAndDisproportionalityInChildWelfare-2011.pdf> [<http://perma.cc/G9VVEUC7>] (realiza un meta análisis que examina la correlación entre la raza y el maltrato infantil); Sedlak, Andrea J. et al., U.S. Dept. of Health & Human Servs., *Supplementary Analyses of Race Differences in Child Maltreatment Rates in the NIS-4*, p. 4, 2010, disponible en: http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/opre/nis4_supp_analysis_race_diff_mar2010.pdf [<http://perma.cc/QJJ2-H9XE>] (ofrece posibles explicaciones para el hallazgo del NIS-4 de una correlación entre la raza y el maltrato infantil).

²⁰³ Véase el texto supra que acompaña a las notas 112-117.

²⁰⁴ Véase el texto supra que acompaña a las notas 105.

²⁰⁵ Véase el texto supra que acompaña a las notas 161-169.

²⁰⁶ Véase el texto supra que acompaña a las notas 131-135; el texto infra que acompaña a las notas 291-294.

legislativos.²⁰⁷ Éstos no son hechos encontrados por la legislatura (ni hechos sobre las legislaturas), sino más bien hechos sociales de fondo sobre el mundo utilizados para decidir amplias cuestiones de derecho y política.²⁰⁸ El uso de evidencia empírica para adjudicar hechos legislativos no es nuevo. Desde el *Brandeis brief* hasta el experimento de las muñecas en *Brown v. Board of Education*,²⁰⁹ los tribunales han buscado evidencia empírica para este propósito.²¹⁰

En el derecho de familia, los hechos legislativos influyen profundamente en las determinaciones judiciales de los derechos. Cuando un tribunal encuentra, con base en evidencia empírica, que niñas y niños criados por progenitores del mismo sexo se desarrollan de manera similar a aquellos criados por progenitores del mismo sexo, este hecho legislativo orienta

²⁰⁷ Véase Davis, Kenneth Culp, "An approach to problems of evidence in the administrative process", *Harv. L. Rev.*, 55, 364, pp. 402-403, 1942 (distingue hechos legislativos y adjudicatorios); Walker, Laurens y Monahan, John, "Social frameworks: a new use of social science in law", *Va. L. Rev.*, 73, pp. 559, 561-571, 1987 (describe un papel de "marco social" para la evidencia empírica: usarlo para evaluar un tema impugnado en un caso, como la confiabilidad del testimonio de un testigo ocular específico, proporcionando un contexto más amplio para comprender la confiabilidad del testimonio de un testigo ocular en general).

²⁰⁸ Véase Davis, *op. cit.*, pp. 402-403. Los tribunales pueden considerar pruebas fuera del registro para establecer hechos legislativos, pero a menudo son los demandantes quienes presentan las pruebas. Las y los defensores despliegan evidencia empírica para establecer hechos legislativos, como la introducción de evidencia sobre los beneficios económicos del matrimonio, y para establecer hechos adjudicativos, como la introducción de evidencia sobre el síndrome del bebé sacudido para mostrar que un niño o niña fue lesionado por un progenitor. Véase el texto supra que acompaña a la nota 97; el texto infra que acompaña a las notas 283-287. Las y los defensores también usan evidencia empírica para socavar el caso de un oponente, como los demandantes en los casos de matrimonio igualitario que presentan evidencia empírica sobre los resultados del niño o niña para mostrar que el sesgo, no una preocupación por el bienestar del niño o niña, fue lo que animó el requisito del matrimonio de parejas de diferente sexo. Véase el texto supra que acompaña a las notas 96-100.

²⁰⁹ Véase 347 U.S. 483, 494 & n.11 (1954) ("Cualquiera que haya sido el grado de conocimiento psicológico en el momento de *Plessy v. Ferguson*, [la conclusión de que los niños y niñas de color son perjudicados educativa y psicológicamente por la segregación] está ampliamente respaldada por la autoridad moderna."); Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality* 315-40 (1975) (describe los esfuerzos de los demandantes para construir su caso de ciencias sociales en el tribunal de primera instancia y la dificultad de demostrar que el daño psicológico proviene de la segregación legal y no del prejuicio en general).

²¹⁰ Véase Davis, Kenneth Culp, "Facts in lawmaking", *Colum. L. Rev.*, 80, pp. 931, 933-940, 1980 (argumenta que la evidencia empírica, en lo que se refiere a hechos legislativos, influye en el razonamiento constitucional). Los ejemplos incluyen el uso de evidencia sobre el tamaño del grupo y la toma de decisiones para determinar la constitucionalidad de un jurado de cinco personas, evidencia sobre pornografía y comportamiento ilegal para respaldar una regulación de zonificación, y evidencia sobre la disponibilidad de anticonceptivos y actividad sexual temprana para respaldar una ley que restringe el acceso de los menores de edad a métodos anticonceptivos. *Id.*

la sentencia del tribunal sobre la supuesta justificación del estado para limitar el matrimonio a parejas del mismo sexo.²¹¹ Cuando una corte encuentra, con base en evidencia empírica, que presenciar violencia de pareja puede ser perjudicial para niños y niñas, pero que los hogares de acogida presentan sus propios perjuicios, estos hechos legislativos ayudan al tribunal a evaluar la constitucionalidad de las políticas que sacan a los niños y niñas de los hogares en los que hay violencia en la pareja.²¹² En una variedad de contextos, entonces, las ciencias sociales y duras orientan el entendimiento judicial de las implicaciones de las normas jurídicas o las condiciones subyacentes que dan lugar a los conflictos familiares.

Los hechos legislativos difieren de los hechos adjudicativos, que son hechos específicos sobre las partes del caso concreto que se presenta ante el tribunal.²¹³ Regularmente, los tribunales también usan evidencia empírica para establecer hechos adjudicativos. Así, cuando la Corte aplicó el estándar de carga indebida en *Whole Woman's Health*, diseccionó la evidencia sobre los efectos reales de las restricciones en cuestión sobre la disponibilidad del aborto en Texas.²¹⁴

En las legislaturas, los legisladores también establecen hechos, aunque generalmente se llaman hallazgos legislativos, no hechos. Los legisladores usan evidencia empírica para establecer prioridades legislativas, comprender los contornos de un problema social dado y los posibles vínculos divinos entre las herramientas de política y los resultados preferidos.²¹⁵

Las agencias administrativas utilizan evidencia empírica para desarrollar e implementar políticas. Cuando una agencia decide sobre una prioridad,

²¹¹ Véase la sección "b. Aborto" supra.

²¹² Véase la sección "c. Violencia de pareja y el sistema de bienestar infantil" supra.

²¹³ Véase Davis, "Problems of evidence", pp. 402-403

²¹⁴ Véase el texto supra que acompaña a las notas 127-130.

²¹⁵ Existe una considerable literatura sobre la competencia institucional comparativa de los poderes legislativos, en comparación con los tribunales, para recopilar hechos. Véase, por ejemplo, Sunstein, Cass R. y Vermeule, Adrian, "Interpretation and institutions", *Mich. L. Rev.*, 101, pp. 885, 886-887, 920-925, 2003 (comparan las capacidades institucionales de los tribunales y los órganos legislativos).

o implementa un mandato estatal, recurre a la evidencia empírica para guiar la elección de las políticas. La oficina del alcalde de Providence utilizó la investigación sobre las intervenciones efectivas en la primera infancia para diseñar los elementos del programa de *Providence Talks*.²¹⁶ Las agencias administrativas también usan evidencia empírica para distribuir recursos. Al decidir cómo asignar el tiempo de las y los trabajadores sociales en el sistema de bienestar infantil, el análisis predictivo dirige la atención a los casos de mayor riesgo.²¹⁷ Y, finalmente, las agencias administrativas usan evidencia empírica para evaluar la efectividad de sus esfuerzos. Los programas de intervención, por ejemplo, ahora incorporan regularmente mecanismos de evaluación.²¹⁸

Esta descripción del giro empírico no es para afirmar que los actores legales están utilizando sólo evidencia empírica en las instituciones de derecho de familia. Además, cuando los actores legales utilizan evidencia empírica, pueden hacerlo por una variedad de razones, como se detalla a continuación.²¹⁹ Pero no hay duda de que el derecho de familia ha acogido a la evidencia empírica, un giro que tiene considerables ventajas y desventajas, como se explora en la siguiente parte.

C. La promesa y el peligro de un derecho de familia empírico

El derecho de familia puede y debe basarse en la riqueza de la investigación sobre las familias. Hay numerosas ventajas para un derecho de familia con base empírica, y esta parte describe brevemente esos beneficios. Sin embargo, también hay motivos sustanciales de preocupación. Más allá de los problemas comunes de fiabilidad y traducción por parte de los actores legales, existen preocupaciones fundamentales sobre las múl-

²¹⁶ Véase el texto supra que acompaña a las notas 198.

²¹⁷ Véase el texto supra que acompaña a las notas 188.

²¹⁸ Véase Flowers, *op. cit.*, pp. 192-195 (que discute varios medios de evaluación de datos recabados y de implementar conocimientos).

²¹⁹ Véase infra la sección "b. Aborto".

tiples formas en que la evidencia empírica sesga la toma de decisiones. Como se argumenta en detalle en esta sección, la evidencia empírica centra la atención en los resultados de las normas jurídicas, no en los valores competidos. Proporciona cobertura política para los juicios de valor que se hacen. Y corre el riesgo de reproducir la discriminación histórica contra las familias no dominantes.

I. Los beneficios de un derecho de familia basado en evidencia

En el nivel más básico, el derecho y las políticas familiares deben basarse en una comprensión bien fundamentada de la vida familiar. Por ejemplo, un estudio periódico sobre la incidencia de los malos tratos a los niños y niñas, mandado a hacer por el Congreso, pone de manifiesto los factores de riesgo de maltrato y abandono de éstos. Ese estudio reveló que niños y niñas de familias con bajo nivel socioeconómico experimentan siete veces más abandono que niños y niñas de familias con un nivel socioeconómico más alto.²²⁰ Este es un punto de partida crítico para abordar e intentar reducir la incidencia de abandono infantil.

Más específicamente, un enfoque riguroso y basado en la investigación del derecho de familia ayuda al gobierno a ser más eficaz en sus esfuerzos, dando a los actores legales una idea más clara de dónde las aportaciones legales podrían producir resultados sociales particulares. Un estudio reciente, por ejemplo, encontró que proporcionar asesoría legal a las víctimas de violencia de pareja tenía beneficios sustanciales: con el tiempo, las mujeres reportaron una sustancialmente menor violencia física en sus vidas, un mayor bienestar psicológico y un aumento de los ingresos.²²¹

²²⁰ Véase Sedlak, Andrea J. et al., U.S. Dep't. of Health & Human Servs., Fourth National Incidence Study of Child Abuse and Neglect (NIS-4): Report to Congress 12, 2010, disponible en: http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/opre/nis4_report_exec_summ_pdf_jan2010.pdf [<http://perma.cc/EXU5-83KW>].

²²¹ Véase Copps Hartley, Carolyn y Renner, Lynette M., "The longer-term influence of civil legal services on battered women", pp. 7-8, 52-62, 2016, disponible en: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/249879.pdf> [<http://perma.cc/3PFU-HZTY>]. Como se examina en la sección "II. El giro

Otro ejemplo es el trabajo innovador de los economistas Raj Chetty y Emmanuel Saez sobre movilidad económica,²²² que ha desvelado factores específicos, particularmente la segregación racial, la concentración de la pobreza y la falta de infraestructura de transporte, que influyen profundamente en la movilidad económica.²²³ La investigación muestra los beneficios de algunos esfuerzos del gobierno, como el programa *Moving to Opportunity* (Mudándose hacia la oportunidad) del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, que ayuda a las familias a pasar de áreas de alta pobreza a vecindarios de ingresos mixtos y con mayores oportunidades.²²⁴

En relación con ello, la evidencia empírica puede orientar las inversiones estatales, promoviendo un uso más eficiente y eficaz de los escasos recursos. El economista James Heckman ha demostrado que invertir en la

empírico en la perspectiva crítica", a menudo se plantean cuestiones acerca de la metodología de un estudio y, por lo tanto, de su pertinencia para los debates jurídicos. En este estudio, por ejemplo, los investigadores no pudieron, por razones éticas y metodológicas, utilizar un grupo de control, *id.* p. 30 (explica que no sería ético asignar a algunas víctimas a un grupo de no tratamiento cuando se enfrentan a un peligro inminente y significativo). Por lo tanto, los investigadores utilizaron un método de panel de estudio, comparando el mismo grupo a lo largo del tiempo, *id.* Un beneficio relacionado es que la evidencia empírica informa los debates académicos y políticos. Un estudio empírico de los efectos de la carga de la prueba en los casos de protección de la infancia, por ejemplo, demostró que el aumento del nivel de la prueba reducía el número de informes fundamentados, lo que afectaba principalmente a los casos difíciles de probar. Véase Kahn, Nicholas E., Gupta-Kagan, Josh y Eschelbach Hansen, Mary, "The standard of proof in the substantiation of child abuse and neglect", *J. Empirical Legal Stud.*, 14, pp. 333, 356-357, 2017. Del mismo modo, la investigación sociológica que identifica una tipología de violencia de pareja, en Johnson, Michael P., *A Typology of Domestic Violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*, 2008, ha llevado a un debate sostenido sobre la tipología en sí, véase Johnson 's, Meier, *op. cit.*, pp. 4, 6, 12-16 (argumenta que los datos de Johnson no respaldan su tipología o su afirmación de que el terrorismo íntimo es un fenómeno raro e identifica fallas en la investigación y las conclusiones), y las consecuencias legales de la tipología, véase Ver Steegh, Nancy, "Differentiating types of domestic violence: implications for child custody", *La. L. Rev.*, 65, pp. 1379, 1384-1414, 2005 (contempla el efecto de la investigación de Johnson en la intervención estatal, en particular sobre la asignación de recursos y la determinación de la custodia de los hijos e hijas). En resumen, el trabajo empírico proporciona una base importante para los debates sobre la reforma legislativa.

²²² How Can We Improve Economic Opportunities for Our Children? We Use Big Data to Identify New Pathways to Upward Mobility, Equal. of Opportunity Project, <http://www.equality-of-opportunity.org/> [<http://perma.cc/M6H9-BTET>] (consultado el 11 de septiembre de 2017).

²²³ Véase Chetty, Raj et al., "Where is the land of opportunity? The geography of intergenerational mobility in the United States", *Q.J. Econ.*, 129, pp. 1553, 1554-1562, 1586-1620, 2014.

²²⁴ Véase Chetty, Raj et al., "The effects of exposure to better neighborhoods on children: new evidence from the moving to opportunity experiment", *am. Rev. Econ.*, 106, pp. 855, 870-876, 2016.

primera infancia es mucho más rentable para producir resultados deseables a largo plazo, como tasas de graduación de la escuela secundaria y tasas de ganancias de las personas adultas, que al hacer inversiones posteriores y en programas de capacitación de adultos.²²⁵ En el ámbito federal, el presidente Obama fue líder en el uso de evidencia empírica para evaluar programas gubernamentales, determinando cuáles estaban respaldados por evidencia y cuáles no y, por lo tanto, debían cambiarse o desfinanciarse.²²⁶ Obama se encontró con resistencia política, así como con inercia burocrática cuando trató de abandonar los programas,²²⁷ pero tuvo éxito en apoyar nuevos con una base de evidencia sólida, como los esfuerzos de prevención de embarazos en adolescentes.²²⁸ Como lo demuestra este ejemplo, la evidencia empírica no necesariamente supera los intereses arraigados y las preferencias políticas, pero puede estructurar el debate sobre políticas públicas y las inversiones en las familias y las infancias.

La evidencia empírica también puede justificar la intervención del Estado en las familias, superando la regla fundamental de la autonomía familiar. El sistema de bienestar infantil, por ejemplo, se basa en la comprensión empírica de que el abuso y la negligencia infantil son perjudiciales para las infancias.²²⁹ Del mismo modo, las normas jurídicas y las políticas públicas en torno a la violencia de pareja se basan en el conocimiento de que ésta tiene consecuencias negativas significativas y de gran alcance tanto para las personas como para la sociedad en general.²³⁰

²²⁵ Véase Heckman, James J., *Giving Kids a Fair Chance*, pp. 5-6, 13-41, 2013.

²²⁶ Véase Haskins, Ron y Margolis, Greg, *Show Me the Evidence: Obama's Fight for Rigor and Results in Social Policy*, pp. 2-30, 2015 (explica la política del gobierno de Obama de evaluar los programas de intervención social sobre la base de evidencia rigurosa).

²²⁷ Véase Haskins, Ron y Baron, Jon, *The Obama Administration's Evidence-Based Social Policy Initiatives: An Overview*, in *Evidence for Social Policy and Practice*, pp. 28-29, 2011, disponible en: http://www.nesta.org.uk/sites/default/files/evidence_for_social_policy_and_practice.pdf [http://perma.cc/QHX4-ZC4A] (que observa que incluso cuando una evaluación empírica encuentra que un programa es ineficaz, "no se sigue que la Administración o el Congreso tomarán medidas").

²²⁸ Véase Haskins y Margolis, *op. cit.*, pp. 67-101 (explica el enfoque del gobierno de Obama para reducir el embarazo en la adolescencia).

²²⁹ Véase Weithorn, *op. cit.*, pp. 55-60 (describe la labor de Henry Kempe para establecer el síndrome del niño maltratado y el papel de esta investigación en el estímulo de la creación del sistema moderno de bienestar infantil).

²³⁰ S. Rep. No. 103-138, pt. 3, en 41-42 (1993) (que cita evidencia sobre la tasa de violencia de pareja y el costo resultante y señalando que "gastamos \$5 a \$10 mil millones al año en atención médica, justicia penal y otros costos sociales de la violencia doméstica").

Además, recurrir a la evidencia empírica puede ayudar a desenmascarar los prejuicios y ayudar a desplazar los estereotipos. Una imagen cultural persistente es la familia negra disfuncional y particularmente el padre negro ausente.²³¹ La evidencia empírica reciente, tanto cualitativa como cuantitativa, desafía este estereotipo. En comparación con los hombres blancos y los latinos, los hombres negros que no viven con sus hijos e hijas son más propensos a mantener mejores relaciones de coparentalidad con las madres de éstos y tienen más probabilidades de estar involucrados con ellos.²³² Otro ejemplo es la evidencia producida en los casos de matrimonio igualitario que quitó un sesgo. En *Perry*, uno de los proponentes de la reforma constitucional de California fue el secretario del Movimiento de Oración de Retorno a Dios de Estados Unidos, que operaba un sitio web que contenía declaraciones instando a la gente a votar a favor de la enmienda porque "los homosexuales son doce veces más propensos a abusar de los niños y niñas".²³³ El tribunal de primera instancia utilizó pruebas presentadas en el juicio para refutar éste y otros estereotipos.²³⁴ Del mismo modo, los tribunales de primera instancia

²³¹ Véase Office of Policy Planning & Research, U.S. Dep 't of Labor, *The Negro Family: The Case for National Action* 5, 47 (1965), <http://web.stanford.edu/~mrosenfe/ Moynihan%27s%20The%20Negro%20Family.pdf> [<http://perma.cc/2SMA-6M6R>] (argumenta que medidas como la Ley de Derechos Civiles de 1964 eran insuficientes para asegurar la plena participación de los afroamericanos en la sociedad y culpando en parte "el deterioro de la familia negra" a su "maraña de patología... capaz de perpetuarse sin la asistencia del mundo blanco, aunque también señalando el gran contexto de "tres siglos de injusticia").

²³² Véase Edin, Kathryn y Nelson, Timothy J., *Doing the Best I Can: Parenthood in the Inner City*, p. 215, 2013 ("Nuestros padres negros están más involucrados que los padres blancos con sus hijos e hijas, especialmente cuando los niños y niñas son más pequeños."); Carlson, Marcia J. et al., "Coparenting and nonresident fathers' involvement with young children after a non-marital birth", *Demography*, 45, pp. 461, 473, 2008 (los hombres negros tenían más probabilidades que los hombres blancos o hispanos de haber mantenido contacto con sus hijos); Lerman, Robert I., "Capabilities and contributions of unwed fathers", *Future Child.*, pp. 63, 64, 75, 2010 ("Los padres negros tienen más probabilidades que los padres blancos e hispanos de mantener un contacto cercano con sus hijos e hijas, especialmente en los casos en que el padre no se casa ni cohabita con la madre").

²³³ *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 937 (S.F. Cal. 2010) (citando la transcripción del juicio páginas 1919-22), ratificado sub nom. *Perry v. Brown*, 671 F3d 1052 (9th Cir. 2012), anulado y devuelto sub nom. *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013); véase también *id.* pp. 982-983 (utiliza evidencia para refutar los estereotipos "de que las personas gays y lesbianas son ricas, absortas en sí mismas e incapaces de formar relaciones íntimas a largo plazo" y que son "vectores de enfermedades o ... abusadores de niños y niñas que reclutan a niñas y niños pequeños hacia la homosexualidad").

²³⁴ Véase *id.* pp. 982-985 (no hay evidencia que respalde este estereotipo).

utilizaron el estándar de *Daubert* para desestimar el testimonio de expertos que estaba basado en prejuicios en lugar de evidencia empírica científicamente fundamentada.²³⁵

Finalmente, un derecho de familia con base empírica ayuda a proporcionar un contrapeso a las batallas políticamente tensas sobre la regulación familiar. La evidencia abrumadora ha demostrado que las vacunas infantiles promueven la salud individual y comunitaria.²³⁶ Hay riesgos individuales para los niños y niñas,²³⁷ pero no hay evidencia creíble de que las vacunas durante la primera infancia causen daño generalizado entre los niños y niñas o que contribuyan a condiciones como el autismo.²³⁸ Con base en esta evidencia, grupos profesionales, como la Academia Americana de Pediatras, han declarado su apoyo incondicional para vacunar a las y los niños pequeños.²³⁹ La evidencia empírica no combate fácilmente la cognición motivada,²⁴⁰ y, por lo tanto, no ha necesariamente cambiado las

²³⁵ Véase *id.* p. 948 (rechaza el testimonio del fundador del think tank, David Blankenhorn, porque "nada en el expediente que no sea la 'certeza atrevida' de Blankenhorn sugiere que la investigación de Blankenhorn sobre el matrimonio se ha llevado a cabo con el 'mismo nivel de rigor intelectual' que caracteriza la práctica de los antropólogos, sociólogos o psicólogos" —citando primero *Daubert v. Merrell Dow Pharm.*, 43 F.3d 1311, 1316 (9th Cir. 1995) (en prisión preventiva); luego citando *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 152 1999—).

²³⁶ Véase Disease Control & Prevention, Why Are Childhood Vaccines So Important?, Vaccines & Immunizations, <http://www.cdc.gov/vaccines/vac-gen/howvvpd.htm> [<http://perma.cc/928E-7EQZ>] (última actualización el 18 de agosto de 2017) (explica que las vacunas han evitado innumerables casos de enfermedades y salvado millones de vidas).

²³⁷ Véase Disease Control & Prevention, Who Should NOT Get Vaccinated with These Vaccines?, Vaccines & Preventable Diseases, disponible en: <http://www.cdc.gov/vaccines/vpd/should-not-vacc.html> [<http://perma.cc/3S5Q-DRY2>] (última actualización el 8 de mayo de 2017) (especifica las circunstancias en las que ciertos niños y niñas no deben vacunarse, a menudo debido a alergias o afecciones médicas subyacentes).

²³⁸ Véase Disease Control & Prevention, Vaccines Do Not Cause Autism, Vaccine Safety, disponible en: <http://www.cdc.gov/vaccinesafety/concerns/autism.html> [<http://perma.cc/9YKE-R9ZG>] (última actualización el 23 de noviembre de 2015).

²³⁹ Remley, Karen, "American academy of pediatrics reiterates safety and importance of vaccines, Am. Acad. of Pediatrics" (17 de septiembre de 2015), disponible en: <http://www.aap.org/en-us/about-the-aap/aap-press-room/pages/American-Academy-of-Pediatrics-Reiterates-Safety-and-Importance-of-Vaccines.aspx> [<http://perma.cc/R7KJ-ZAWQ>].

²⁴⁰ Véase Balcetis, Emily y Dunning, David, "See what you want to see: motivational influences on visual perception", *J. Personality & Soc. Psychol.*, 91, pp. 612, 612-613, 2006 (describe el hallazgo de la literatura de que las personas perciben el mundo que les rodea, incluyendo la información fáctica, de una manera coherente con sus creencias); Proyecto de cognición cultural en la Facultad de Derecho de Yale, disponible en: <http://www.culturalcognition.net/> [<http://perma.cc/NP8A-5U8Y>] (consultado el 11 de septiembre de 2017) ("La cognición cultural se refiere a la tendencia de los

mentales de aquellos que se oponen vehementemente a las vacunas infantiles.²⁴¹ La evidencia tampoco supera siempre las preferencias políticas.²⁴² Pero la evidencia empírica ha ayudado a influir en las políticas públicas, con estados como California endureciendo las bases para exenciones legales.²⁴³ En términos más generales, la amplia disponibilidad de datos y trabajo en economía conductual y otros campos que muestran que la toma de decisiones humana es propensa a múltiples sesgos ha alentado el uso de evidencia empírica y la toma de decisiones basada en datos.²⁴⁴ La dependencia en los sectores público, privado y sin fines de lucro de datos, algoritmos, etcétera, es un intento de corregir estos sesgos e imperfecciones. En resumen, la evidencia empírica tiene el potencial —incluso si no siempre cumple— de ayudar a despolitizar los debates y centrar la atención en soluciones viables.²⁴⁵

individuos a ajustar sus creencias sobre cuestiones de hecho controvertidas (por ejemplo, si los seres humanos están causando el calentamiento global; si la pena de muerte disuade a la gente de asesinar; si el control de armas hace que la sociedad sea más segura o menos) a valores que definen sus identidades culturales"). Para un ejemplo de derecho de familia, véase The Cultural Cognition Project en la Facultad de Derecho de Yale, Cultural Cognition of Gay and Lesbian Parenting: Summary of First Round Data Collection 16, disponible en: <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/386437/4705742/1264041920357/Stage+1+Report.pdf?token=s1fuz1P6cvBYibVBP2pLhKH7oBQ%3D> [<http://perma.cc/5A5D-RSZT>] (consultado el 11 de septiembre de 2017) ("La mayoría de los estadounidenses dicen que su posición sobre la adopción de personas gays y lesbianas se centra en el bienestar de la niñez. Sin embargo, pocos dicen que cambiarían de opinión si se les mostrara evidencia convincente contraria").

²⁴¹ Véase, por ejemplo, Autism and the Vaccine Debate, Focus for Health, disponible en: <http://www.focusforhealth.org/autism-and-vaccine-debate/> [<http://perma.cc/5C45-ZUXC>] (consultado el 11 de septiembre de 2017) («El debate sobre si las vacunas contribuyen o no al desarrollo del autismo está lejos de resolverse»).

²⁴² Véase Shear et al., *op. cit.*, (describe cómo el entonces presidente electo Trump se reunió con Robert F. Kennedy, Jr., un escéptico de las vacunas, y le pidió que dirigiera una comisión sobre la seguridad de éstas).

²⁴³ Véase S.B. 277, 2015 Leg., Reg. Conv. (Cal. 2015) (que describe la nueva ley como una que "elimina la exención de los requisitos de inmunización específicos existentes basados en creencias personales").

²⁴⁴ Véase Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, pp. 3-15, 2011 (muestra cómo la toma de decisiones humana refleja prejuicios múltiples y predecibles); Mayer-Schönberger y Cukier, *op. cit.*, pp. 6-18 (analiza el papel del big data en "la búsqueda de la humanidad para cuantificar y comprender el mundo").

²⁴⁵ Para otro ejemplo, véase Huntington, Clare, "Postmarital family law: a legal structure for non-marital families", *Stan. L. Rev.*, 67, pp. 167, 184-191, 2015 (describe el debate sobre los resultados de los niños y niñas y la estructura familiar, y analiza la creciente evidencia de que la estructura familiar en sí misma, y no sólo la pobreza y otras características que a menudo acompañan la procreación no matrimonial, contribuyen a peores resultados en el desarrollo infantil).

II. El giro empírico en perspectiva crítica

A pesar de los muchos beneficios del derecho de familia con base empírica, también hay preocupaciones importantes. Esta sección se apoya en la literatura más amplia sobre la toma de decisiones con base en evidencia e impulsada por datos para identificar y explorar lo que es preocupante y tenso del giro empírico en el derecho de familia.²⁴⁶ Esta sección identifica los umbrales de preocupación sobre la calidad de la investigación y la capacidad de los actores legales para usar evidencia empírica. Estas preocupaciones no son particularmente nuevas, por lo que se describen estos problemas con rapidez. La sección luego se dirige al corazón del ensayo, argumentando que incluso en un mundo con información perfecta, con actores legales bien entrenados en el uso de evidencia, el giro empírico puede influir en la toma de decisiones de maneras problemáticas.

1. Confiabilidad y traducción

Mucha evidencia empírica sobre la familia es menos confiable de lo que un observador casual podría concluir. La pregunta más fundamental es si la evidencia empírica sobre las familias, especialmente la evidencia de las ciencias sociales, satisface las normas científicas básicas. Las preocupaciones metodológicas abundan. Como se señaló en las decisiones de matrimonio igualitario, muchos estudios sobre la familia utilizan pequeñas

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, Best, Joel, *Damned Lies and Statistics: Untangling Numbers from the Media, Politicians, and Activists*, p. 32, 2001 (explica que muchas estadísticas se producen de manera inexacta, adivinando o confiando en muestras, mediciones o definiciones defectuosas); O'Neil, Cathy, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, pp. 7-8, 10, 12, 2016 (argumenta que las "armas de destrucción matemática" son modelos que se perpetúan a sí mismos que funcionan a granel, se confía en ellos a pesar del hecho de que son propensos al error y afectan una serie de decisiones, incluyendo la publicidad y las condenas a prisión). Para una de las críticas fundacionales del empirismo dentro del derecho, véase Epstein, Lee y King, Gary, "The rules of inference", *U. Chi. L. Rev.*, 69, pp. 1, 6-7, 23, 87, 125-127, 131, 211-212, 2002 (argumenta que las y los juristas a menudo no siguen las mismas reglas de inferencia que se utilizan en las ciencias sociales y naturales, dan conclusiones "demasiado seguras", no abordan los sesgos de selección, excluyen los análisis de confiabilidad, carecen de revisión por pares y documentación de fuentes de datos y confían en un muestreo aleatorio inadecuado).

y convenientes muestras y no grandes y transversales secciones de la población.²⁴⁷ Además, debido a preocupaciones éticas, los sujetos no se asignan aleatoriamente a grupos de control e intervención. No sería ético, por ejemplo, sacar a algunos niños o niñas de hogares que se considera que representan una amenaza para su seguridad física y dejar a otro grupo de infantes en hogares con el mismo nivel de amenaza percibido. Por lo tanto, cuando las y los investigadores comparan los resultados para los niños y niñas colocados en hogares de acogida y los que se quedan en casa, no están comparando grupos similares.²⁴⁸

Por el contrario, cuando el Estado ofrece un beneficio limitado, por ejemplo, espacios en un programa de educación infantil temprana, puede asignar participantes al azar. Pero incluso entonces, y de nuevo por razones éticas, el Estado a menudo recomendará que las familias en el grupo control reciban otro tipo de intervención. Esto es de hecho lo que sucedió con los estudios del Programa *Head Start* (que promueve la preparación escolar de niños y niñas pequeños de familias de bajos ingresos) y puede ser una de las razones por las que estos estudios muestran un impacto modesto para el programa: la comparación no fue entre el Programa *Head Start* y ningún preescolar, sino entre dicho programa y un programa diferente.²⁴⁹ Hay muchas otras razones por las que la

²⁴⁷ Véase el texto supra que acompaña a la nota 114. El Estudio de Familias Frágiles y Bienestar Infantil es una excepción notable. Véase el infra texto que acompaña a las notas 272 a 274.

²⁴⁸ Para una discusión de estos desafíos, véase Doyle, Jr., Joseph J., "Causal effects of foster care: an instrumental-variables approach", *Child. & Youth Servs. Rev.*, 35, pp. 1143, 1143-1144, 2013. Los investigadores tratan de dar cuenta de esto de varias maneras, *id.* (describe la posibilidad de probar los efectos causales de la remoción mediante el uso del experimento natural de diversas recomendaciones de remoción entre los trabajadores sociales y la conclusión de que, para los casos marginales, la colocación en hogares de acogida se asocia con tasas más altas de delincuencia juvenil más adelante en la vida y sin un aumento correspondiente en la seguridad infantil).

²⁴⁹ Véase U.S. Dep't Health & Hum. Servs., *Head Start Impact Study Final Report*, pp. iii-v (2010), disponible en: http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/opre/executive_summary_final.pdf [<http://perma.cc/YY6C-7G5X>] (el cual observa que 60% de los niños y niñas en el grupo de control estaban inscritos en algún tipo de programa grupal y describe el impacto del programa de educación infantil temprana, pero también observa que los efectos en gran medida no persistieron en los años escolares). De hecho, cuando los investigadores estudian el impacto de los programas de la primera infancia en su conjunto, hay beneficios marcados, tanto a corto como a largo plazo. Véase Karoly, Lynn A., Kilburn, M. Rebecca y Cannon, Jill S., *Early Childhood Interventions: Proven Results, Future Promise*, pp. 55-78, 128-129, 2005.

investigación sobre las familias puede ser menos confiable que algunas otras áreas de investigación.²⁵⁰

Otro problema que puede comprometer la fiabilidad es el sesgo. La evidencia empírica lleva un manto de objetividad, sin embargo, a pesar de la disponibilidad de estándares de investigación claros,²⁵¹ los estudios no siempre son exploraciones neutrales del mundo de las familias.²⁵² Este sesgo puede provenir de múltiples fuentes. Cuando la investigación es financiada por una entidad con un interés en la respuesta, este interés proyecta una sombra sobre la investigación.²⁵³ Además, un investigador puede influir en un estudio si tiene un compromiso ideológico, a veces reconocido, a veces no, que se filtra en el diseño del estudio y la interpretación de los resultados.²⁵⁴ Un ejemplo controvertido es la investigación sobre

²⁵⁰ Véase Emery, Robert E. et al., "'Bending' evidence for a cause: scholar-advocacy bias in family law", *Fam. Ct. Rev.*, 54, pp. 134, 135, 141-144, 2016 (observa que hay relativamente pocos investigadores familiares y, por lo tanto, relativamente pocos estudios en general y discute el debate sobre las visitas nocturnas para niños y niñas muy pequeños, que dieron lugar a sólo cuatro estudios); Sandler, Irwin et al., "Convenient and inconvenient truths in family law: preventing scholar-advocacy bias in the use of social science research for public policy", *FAM. Ct. Rev.*, 54, pp. 150-151, 2016 ("[Una] limitación importante en el uso de la investigación para dar forma a la política y la práctica en el campo del derecho de familia es la escasez de evidencia de investigación que esté lo suficientemente replicada y basada en una metodología válida para tener implicaciones claras e inequívocas para la práctica y la política").

²⁵¹ Véase Emery et al., *op. cit.*, p. 136 (señala que en la erudición en ciencias sociales "el propósito del erudito es ser, en la medida de lo posible, consciente de sí mismo y crítico sobre supuestos previos, valores personales y sesgos, dispuesto a someter hipótesis a una investigación rigurosa y pruebas falsas, y preparado para considerar interpretaciones alternativas de los datos").

²⁵² Además de los problemas identificados en el texto, los datos pueden ser defectuosos. Véase Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., "Big data 's disparate impact", *Calif. L. Rev.*, 104, pp. 671, 684, 2016 (describe las formas en que "las instituciones podrían mantener registros sistemáticamente menos exactos, precisos, oportunos y completos para ciertas clases de personas" y señala que "incluso un conjunto de datos con registros individuales de alta calidad constante puede sufrir de sesgos estadísticos que no representan diferentes grupos en proporciones precisas"); véase también Mattioli, Michael, "Disclosing big data", *Minn. L. Rev.*, 99, pp. 535, 546, 2014 ("Los datos a menudo están profundamente infundidos con los juicios subjetivos de aquellos que los recopilan y organizan").

²⁵³ Éste fue un problema en el contexto del matrimonio igualitario, con el tribunal de primera instancia en DeBoer descontando uno de los estudios centrales en los que se basaron los demandados porque había sido financiado por una parte que buscaba mostrar a los niños y niñas beneficiados cuando eran criados por progenitores de diferente sexo. Véase DeBoer v. Snyder, 973 F. Supp. 2d 757, 766 (E.D. Mich.), rev. 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014), rev sub nom. Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015).

²⁵⁴ Véase Emery et al., *op. cit.*, pp., 134, 141-144 (acuña el término "sesgo de defensa académica", definido "como el uso intencional o no intencional del lenguaje, los métodos y los enfoques de la investigación en ciencias sociales, así como la propia condición de experto, con el propósito y/o el

los esfuerzos de preservación familiar para niños y niñas en riesgo de ser colocados en hogares de acogida. Algunas personas académicas sostienen que esta investigación tiene un sesgo ideológico a favor de la preservación de la familia, lo que, a su vez, influye en el resultado.²⁵⁵

Las y los investigadores también aportan sesgos culturales en torno a la raza y la clase a su investigación, lo que puede influir en el enfoque de ésta, el diseño del estudio y la interpretación de los datos. La investigación sobre la crianza, por ejemplo, generalmente sigue una taxonomía de estilos de crianza: autoritario, democrático, permisivo y negligente.²⁵⁶ Sin embargo, esa taxonomía se basa en familias blancas de clase media y no incorpora un estilo de crianza más asociado con las mujeres negras: estricto, pero que cuida y fomenta el desarrollo.²⁵⁷ Una vez identificado, las y los investigadores pudieron determinar que este estilo de crianza está correlacionado con resultados positivos en el desarrollo de la niñez, pero antes de que se reconociera, ese estilo se subsumió en el modelo más patologizado de crianza autoritaria.²⁵⁸ De esta manera, las y los investigadores pueden interpretar algún comportamiento como patológico en lugar de simplemente adaptativo o una forma diferente de florecer.

resultado de legitimar las reclamaciones de la defensa a costa de tergiversar los hallazgos de la investigación"). Para un ejemplo de esta crítica, véase Khan, Ummni, *Antiprostitution Feminism and the Surveillance of Sex Industry Clients, in Feminist Surveillance Studies*, Dubrofsky, Rachel E. y Amielle Magnet, Shoshana (eds.), pp. 189, 193-202, 2015 (describe este problema en la investigación sobre las trabajadoras sexuales realizada por aquellos con un sesgo antiprostitución).

²⁵⁵ Véase Bartholet, Elizabeth, "Thoughts on the liberal dilemma in child welfare reform", *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 24, pp. 725, 726-727, 2016 (crítica la "fusión de investigación de políticas corruptas" y sostiene que algunos investigadores eligen programas, como la preservación de la familia, que reflejan los valores de los investigadores y luego se proponen "no para poner a prueba, sino para demostrar la eficacia de los programas" en un esfuerzo por persuadir a los responsables de políticas a adoptar el programa preferido).

²⁵⁶ Véase Baumrind, Diana, *The Development of Instrumental Competence Through Socialization, in 7 Minnesota Symposia on Child Psychology*, Pick, Anne D. (ed.), pp. 3, 13-14, 1973 (describe la taxonomía de los estilos de crianza); véase también Brooks-Gunn, Jeanne y Markman, Lisa B., "The contribution of parenting to ethnic and racial gaps in school readiness", *Future Child.*, pp. 139-148, 2005 (aplicación del plan de Baumrind a las madres negras).

²⁵⁷ Véase Brooks-Gunn & Markman, *op. cit.*, p. 148 (el cual observa que los estudios han encontrado que las madres negras exhiben, con más frecuencia, estilos de crianza de "amor duro" que las madres blancas).

²⁵⁸ *Id.*

Esta miopía cultural puede afectar profundamente a la investigación. El influyente Estudio de las Experiencias Adversas en la Infancia (ACE, por sus siglas en inglés), que analizó en gran medida a personas blancas de clase media, encontró una correlación entre el trauma y abuso basado en la familia y la salud a largo plazo.²⁵⁹ Pero cuando las y los investigadores realizaron estudios de seguimiento con una población más diversa, descubrieron que otros traumas infantiles, como experimentar discriminación, vivir en un vecindario inseguro y presenciar violencia comunitaria, también eran altamente predictivos de la salud a largo plazo.²⁶⁰ El estudio original no tuvo en cuenta estas consecuencias del racismo y la desigualdad estructurales, que afectan a las personas jóvenes de bajos ingresos y a las y los jóvenes de color, y por lo tanto, no capturó completamente las circunstancias adversas de la vida de algunos niños y niñas.²⁶¹

De forma relacionada, las y los investigadores, intencionalmente o no, pueden enmarcar la investigación para confirmar creencias preexistentes en lugar de desafiarlas. Por ejemplo, una pregunta persistente en la política de bienestar es si proporcionar apoyo material a las familias de bajos ingresos las alentará a tener más hijos e hijas.²⁶² Sin embargo, las y los inves-

²⁵⁹ Felitti, Vincent J. et al., "Relationship of childhood abuse and household dysfunction to many of the leading causes of death in adults: the Adverse Childhood Experiences (ACE) Study", *Am. J. Preventive Med.*, 14, pp. 245, 251, 1998.

²⁶⁰ Véase Cronholm, Peter F et al., "Adverse childhood experiences: expanding the concept of adversity", *Am. J. Preventive Med.*, 49, pp. 354-355, 2015 (señala otros factores comunitarios asociados con la salud a largo plazo); Finkelhor, David et al., "Improving the adverse childhood experiences study scale", *Am. J. Preventive Med.*, 167, pp. 70-71, 2013 ("Entre los predictores que faltan en el modelo del estudio ACE se encuentran el rechazo de los compañeros, la exposición a la violencia fuera de la familia, el bajo estado socioeconómico y el bajo rendimiento académico"); véase también Dowd, Nancy E., "Straight out of compton: developmental equality and a critique of the compton school litigation", *Cap. U. L. Rev.*, 45, pp. 199, 235-245, 2017 (explora esta investigación y sus implicaciones para la ley).

²⁶¹ En términos más generales, parte de la investigación fundamental sobre el desarrollo de la niñez se llevó a cabo utilizando únicamente niños y niñas blancos. Véase Guthrie, *op. cit.*, pp. 50-52; Dowd, Nancy E., "Black boys matter: developmental equality", *Hofstra L. Rev.*, 45, pp. 47, 59-61, 2016 (describe esta investigación y sus sesgos incorporados).

²⁶² Esta preocupación se refleja en las disposiciones sobre el tope familiar, que limitan las prestaciones sociales a los niños y niñas existentes. Al menos 19 estados tienen disposiciones de este tipo. Welfare Reform: Family Cap Policies, Nat'l Conference of State Legislatures (31 de enero de 2011), <http://www.ncsl.org/issues-research/human-services/welfare-reform-family-cap-policies.aspx> [http://perma.c/9UWU-UMTC]. Por ejemplo, en California hasta enero de 2017, si un niño o niña nació de una mujer que había estado recibiendo asistencia durante los 10 meses anteriores, no podía recibir apoyo

tigadores generalmente no preguntan a las familias de ingresos medios si la disponibilidad de educación pública o las casas más grandes habilitadas por la deducción de intereses hipotecarios de la vivienda las animan a tener más hijas e hijos. Puede ser que estos progenitores estén respondiendo a tales incentivos. Esto demostraría que las familias de todo el espectro de ingresos responden a los incentivos y subsidios gubernamentales, sin embargo, el hecho de no plantear la pregunta a través de las distintas clases sociales sesga la política pública. Sólo se supone que las familias de bajos ingresos poseen patologías que hay que domar.

Otro elemento de fiabilidad es si los datos están completos. Es importante preguntar qué grupos no están incluidos en un estudio. Quienes hacen investigación sobre las familias en múltiples disciplinas se basan rutinariamente en datos de la Encuesta Estadounidense sobre el Uso del Tiempo (ATUS, por sus siglas en inglés).²⁶³ Realizada por la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento de Trabajo de Estados Unidos, la ATUS mide la cantidad de tiempo que las y los participantes pasan realizando actividades específicas, incluyendo trabajo remunerado, cuidado de niños y niñas, tareas domésticas y actividades de ocio.²⁶⁴ Los datos se recopilan a través de entrevistas telefónicas.²⁶⁵ La Oficina de Estadísticas Laborales trata de incluir a las familias sin teléfonos enviándoles cartas a sus direcciones y proporcionando un número gratuito para que las personas llamen,²⁶⁶ pero no es de sorprender que la encuesta subrepresente radicalmente a personas marginadas.²⁶⁷ ATUS da así una imagen incompleta de las familias estadounidenses.

adicional para el niño o niña a menos que el embarazo fuera el resultado de una violación, incesto o "concebido como resultado de una falla anticonceptiva si la madre estaba usando un dispositivo intrauterino, un Norplant o la esterilización de cualquiera de los progenitores". Cal. Welf. & Inst. Código:§ 11450.04(b)(3) (derogado en 2017).

²⁶³ Véase, por ejemplo, Bianchi, Suzanne M. et al., *Changing Rhythms of American Family Life*, pp. 174, 223, 2006 (indica que el estudio consideró "diarios de tiempo" que se recopilaron como parte del ATUS).

²⁶⁴ Preguntas frecuentes (FAQ), U.S. Dep't of Labor, Bureau of Labor Statistics, disponible en: <http://www.bls.gov/tus/atusfaqs.htm#1> [<http://perma.cc/SC6B-23PN>] (consultado el 11 de septiembre de 2017).

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ Véase Abraham, Katharine G. et al., "Nonresponse in the American time use survey: who is missing from the data and how much does it matter?", *Pub. Opinión Q.*, 70, pp. 676, 678, 697-698,

Hay un límite respecto a lo que se conoce y, más fundamentalmente, a lo que se puede conocer.²⁶⁸ Mucha investigación en ciencias sociales, especialmente sobre la familia, no puede dar cuenta de todas las variables que afectan los resultados en el desarrollo. Existe una evidencia abrumadora de que las niñas y los niños criados por progenitores casados tienen mejor desarrollo que aquellos criados en cualquier otra estructura familiar.²⁶⁹ Una vez que se tienen en cuenta los factores que están correlacionados con la estructura familiar, particularmente los ingresos y la educación de los progenitores, las diferencias son mucho menos pronunciadas.²⁷⁰ Pero incluso entonces sigue habiendo una brecha. Las y los investigadores principales del Estudio de Familias Frágiles y Bienestar Infantil plantean la hipótesis de que la estructura familiar juega un papel causal en los resultados del desarrollo infantil porque las familias no matrimoniales experimentan niveles más altos de inestabilidad en la relación y de fertilidad de múltiples parejas; estos factores contribuyen a peores resultados porque el estrés de la relación asociado a las parejas cambiantes afecta negativamente la parentalidad.²⁷¹ Pero incluso teniendo en cuenta este papel causal de la estructura familiar, la pregunta sobre el impacto total de la estructura familiar en los resultados en el desarrollo de la niñez es en parte imposible de contestar. Después de controlar las características observables, puede haber otras no observables que afectan tanto la estructura familiar como los resultados. Una persona con fuertes habilidades interpersonales podría optar por casarse y permanecer casada, y este tipo de persona también podría ser un progenitor más efectivo. Esta característica

2006 (analiza a los encuestados y encuentra que las personas que están débilmente integradas en la comunidad son menos propensas a participar, en gran parte porque no son contactadas).

²⁶⁸ Véase Emery et al., *op. cit.*, p. 135 ("Dado el amplio alcance del derecho de familia, el uso raro de estudios de asignación aleatoria (el "estándar de oro" de la investigación científica) y el número relativamente pequeño de estudios —e investigadores— en el campo, la verdad empírica final con respecto a muchas controversias del derecho de familia a menudo es 'se necesita más investigación'").

²⁶⁹ Véase Huntington, *Failure to Flourish*, p. 64, pp. 31-34 (discute resultados en el desarrollo infantil y el estado marital parental).

²⁷⁰ *Id.* p. 37.

²⁷¹ Véase McLanahan, Sara S. y Garfinkel, Irwin, *Fragile Families: Debates, Facts, and Solutions, in Marriage at the Crossroads: Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, Garrison, Marsha y Scott, Elizabeth S. (eds.), pp. 141, 151-153, 2012.

separada impulsaría la estructura familiar y el resultado en el desarrollo del niño o niña, pero es difícil para un investigador externo identificar esta característica.²⁷² Las y los investigadores tratan de tomar en consideración este sesgo de selección de varias maneras diferentes, mas no hay una manera fácil de resolver el problema.²⁷³

Finalmente, la evidencia empírica captura sólo aquellas variables susceptibles de medición. Sin embargo, gran parte del derecho de familia y de la vida familiar no es cuantificable. Los estudios sobre los resultados en el desarrollo infantil tienden a centrarse en métricas como el progreso educativo, los ingresos de los adultos y la salud mental y física.²⁷⁴ Estos son aspectos importantes en la vida de un infante, pero también lo son los intangibles: el sentido de pertenencia, confianza y el sentirse amado, por no mencionar lo contrario de la disrupción, la desconfianza y el sentirse no deseado y no amado.²⁷⁵ El derecho de familia debe tener en cuenta estas consideraciones. Sin embargo, al medir algunos, pero no todos los aspectos sobresalientes de la vida familiar, la evidencia empírica presenta una imagen incompleta de los factores relevantes.

A los problemas de calidad y la fiabilidad se suma la realidad de que las y los actores jurídicos y abogados no son necesariamente capaces de emitir juicios matizados basados en evidencia empírica. Esto se trata en parte de la capacidad: si las y los abogados, jueces, legisladores y funcionarios del

²⁷² Véase Waldfogel, Jane et al., *Fragile Families and Child Wellbeing*, *Future Child.*, 2010, pp. 87, 92-93 ("Un desafío común en la investigación en esta área es que los progenitores que están solteros o cohabitando pueden tener atributos ... que difieren de los de los progenitores casados y que también fomentan resultados adversos para niños, niñas y adolescentes").

²⁷³ La naturaleza longitudinal del Estudio de Familias Frágiles es un intento de explicar el sesgo de selección mediante la identificación de eventos tempranos en la vida de un niño o niña, como una relación parental de alto conflicto, que son anteriores a una ruptura familiar y podrían influir por separado en los resultados del niño o niña. Véase Sigle-Rushton, Wendy y McLanahan, Sara, *Father Absence and Child Well-Being: A Critical Review*, in *The Future of the Family*, Moynihan, Daniel P. et al. (eds.), pp. 116, 127, 2004.

²⁷⁴ Véanse las notas 97 a 102 supra (en las que se describen las pruebas sobre el bienestar del niño o niña presentadas en el litigio sobre el matrimonio igualitario).

²⁷⁵ Véase, por ejemplo, Erikson, Erik H., *Growth and Crises of the Healthy Personality*, in *1 Identity and the Life Cycle*, 1959, pp. 50, 51-99 (sostiene que los individuos se desarrollan a través de ocho etapas psicosociales y que cada etapa implica la adquisición de una virtud, que incluye esperanza, voluntad, propósito, competencia, fidelidad, amor, cuidado y sabiduría).

Poder Ejecutivo tienen suficiente capacitación para comprender la investigación empírica, incluyendo las limitaciones de la mayoría de los estudios. Como se señaló, los hallazgos de las investigaciones a menudo son más tentativos de lo que los lectores legos podrían pensar. Sin embargo, quienes consumen estos estudios no siempre son conscientes de su naturaleza contingente.

Los actores jurídicos a veces adoptan políticas basadas en evidencia incompleta o preliminar. Las primeras investigaciones sobre las tasas de arresto obligatorio y la reincidencia de los perpetradores de violencia de pareja, por ejemplo, mostraron que las tasas de reincidencia disminuyeron cuando la policía tuvo que arrestar al perpetrador.²⁷⁶ Basándose en esta investigación, muchas jurisdicciones adoptaron una política de arresto obligatorio.²⁷⁷ Posteriormente, numerosos investigadores no pudieron replicar los resultados o encontraron sólo una correlación modesta.²⁷⁸ Al menos parte de la razón fue que el estudio original se centró en una población particular: hombres que estaban empleados e integrados en sus comunidades y, por lo tanto, tenían una reputación que proteger.²⁷⁹ Los sujetos de los estudios posteriores estaban desempleados y tenían menos en juego en la comunidad y, por lo tanto, posiblemente, menos incentivo para evitar el arresto.²⁸⁰ Incluso con las nuevas pruebas sobre la no generalizabilidad de la investigación original, las jurisdicciones han sido lentas en abandonar las políticas de arresto obligatorio, a pesar de las críticas considerables, particularmente de las comunidades de color, sobre el impacto perjudicial de la mayor participación de la policía.²⁸¹

²⁷⁶ Véase Brinig, *Empirical Work*, *op. cit.*, p. 1095-1096 (en que se describe esta investigación).

²⁷⁷ *Id.* ("Según el estudio de Sherman, la reforma más frecuente en estos días es el arresto obligatorio").

²⁷⁸ *Id.* p. 1096 (cita la investigación posterior). Para un excelente análisis del estudio original y los esfuerzos de reproducción, véase Maxwell, Christopher D. et al., *Nat'l Inst. of Justice, U.S. Dep't of Justice, The Effects of Arrest on Intimate Partner Violence: New Evidence from the Spouse Assault Replication Program*, 2001, disponible en: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/188199.pdf> [<http://perma.cc/S7JE-GBR5>].

²⁷⁹ Brinig, *Empirical Work*, *op. cit.*, p. 1095.

²⁸⁰ *Id.* pp. 1095-1096 ("Cuando el abusador doméstico tiene menos interés en su reputación frente a la comunidad o empleador, el arresto obligatorio puede causar mayor reincidencia, en lugar de menor").

²⁸¹ Véase, por ejemplo, Gruber, Aya, "The feminist war on crime", *Iowa L. Rev.*, 92, pp. 741, 797-798, 2007 (explica cómo "los defensores de la violencia doméstica pueden unirse en torno a la reforma

Incluso cuando los estudios parecen concluyentes, las interpretaciones y la comprensión de los datos pueden cambiar con el tiempo.²⁸² El síndrome del bebé sacudido es un ejemplo notorio. Muchos progenitores, cuidadoras y cuidadores han sido condenados por homicidio con base en evidencia aparentemente asentada de que tres factores: hemorragia de la retina, sangrado en la capa protectora del cerebro e hinchazón cerebral, son evidencia de que el cuidador sacudió al infante violentamente y le causó la muerte.²⁸³ Sin embargo, investigaciones más recientes arrojan serias dudas sobre la importancia de estos tres hallazgos clínicos, sugiriendo en lugar que la mayoría de las muertes infantiles bien pueden haber sido el resultado de otras causas, particularmente condiciones subyacentes o de lesiones cerebrales más antiguas.²⁸⁴ El sistema legal apenas está comenzando a tomar nota. Un tribunal federal anuló recientemente la condena por asesinato de una cuidadora porque no se probaron todos los elementos relevantes del delito imputado más allá de toda duda razonable (*actual innocence*), concluyendo que la evidencia para respaldar el síndrome del bebé sacudido es "más un artículo de fe que una proposición de la ciencia".²⁸⁵ Pero muchos progenitores, cuidadoras y cuidadores permanecen en prisión, condenados según lo que ahora se puede entender como hallazgos falsos.²⁸⁶

Tal vez en reconocimiento de su propia capacidad limitada para entender la evidencia empírica, los actores legales, pueden ser demasiado deferentes con las y los investigadores y, por lo tanto, a menudo no actúan como *gatekeepers* competentes. Algunas "ciencias" son pura chatarra, pero aún

de la violencia doméstica mientras continúan internalizando y perpetuando las caracterizaciones raciales de las víctimas y los delincuentes").

²⁸² Véase Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, pp. 10-22, 164-172, 1962 (el cual argumenta que la ciencia no se desarrolla en pasos acumulativos y medidos y que, en cambio, los paradigmas reinantes, la sabiduría aceptada sobre un tema en particular, en última instancia se vuelven inestables cuando son repetidamente desafiados).

²⁸³ Véase Tuerkheimer, Deborah, *Flawed Convictions: "Shaken Baby Syndrome" and the Inertia of Injustice*, 2014, pp. 1-66; Eichner, *op. cit.*, pp. 273-278 (discute el papel de los pediatras en el apoyo a la investigación y la confianza legal en la tríada de síntomas).

²⁸⁴ Véase Tuerkheimer, *op. cit.*, pp. 17-30.

²⁸⁵ *Del Prete v. Thompson*, 10 F. Supp. 3d 907, 957 n.10 (N.D. Ill. 2014).

²⁸⁶ Véase Tuerkheimer, *op. cit.*, pp. 173-193.

así pueden afectar el sistema jurídico: es el problema "entra basura, sale basura". El síndrome de alienación parental, discutido anteriormente, es un buen ejemplo. Al etiquetar algo como un "síndrome", la investigación toma el revestimiento de la ciencia.²⁸⁷ Pero el trabajo subyacente no comienza a cumplir con los estándares básicos para la investigación científica y ha sido rechazado rotundamente por las y los investigadores en múltiples campos.²⁸⁸ Aunque el sistema judicial teóricamente tiene un mecanismo de control (*gatekeeping*) para verificar la confiabilidad de este tipo de investigación —el estándar de *Daubert* y sus corolarios en los tribunales estatales— los jueces no siempre lo usan, especialmente en los tribunales familiares.²⁸⁹

El problema con el *gatekeeping* es posiblemente peor en el poder legislativo, en el que no existe una práctica aceptada para reunir y examinar la evidencia empírica de una manera que promueva la neutralidad y la confiabilidad. Para agravar el problema, los tribunales suelen remitirse a juicios legislativos, ampliando así el alcance de esas pruebas. Este aislamiento y la falta de rendición de cuentas hacen que el proceso legislativo sea particularmente susceptible a la cooptación por las fuerzas políticas o a la incompetencia. Cuando la legislatura de Dakota del Sur creó un grupo de trabajo para estudiar el aborto en el estado,²⁹⁰ el proceso se inclinó fuertemente a favor de encontrar problemas con el aborto, incluyendo la

²⁸⁷ La profesora Maxine Eichner ha documentado otro ejemplo de este fenómeno. Véase Eichner, *op. cit.*, p. 213 (critica el diagnóstico de "maltrato médico infantil"). Como demuestra Eichner, los médicos han desarrollado un nuevo diagnóstico de "maltrato médico infantil", definido como progenitores que buscan un tratamiento médico supuestamente innecesario, incluso cuando otros médicos lo han ordenado. *Id.* p. 210. Basándose en este diagnóstico, el sistema de bienestar infantil inicia procedimientos de protección infantil, que pueden conducir a la remoción de un niño o niña de su hogar, y el Estado a veces presenta cargos penales contra los progenitores. *Id.* p. 211. Los tribunales han aceptado el diagnóstico de maltrato médico como una forma distinta de maltrato infantil. *Id.* p. 219. Además de argumentar que el diagnóstico de maltrato médico infantil viola los derechos constitucionales de los progenitores a tomar decisiones médicas sobre sus hijos e hijas, y que elude la necesidad de probar el maltrato infantil real, Eichner sostiene que el diagnóstico de maltrato médico infantil se basa en "ciencia defectuosa y práctica médica defectuosa". *Id.* P. 213.

²⁸⁸ Véase nota supra 164.

²⁸⁹ Véase el texto supra que acompaña a las notas 166-169.

²⁹⁰ Véase H.B. 1233, 2005 Leg., 80th Sess. (D.S. 2005).

idea de que el aborto perjudica la salud física y mental de las mujeres.²⁹¹ Los hallazgos del grupo de trabajo proporcionaron la base para las leyes restrictivas de Dakota del Sur sobre el aborto,²⁹² y la Corte Suprema se basó en ellos indirectamente en *Gonzales v. Carhart*.²⁹³

Hay ligeramente menor preocupación en el contexto administrativo porque los tribunales tienen más libertad para actuar como controles en la toma de decisiones administrativas. Si las agencias públicas no consideran todos los aspectos de un problema, entonces los tribunales pueden anular la acción de la agencia por considerarla arbitraria y caprichosa o, en contextos de formulación de normas y adjudicación formal, por carecer de evidencia sustancial.²⁹⁴ Estos son los estándares federales predominantes, y los estándares estatales son similares,²⁹⁵ sin embargo, esta supervisión podría desempeñar un papel diferente en el ámbito local porque estas agencias generalmente no tienen los mismos recursos que los gobiernos estatales y federales. Las agencias de los gobiernos locales están profundamente involucradas en las operaciones del sistema de bienestar infantil y otros aspectos del derecho de familia, sin embargo, es menos probable que exploren todos los aspectos de un problema o tengan la capacidad de manejar la evidencia empírica de una manera cuidadosa y sofisticada.²⁹⁶

²⁹¹ Véase Reva Siegel & Sarah Blustein, *Mommy Dearest?* Am. Prospect, Oct. 2006, en 22, 22-23.

²⁹² Véase *id.*

²⁹³ Véase 550 U.S. 124, 159 (2007) (que cita a Sandra Cano Brief, nota 131 supra, pp. 22-24).

²⁹⁴ Véase la Ley de procedimiento administrativo, 5 U.S.C. § 706(2)(A) (2012) (establece que un tribunal puede anular la acción de un organismo si es "arbitraria, caprichosa, un abuso de discreción, o de otra manera no está de acuerdo con la ley"). Una agencia actúa arbitraria y caprichosamente cuando "[S]e ha basado en factores que el Congreso no ha tenido la intención de considerar, ha omitido por completo considerar un aspecto importante del problema, ofreció una explicación para su decisión que va en contra de la evidencia ante la agencia, o es tan inverosímil que no podría atribuirse a una diferencia de opinión o el producto de la experiencia de la agencia". *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 43 (1983).

²⁹⁵ Véase Bonfield, Arthur Earl, "The Federal APA and state administrative law", *Va. L. Rev.*, 72, pp. 297-302, 1986 (en el que se determinó que los Estados habían modelado sus leyes administrativas siguiendo la Ley Modelo de Procedimiento Administrativo de los Estados, que se basaba en la anterior Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

²⁹⁶ Véase Davidson, Nestor M., "Localist administrative law", *Yale L.J.*, 126, pp. 564, 618, 2017 (argumenta que "muchas agencias locales tienen recursos limitados y carecen de la capacidad independiente de desarrollar conocimientos técnicos sofisticados", sin embargo, aportan un tipo diferente de experiencia en su "función de mediación y recopilación de información").

Otra preocupación es la dificultad de traducir las ciencias sociales en normas jurídicas. No siempre está claro cómo hacerlo debido a la naturaleza evolutiva de la investigación subyacente; porque las normas jurídicas requieren líneas definidas, incluso si se expresan en un estándar, y porque la investigación puede ser más equívoca, no prestándose a este tipo de orientación concreta.²⁹⁷ Existe el problema adicional de que el trabajo empírico no necesariamente apunta en la dirección de una política pública a la luz de los juicios de valor y las concesiones inherentes al proceso legislativo.²⁹⁸ Por ejemplo, la investigación sobre las visitas nocturnas para niñas y niños muy pequeños no ha establecido un daño claro para la niñez si se mueve del hogar de un progenitor al del otro, pero sugiere alguna razón para preocuparse.²⁹⁹ Esta evidencia preliminar podría usarse para argumentar a favor de la custodia principal para uno de los progenitores. Pero también podría usarse fácilmente para argumentar que las preocupaciones sobre el apego de niños y niñas no son tan graves como para requerir la custodia física exclusiva de un solo progenitor y que, en cambio, otros valores, incluyendo la participación de ambos progenitores, deberían dar forma a la doctrina resultante.³⁰⁰ En resumen, la evidencia empírica a menudo plantea tantas preguntas como podría responder.

²⁹⁷ Para una discusión de estos desafíos, véase Buss, Emily, "What the law should (and should not) learn from child development research", *Hofstra L. Rev.*, 38, pp. 13-14, 2009 (identifica las preocupaciones de que la ley determine las capacidades de los niños y niñas en función de la investigación científica sobre el desarrollo infantil); Emery et al., *op. cit.*, pp. 135-141 (destaca un "sesgo de defensa académica" en el contexto del derecho de familia); Maroney, Terry A., "The false promise of adolescent brain science in juvenile justice", *Notre Dame L. Rev.*, 85, pp. 89, 145-160, 2009 (describe las limitaciones del uso de la neurociencia en el contexto de la justicia juvenil); Meier, Joan S., *Dangerous Liaisons: Social Science and Law in Domestic Violence Cases*, pp. 1-3, 2017 (manuscrito inédito) (en el archivo de la Columbia Law Review) (argumenta que la ley busca respuestas definitivas examinando hechos específicos y eventos discretos, mientras que las ciencias sociales participan en investigaciones continuas para responder preguntas amorfas sobre la naturaleza humana).

²⁹⁸ Véase Rachlinski, *op. cit.*, pp. 917-119 (argumenta que la toma de decisiones basada en la evidencia es un ajuste más fácil en la medicina y los negocios, que tienen objetivos claros, como tratar a un paciente de manera efectiva o maximizar las ganancias, a diferencia de la ley, que es inherentemente política, con objetivos a menudo disputados y en competencia).

²⁹⁹ Véase Emery et al., *op. cit.*, pp. 141-144 (en que se resume esta investigación).

³⁰⁰ *Id.* (que señala este punto); Huntington, Clare, "Early childhood development and the law", *S. Cal. L. Rev.*, 90, pp. 755, 772-782, 799-807, 2017 (los estados que argumentan deben al menos considerar la investigación subyacente, pero también deben equilibrar la necesidad de continuidad de

2. Hechos y valores

Más allá de los problemas de fiabilidad y traducción, hay tres preocupaciones fundamentales: el uso de evidencia empírica enfoca la atención en los resultados de las normas jurídicas, evitando los debates sobre los valores en disputa; la evidencia empírica permite a los tomadores de decisiones revestir los juicios de valor con un ropaje en apariencia neutral, y la evidencia empírica pone a prueba a las familias, potencialmente reproduciendo la discriminación histórica contra las familias no dominantes.

a. El sesgo en los debates

El derecho de familia casi siempre implica una consideración tanto de los resultados como de los valores subyacentes. ¿Quién debe controlar un embrión congelado?³⁰¹ ¿Debería permitirse que un progenitor con discapacidad mental cuide de un niño o niña?³⁰² ¿Cuánto margen deben tener los progenitores para tomar decisiones por sus hijos e hijas?³⁰³ Y así sucesivamente. Decidir cómo la ley debe responder a estas preguntas, en parte, tiene que ver con los resultados que queremos obtener. ¿Qué norma jurídica sobre la disposición del embrión conducirá al régimen de negociación más deseable entre los futuros progenitores? ¿Cómo le va a un niño o niña cuando es criado por un progenitor con discapacidad mental? ¿La discrecionalidad que otorgan los derechos parentales favorece el bienestar de la niñez? Pero cada pregunta es también un debate sobre lo que la sociedad valora actualmente. ¿Cómo debe la ley equilibrar el deseo de una

una niña o niño pequeño con otros intereses, incluyendo los intereses tanto del niño o niña como del progenitor no custodio en tener una relación).

³⁰¹ Véase, por ejemplo, *McQueen v. Gadberry*, 507 S.W.3d 127, 149, 158 (Mo. Ct. App. 2016) (que confirma la decisión del tribunal de primera instancia de que los embriones congelados de la pareja divorciada eran propiedad marital y otorga los embriones a la pareja conjuntamente, para no ser utilizados a menos que ambas partes acordaran la implantación).

³⁰² Véase, por ejemplo, Miller, Lisa, "Who knows best", *N.Y. Mag.* (25 de enero de 2016), disponible en: <http://www.thecut.com/2016/01/how-intelligent-to-be-a-parent.html> [<http://perma.cc/M47C-JSSV>] (describe la experiencia de una madre con el sistema de bienestar infantil que remueve a su prole debido al bajo funcionamiento cognitivo de la madre).

³⁰³ Véase la nota 306 infra (sobre la reglamentación jurídica de los castigos corporales).

persona de procrear contra el deseo de otra persona de no hacerlo? ¿En qué medida debe la ley proteger el derecho de un progenitor de cuidar a su hijo o hija cuando su crianza puede ser deficiente pero no inminentemente peligrosa? ¿Qué importancia tiene el pluralismo en la crianza de hijos e hijas? Además, muchos resultados son valores. Cuando el derecho de familia busca maximizar el bienestar de la niñez, se trata tanto de un resultado como de un valor. Cuando el derecho de familia busca reducir la violencia en la familia, se trata tanto de un resultado como de un valor. En resumen, los valores y los resultados a menudo se mezclan en la práctica, y la mayoría de las normas y políticas del derecho de familia evidencian una mezcla inexorable de ambos.

Además, la mayoría de las preguntas del derecho de familia involucran valores competidos. Considere uno de los ejemplos anteriores: la discrecionalidad que tienen los progenitores en materia de crianza de los hijos e hijas. La ley da a los progenitores un margen considerable para usar castigos corporales razonables,³⁰⁴ y los tribunales distinguen los castigos corporales permitidos del abuso infantil no permitido.³⁰⁵ Lo que está en

³⁰⁴ Véase, por ejemplo, Mich. Comp. Leyes § 750.136b(9) (2015) («Esta sección no prohíbe que un progenitor o tutor, u otra persona permitida por la ley o autorizada por el progenitor o tutor, tome medidas para disciplinar razonablemente al niño o niña, incluyendo el uso de fuerza razonable.»); Miss. Código Ann. § 97-5-39(2)(g) (2015) («Nada ... [de lo dispuesto en] esta subsección impedirá a un progenitor o tutor disciplinar a un hijo o hija de ese progenitor o tutor, o impedirá a una persona in loco parentis disciplinar al niño o niña, si se hace de manera razonable»); Código S.C. Ann. § 16-3-95(D) (2014) («Esta sección no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe el castigo corporal o la disciplina física que sea administrada por un progenitor o una persona in loco parentis en una manera que no cause grandes lesiones corporales a un niño o niña.»); Wyo. Stat. Ann. § 6-2-503(b)(i) (2015) («Las lesiones físicas excluyen los castigos corporales razonables»).

³⁰⁵ Véase, por ejemplo, State v. Matavale, 166 P.3d 322, 341-42 (Haw. 2007) (no halló responsabilidad penal por golpear a un adolescente de 14 años con diversos objetos por mentir); Willis v. State, 888 N.E.2d 177, 179-180 (Ind. 2008) (no halló responsabilidad penal para una madre soltera que golpeó a su hijo de 11 años con antecedentes de mentira y robo); State v. Wilder, 748 A.2d 444, 456-57 (Me. 2000) (halló que las acciones del padre no excedieron el estándar de castigo corporal permisible y, por lo tanto, la condena penal no podía sostenerse); Commonwealth v. Dorvil, 32 N.E.3d 861, 870 (Mass. 2015) (exime a los progenitores y tutores de responsabilidad cuando la cantidad de fuerza es razonable, el uso de la fuerza se relaciona razonablemente con el bienestar del niño o niña, y no causa, ni crea, un riesgo sustancial de daño físico o psicosocial); Cobble v. Comm. of Dep't Soc. Servs., 719 N.E.2d 500, 508 (Mass. 1999) (encontró que la conducta de un padre no caía dentro de la definición regulatoria de abuso infantil cuando el padre golpeaba a su hijo de nueve años con un cinturón por mal comportamiento en la escuela); N.J. Div. of Youth & Family Servs. v.

juego en este trazado de líneas es la preocupación sobre los resultados en el desarrollo de la niñez (si y qué tipos de castigo corporal dañan a un niño o niña), el valor subyacente del bienestar infantil y otros valores, incluyendo la autonomía familiar frente al Estado, la discrecionalidad de los progenitores, el pluralismo social y los intereses dignos de niños y niñas. Decidir dónde trazar la línea entre la conducta que es un castigo corporal protegido y la conducta que es la base para la intervención estatal implica todos estos valores.

Un problema principal con la evidencia empírica es que centra la atención en los resultados de las normas jurídicas y los valores subyacentes a esos resultados. Como se detalla en la sección B, el debate sobre el matrimonio igualitario se centró en el efecto de la paternidad o maternidad de parejas del mismo sexo en las y los niños. El bienestar infantil es un resultado y un valor importante, pero también había otros valores en juego, en particular, la igualdad, la inclusión y el pluralismo. La disponibilidad de abundante evidencia sobre la crianza de parejas del mismo sexo y el bienestar de la niñez hizo que este valor se convirtiera en el centro de atención, desviando la atención de los demás valores. Fue una suerte para las y los defensores del matrimonio igualitario que la evidencia sobre los resultados en el desarrollo de la niñez se alineara con los valores de igualdad, inclusión y pluralismo. Pero si la evidencia empírica hubiera demostrado que las y los hijos de parejas del mismo sexo de alguna manera tuvieron peores resultados, como tasas más bajas de graduación de la escuela secundaria, habría sido considerablemente más difícil argumentar a favor del matrimonio igualitario sobre la base de estos otros valores. Sin duda, esto refleja parcialmente el contexto institucional de la revisión judicial. Si el Estado tenía evidencia de peores resultados infantiles, entonces podría haber existido una razón legítima para restringir el matrimonio a parejas de diferente sexo, y un tribunal podría haber confirmado la

P.W.R., 11 A.3d 844, 855 (N.J. 2011) (halló que una bofetada a un adolescente de 16 años en la cara unas cuantas veces no era un castigo corporal excesivo cuando las bofetadas no dejaban marcas y señalando además que el uso de «excesivo» en el estatuto «reconoce claramente la necesidad de cierta autonomía parental en la dinámica de crianza de los hijos e hijas»).

restricción, dependiendo del nivel de escrutinio aplicado. Sin embargo, esta tendencia a centrarse en los resultados y los valores subyacentes, alentada y exacerbada por la disponibilidad de evidencia empírica, también es un riesgo en el ámbito legislativo, con las y los legisladores que optan por centrarse en los resultados en el desarrollo de la niñez en lugar de considerar una serie de valores en juego en las normas del derecho de familia.

Además, la amplia disponibilidad de evidencia empírica alienta a los tomadores de decisiones a centrarse en aquellos valores que han sido medidos y que son más susceptibles de medición, dando menos importancia a los que no se han medido o son más difíciles de medir.³⁰⁶ El bienestar infantil y la violencia en la familia, en particular, son susceptibles de medición y, a menudo, *son* medidos en estudios de ciencias sociales sobre las familias.³⁰⁷ La evidencia empírica sobre estos dos valores garantiza que capten la atención en un debate, eclipsando potencialmente otros valores. Además, estos valores son relativamente indiscutibles y presentan un caso convincente: es difícil justificar una norma jurídica basada en valores contrapuestos cuando la norma podría estar reñida con el bienestar de la niñez o con la reducción de la violencia en la familia.³⁰⁸

³⁰⁶ En comparación con el bienestar infantil y los niveles de violencia familiar, es más difícil, pero no imposible, medir si una norma promueve otros valores, como el pluralismo. La cuestión es si esa evidencia exist.

³⁰⁷ Véase, por ejemplo, Barber Jennifer S. et al., "The relationship context of young pregnancies", *Law & Ineq.*, 35, pp. 175-176, 192-196, 2017 (reporta los resultados de un estudio de mujeres de 18 y 19 años que se centró en la correlación entre el embarazo y la violencia de pareja); Fragile Families & Child Wellbeing Study, Data and Documentation, Princeton Univ., disponible en <http://fragilefamilies.princeton.edu/documentation> [<http://perma.cc/P5A6-LL7E>] (consultado el 11 de septiembre de 2017) (enumera los tipos de datos recopilados en un estudio longitudinal histórico sobre las familias, que incluye "información sobre actitudes, relaciones, comportamiento de crianza, características demográficas, salud —mental y física—, estado económico y laboral, características del vecindario y participación en el programa").

³⁰⁸ Esto no quiere decir que, en la práctica, los encargados de adoptar decisiones en materia de derecho de familia den necesariamente prioridad a esos factores. Véase Meier y Dickson, *op. cit.*, p. 329 (informa de los resultados de un estudio de casos de custodia y encuentra que en los casos en que el padre alegaba que la madre estaba alienando a los hijos, los tribunales cambiaron la custodia de madre a padre a aproximadamente la misma tasa independientemente de si la madre alegaba que el padre estaba abusando de los hijos).

Además, incluso si hubiera evidencia empírica sobre una variedad de valores en competencia, esto no necesariamente le diría a los tomadores de decisiones cómo lograr un equilibrio entre los valores. La evidencia empírica puede aclarar lo que está en juego en un debate, mostrando en qué medida las diferentes opciones de política pública promueven o comprometen cada valor,³⁰⁹ pero la evidencia empírica no nos dice la importancia de los valores.³¹⁰ La evidencia empírica puede demostrar, por ejemplo, que los estándares probatorios reforzados para el abuso y la negligencia conducen a menos casos fundamentados y, por lo tanto, menos intervención estatal,³¹¹ pero la evidencia empírica no nos dice cómo sopesar la autonomía familiar frente a la protección infantil. Por esta razón, la evidencia empírica sólo puede desempeñar un papel limitado en ayudar a los tomadores de decisiones a lograr un equilibrio entre los valores en competencia.

Considere la Ley para el Bienestar del Niño Indio (ICWA, por sus siglas en inglés). Esta ley y sus equivalentes estatales brindan protección tanto procesal como sustantiva a niños y niñas nativos americanos que se enfrentan a ser removidos de sus hogares, haciendo hincapié en mantenerles en sus hogares y colocarlos con una familia nativo americana si son reti-

³⁰⁹ Véase Simkovic, Michael, *Young Scholar Medal Recipient 's Address at the 93rd Annual Meeting of the American Law Institute: What Can We Learn from Credit Markets?*, pp. 12-13, 2016 (en el archivo de la Columbia Law Review) ("Mi función es ayudar a quienes elaboran la política pública a comprender los parámetros de los compromisos a los que se enfrentan en las negociaciones. Si hay compromisos entre el crecimiento económico y la igualdad o varios valores que nos importan, necesitan información para comprender la naturaleza de esas concesiones").

³¹⁰ Algunos académicos y académicas creen que los valores se pueden cuantificar y, por lo tanto, comparar. Véase Viscusi, W. Kip, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*, pp. 19-21, 1992 (describe la herramienta de la disposición a pagar como un medio para cuantificar el valor de la vida); Simkovic, *op. cit.*, p. 13 ("Tan pronto como tenga dos valores absolutos, entonces debe comenzar a hacer concesiones porque a veces entran en conflicto. Lo que significa que se necesita algún método para medir esos valores entre sí, y la medida que usan los economistas es el dinero"). Este ensayo adopta la posición de que se trata de una propuesta dudosa, particularmente con valores inherentemente no económicos como la protección de la relación progenitor-progenie y la autonomía familiar. Cf. Ackerman, Frank y Heinzerling, Lisa, "Pricing the priceless: cost-benefit analysis of environmental protection", *U. Pa. L. Rev.*, 150, pp. 1553, 1562-1578, 2002 (crítica el enfoque económico para medir los valores en el contexto ambiental).

³¹¹ Véase la nota 222 supra (en la que se describe esa evidencia empírica).

rados; la ley también otorga a las tribus, en lugar de a los tribunales de familia estatales, la jurisdicción sobre los casos que involucran a niñas o niños nativos americanos.³¹² La ICWA adopta un amplio entendimiento del bienestar infantil que incluye los vínculos de un niño o niña con una tribu; la ley también reconoce el interés de una tribu en la soberanía y la vitalidad continua.³¹³

En una serie de litigios contra la ICWA, las y los demandantes están impugnando la ley por múltiples motivos, incluyendo los argumentos constitucionales de que es contraria a los intereses de las infancias porque prioriza los lazos de "sangre" sobre su bienestar, en esencia, argumentando que el énfasis de la ley en preservar los lazos tribales y respetar la soberanía tribal compromete los resultados en el desarrollo de los niños y las niñas.³¹⁴ El litigio aún está en sus primeras etapas, pero a medid"

³¹² Véase 25 U.S.C. §§ 1903, 1911-1913, 1915 (2012). Para una descripción de los equivalentes estatales, consulte Estatutos estatales relacionados con la Ley para el Bienestar del Niño Indio, Nat'l Conference of State Legislatures (19 de julio de 2017), disponible en: <http://www.ncsl.org/research/human-services/state-statutes-related-to-indian-child-welfare.aspx> [<http://perma.cc/6AC6-CJNK>]. El Congreso promulgó la ICWA por numerosas razones, incluyendo la necesidad de corregir la discriminación histórica contra las familias nativo americanas y respetar la soberanía de las tribus. Véase 25 U.S.C. §§ 1901(4)-(5) (en los que se exponen las conclusiones del Congreso, entre ellas "que un porcentaje alarmantemente alto de familias indias se dividen por la remoción, a menudo injustificada, de sus hijos e hijas por parte de organismos públicos y privados no tribales y ... [muchos de esos niños y niñas] son colocados en hogares de acogida y adoptivos e instituciones no indios"). Históricamente, "los estados, en el ejercicio de su jurisdicción reconocida sobre los procedimientos de custodia de niñas y niños indios a través de órganos administrativos y judiciales, a menudo no han reconocido las relaciones tribales esenciales del pueblo indio y las normas culturales y sociales que prevalecen en las comunidades y familias indias". *Id.* § 1901(5); *Adoptive Couple v. Baby Girl*, 133 S. Ct. 2552, 2557 (2013) (señala que el Congreso promulgó la ICWA para abordar las "consecuencias para las niñas y los niños indios, las familias indias y las tribus indias de las prácticas abusivas del sistema de bienestar infantil que resultaron en la separación de un gran número de niñas y niños indios de sus familias y tribus a través de la adopción o colocación en hogares de acogida, generalmente en hogares no indios" (se omiten las comillas internas) (citando a la Srta. Band of Choctaw Indians v. Holyfield, 490 U.S. 30, 32 (1989)).

³¹³ Véase 25 U.S.C. § 1901 (en que se exponen las conclusiones del Congreso, en particular que «no hay ningún recurso que sea más vital para la existencia y la integridad continuas de las tribus indias que sus hijos e hijas»). Para un excelente resumen de la ICWA, el desafío actual a las leyes y la base constitucional de la ley, véase Krakoff, Sarah, "They were here first: American Indian tribes, race, and the constitutional minimum", *Stan. L. Rev.*, 69, pp. 491, 506-517, 2017.

³¹⁴ Véase, por ejemplo, *Civil Rights Class Action Complaint for Declaratory and Injunctive Relief p. 2, Carter ex rel. A. D. v. Washburn*, No. CV-1259, 2017 WL 1019685 (D. Ariz. 16 de marzo de 2017), apelación archivada, No. 17-15839 (9º Cir. 26 de abril de 2017). Un caso fue desestimado por falta de legitimación, véase *Nat'l Council for Adoption v. Jewell*, 156 F. Supp. 3d 727, 733 (N.D. Va. 2015),

que los tribunales y las legislaturas consideren la ley, el debate sobre la ICWA probablemente se centrará en la evidencia sobre el desarrollo de los niños y niñas criados en familias nativas americanas en comparación con las familias no nativas americanas.³¹⁵

Hay dos preocupaciones con este uso de evidencia empírica. En primer lugar, centra el debate en los valores que se han medido. Los tomadores de decisiones considerarán la evidencia empírica sobre el bienestar infantil, especialmente como se define a lo largo de las métricas tradicionales, como la salud física y las tasas de graduación de la escuela secundaria. La evidencia empírica podría documentar el progreso de la ICWA hacia otros valores en competencia, como si la ICWA preserva los lazos de un niño o niña con la tribu, el lazo de la tribu con el niño o niña y la sobe-

y otro por simulación, aunque el tribunal señaló que el "caso presenta cuestiones constitucionales significativas" que "merecen una cuidadosa consideración" en el caso correcto, *Doe v. Piper*, No. 15-2639 (JRT/DTS), 2017 WL 3381820, en *5 (D. Minn. 4 de agosto de 2017). Otro caso está en curso. Véase *Carter ex rel. A. D. v. Washburn*, No. CV-15-01259-PHX-NVW, 2016 WL 5464582, en *5 (D. Ariz. 29 de septiembre de 2016) (que otorga mociones para intervenir en un caso que impugna la constitucionalidad de la ICWA). Para obtener una descripción de los litigios, incluyendo los apoyos institucionales, consulte Casey Tolan, *A Series of New Lawsuits-is-challenging-how-native-amer-1793849248* (en el archivo de la Columbia Law Review).

³¹⁵ En un caso, los demandantes alegaron que remover a los niños y niñas "de hogares cariñosos y amorosos [pre-adoptivos] y forzarlos a colocarse en otros hogares ... a veces conduce a abuso, daño psicológico o incluso trauma físico y muerte". *Carter ex rel. A.D. Complaint*, nota supra 315, p. 7. Los demandantes alegaron además que "en muchos casos, los niños y niñas son dejados en familias indias abusivas o negligentes donde son sometidos a graves daños físicos o psicológicos como resultado de la ICWA" y que "[e]l hecho de que estos niños y niñas y familias sean asignados a la ICWA crea retrasos e incertidumbre en el viaje hacia el estatus de familia permanente, y la perspectiva y la realidad del desplazamiento de familias estables y amorosas causa un gran daño a los niños y niñas". *Id.* Para la investigación existente sobre la ICWA y el bienestar infantil, véase Limb, Gordon E. et al., "An empirical examination of the indian child welfare act and its impact on cultural and familial preservation for American Indian children", *Child Abuse & Neglect*, 28, pp. 1279, 1285, 2004 (83% de los niños indios que fueron estudiados y colocados con familias de acogida o preadoptivas fueron colocados de acuerdo con las directrices de la ICWA y 71% de los casos relacionados con la colocación en hogares de acogida y 89% de los casos relacionados con la terminación involuntaria de la patria potestad incluyeron testigos expertos calificados). El estudio de Limb encontró además que el Estado tomó en cuenta la cultura tribal en 84% de los casos, hizo esfuerzos para evitar la ruptura de familias en 94% de los casos, e intentó reunificar a la familia en 56% de los casos. *Id.* Sin embargo, la insuficiencia de los registros y la falta de datos completos dificultan la evaluación de la ICWA. Véase U.S. Gov't Accountability Office, GAO-05-290, *Indian Child Welfare Act: Existing Information on Implementation Issues Could Be Used to Target Guidance and Assistance to States 1, 2-5*, 2005 (en la que se examinan las limitaciones del mantenimiento de registros de la ICWA en los Estados).

ranía tribal, pero si no hay evidencia sobre estos factores, entonces es demasiado fácil ignorarlos en el debate. En resumen, cuando hay evidencia empírica sobre algunos, pero no todos los valores, se puede sesgar el debate a favor de aquellos valores que han sido medidos.

En segundo lugar, la evidencia empírica adicional sobre una gama de valores en competencia todavía plantearía la pregunta sobre cómo equilibrar estos valores. La evidencia empírica sobre si la ICWA promueve la soberanía tribal no nos diría cuánto peso dar a este valor, qué significa la soberanía para la tribu o para la sociedad en general. Del mismo modo, mostrar si los niños y niñas nativos americanos que se mantienen en casa o son colocados con familias nativas americanas tienen resultados diferentes de los niños retirados y colocados con familias no nativas americanas aclararía lo que está en juego en el debate, pero la evidencia empírica no nos dice cómo equilibrar las tasas de graduación de la escuela secundaria frente a los lazos tribales. En lugar de ello, sigue siendo necesario tener un debate independiente sobre cómo equilibrar estos valores en competencia.

La atracción gravitacional de la evidencia empírica hacia valores medibles y lejos de un debate explícito sobre valores disputados y en competencia está presente en numerosos contextos legales. Considere el ejemplo de los padres solteros. Varias leyes sobre patria potestad, custodia y visitas favorecen a las madres solteras sobre los padres solteros y, por lo tanto, son propicias para un litigio constitucional.³¹⁶ Las y los

³¹⁶ Según las leyes de presunción matrimonial, los padres casados se consideran automáticamente padres legales al nacer el niño o niña, mientras que los padres no casados deben tomar medidas afirmativas para establecer sus derechos jurídicos; además, 15 estados tienen leyes que otorgan automáticamente a una madre soltera la custodia exclusiva en el momento del nacimiento. Para un análisis de estas leyes, incluyendo una lista de los estatutos pertinentes, véase Huntington, *Postmarital Family Law*, pp. 202-205. Hay batallas activas sobre las reglas de custodia y visitas en muchas legislaturas estatales. Véase Scott y Emery, *op. cit.*, pp. 76-83. Y los tribunales también están considerando impugnaciones. Véase, por ejemplo, *In re Adoption of J.S.*, 358 P.3d 1009, 1033 (Utah 2015) (rechaza el alegato de un padre soltero a la adopción de su hijo sobre la base de que Utah podría requerir adecuadamente que los padres solteros, pero no las madres solteras, completen una declaración bajo protesta para perfeccionar los derechos parentales). La mayoría de los hijos de proge-

defensores de los padres que buscan impugnar estas leyes, sin embargo, enfrentan un problema ya que no hay una base empírica clara que diga que el contacto infantil con padres solteros mejora el desarrollo infantil.³¹⁷ Además, hay evidencia de que las madres y los padres solteros experimentan altos niveles de violencia de pareja.³¹⁸

Este trasfondo empírico hace que parezca que la regla correcta para el bienestar infantil es dar más derechos de custodia a las madres solteras, colocando a los niños y niñas con el progenitor que los cuidará mejor y disminuyendo la interacción entre los progenitores que pueden tener un historial de violencia.³¹⁹ Basar una regla en esta evidencia fomenta algunos

tores solteros no viven con sus padres. Véase Carlson et al., *op. cit.*, p. 472 ("[Entre la fracción grande (y creciente) de todos los niños y niñas nacidos fuera del matrimonio hoy en día, más de tres quintas partes vivirán separadas de su padre biológico a la edad de 5 años]").

³¹⁷ Esto no quiere decir que las niñas y los niños estén ilesos por la ausencia del padre. De hecho, hay pruebas considerables que demuestran ese daño. Véase Mitchell, Colter et al., "Father loss and child telomere length", *Pediatrics*, pp. 2, 6-7, 2017 (revisa la literatura y muestra los resultados de un nuevo estudio que muestra el daño, a nivel celular, de la ausencia del padre por muerte, encarcelamiento, divorcio o separación). La pregunta exacta, sin embargo, es si la participación de padres no custodios que nunca se han casado, que son mucho más propensos que los padres divorciados a ser de bajos ingresos y tener bajos niveles de rendimiento educativo, y que tienen altos niveles de haber tenido contacto con la justicia penal, véase Huntington, *Postmarital Family Law*, pp. 186-188, mejora los resultados en el desarrollo de sus hijos e hijas. Todavía no hay pruebas convincentes en este tema. En términos más generales, hay evidencia que muestra una correlación entre mejores resultados en el desarrollo infantil y la participación de los padres no custodios, véase Adamsons, Kari y Johnson, Sara K., "An updated and expanded meta-analysis of nonresident fathering and child well-being", *J. Fam. Psychol.*, 27, pp. 589, 595-598, 2013 (reporta los hallazgos de un metaanálisis de 52 estudios de participación de padres no custodios), pero estos estudios no desglosan a los padres por estado civil y, por lo tanto, es probable que estén sesgados por la inclusión de padres divorciados, que tienden a estar mucho más involucrados en la vida de sus hijos e hijas que los padres que nunca se han casado, véase Huntington, *Postmarital Family Law*, pp. 189-190 (contrasta la experiencia de los hijos e hijas con padres no residentes con "hijos e hijas de padres divorciados, que ven a sus padres con más frecuencia"). Pruebas relativamente nuevas muestran que las prácticas de crianza de los padres sociales, independientemente del estado civil, son iguales y en algunos casos superiores a las prácticas de crianza de los padres biológicos, medidas por el compromiso con el hijo no biológico, la responsabilidad compartida con la madre biológica, la cooperación con la madre biológica y la confianza de ésta. Véase Berger, Lawrence M. et al., "Parenting practices of resident fathers: the role of marital and biological ties", *J. Marriage & Fam.*, 70, pp. 625, 629-636, 2008 (compara padres sociales y biológicos a lo largo de estas variables).

³¹⁸ Véase Barber et al., *op. cit.*, pp. 176, 192-195 (informa los resultados de un estudio de mujeres de 18 y 19 años de edad, que encontró que "las relaciones de embarazo incluían más del doble de la cantidad [de] falta de respeto que relaciones de no embarazo, más del triple de la tasa de amenazas y cuatro veces la tasa de agresión física").

³¹⁹ Véase, por ejemplo, Harris, Leslie Joan, "Family policy after the fragile families and relationship dynamics studies", *Law & Ineq.*, 35, pp. 223, 225-235, 2017, (se basa en la evidencia sobre el aumento

valores (aunque muy importantes) como el bienestar infantil y la disminución de la violencia familiar. Sin embargo, oculta los valores contrapuestos, especialmente la igualdad entre los progenitores y la protección de la relación padre-hijo/hija, porque ninguno de los dos promueve claramente el resultado deseado del bienestar infantil y ambos implican violencia familiar. De esta manera, la evidencia empírica sobre algunos valores puede eclipsar la consideración de otros valores. Y al igual que con los debates sobre la ICWA, la evidencia no les dice a los tomadores de decisiones cómo equilibrar los valores en competencia.

A pesar de estas preocupaciones, la evidencia empírica puede ser relevante para el debate sobre los valores, y es importante no trazar una clara división entre ambos.³²⁰ Los valores orientan a la evidencia empírica: en la medida en que la sociedad valora algo, por ejemplo, el bienestar infantil, es más probable que las y los investigadores lo estudien.³²¹ Sin embargo, la evidencia empírica también puede orientar los valores. Como cuestión fundamental, muchos valores del derecho de familia contienen suposiciones fácticas incorporadas. Una razón por la que la sociedad continúa apoyando a las familias tradicionales es la suposición de que, en promedio, esta forma de familia tiene beneficios para el bienestar infantil.³²² Y, de hecho, hay evidencia que respalda esta suposición.³²³ Pero si hubiera evidencia de que esto no fuera cierto, esta evidencia podría cambiar lentamente el valor subyacente.

La evidencia empírica también orienta los valores de una manera más sutil. En los casos de matrimonio igualitario, los tribunales se centraron

de la violencia de pareja para argumentar en contra de una regla de custodia conjunta predeterminada para progenitores solteros).

³²⁰ Véase la nota 4 *supra* (en la que se examina la combinación de hechos y valores).

³²¹ Véase el texto que acompaña a las notas 25 a 26, 73, 146 a 151 (en el que se analizan los datos empíricos relacionados con las relaciones padre-hijo/hija, la investigación sobre la custodia de los hijos e hijas y la neurociencia del desarrollo cerebral juvenil).

³²² Véase *Hernández v. Robles*, 855 N.E.2d 1, 7-12 (N.Y. 2006) (señala la «suposición indiscutible de que el matrimonio es importante para el bienestar de la niñez»).

³²³ Véase *Huntington, Failure to Flourish*, pp. 31-44 (el cual describe la investigación que establece que los hijos e hijas de parejas casadas tienen mejores resultados en el desarrollo que otras formas de familia, pero también señala el grado en que los resultados son correlativos, no causales).

en los resultados en el desarrollo de la niñez.³²⁴ Pero los casos también fueron una representación del debate más amplio, cargado de valores, sobre si una familia encabezada por una pareja del mismo sexo es socialmente aceptable. Los dos están relacionados: en la medida en que los progenitores del mismo sexo no dañen a la niñez, esto puede ayudar a que esta forma de familia sea más aceptable.³²⁵ Y en la medida en que esta forma de familia sea más aceptable, esto puede ayudar a mejorar los resultados para los niños y niñas.³²⁶

El bucle de retroalimentación también puede funcionar en la otra dirección. Hay evidencia considerable de que las y los niños criados en familias de matrimonio plural tienen peores resultados que aquellos criados en otras estructuras familiares.³²⁷ Hay alguna evidencia de que esto se

³²⁴ Véase el texto supra que acompaña a las notas 94, 108, 119-120.

³²⁵ El proceso de aceptación social es complejo. Véase Goldberg, Suzanne B., "Multidimensional advocacy as applied: marriage equality and reproductive rights", *Colum. J. Gender & L.*, 29, pp. 1, 3-18, 33-40, 2015 (describe la importancia de abogar por el cambio social en múltiples frentes). El simple hecho de proporcionar más información sobre una forma familiar no necesariamente cambia los puntos de vista, véase Cultural Cognition Project Study, nota 241 supra, p. 16 (encuentra que "la mayoría de los estadounidenses dicen que su posición sobre la adopción de personas gays y lesbianas se centra en el bienestar de la niñez" pero que "pocos dicen que cambiarían de opinión si se muestra evidencia convincente en contra"). Para una discusión sobre la relación entre la aceptación social de las parejas del mismo sexo y el litigio sobre el matrimonio igualitario, véase Scott, Elizabeth S. y Scott, Robert E., "From contract to status: collaboration and the evolution of novel family relationships", *Colum. L. Rev.*, 115, pp. 293, 313-214, 2015 (argumenta que las familias novedoras pueden obtener aceptación social y legal si cumplen con los criterios de bienestar social y que las familias LGBT y las y los defensores pudieron mostrar esto a través de lo que los autores identifican como procesos colaborativos).

³²⁶ Los tribunales han reconocido esta conexión y han llegado a la conclusión de que el reconocimiento jurídico ayudaría a los niños y niñas al consolidar las relaciones jurídicas en la familia y darles un importante capital social. Véase, por ejemplo, *DeBoer v. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757, 771 (E.D. Mich.), rev. 772 F3d 388 (6to Cir. 2014), rev sub nom. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

³²⁷ En un caso sometido al Tribunal Supremo de Columbia Británica, éste se basó en el testimonio de un experto en economía y en una revisión de la literatura de ciencias sociales para determinar que la práctica del matrimonio plural fomenta el control institucional de la mujer por parte del hombre mediante "matrimonios precoces y arreglados, el pago de una novia, el divorcio fácil y la devaluación del amor romántico"; que las mujeres en relaciones polígamas sufren tasas más altas de violencia doméstica y muerte en el parto, tienen una vida más corta que las mujeres en matrimonios monógamos, sufren de insatisfacción conyugal y baja autoestima, y tienen más dificultades económicas que las mujeres en matrimonios monógamos debido a la falta de recursos o a la división desigual de éstos; que los hijos e hijas de matrimonios polígamos, en comparación con sus contrapartes en familias monógamas, tienen una mortalidad infantil más alta, un riesgo elevado de abuso y abandono,

deriva de la práctica del matrimonio plural en sí,³²⁸ lo que influye en la opinión de que el matrimonio plural es socialmente inaceptable. Pero también es plausible que los malos resultados se deban al menos en parte a la hostilidad del Estado hacia estas familias. Todos los estados prohíben el matrimonio plural como una cuestión de derecho civil, y muchos estados también lo convierten en un delito.³²⁹ Por lo tanto, las familias basadas en el matrimonio plural tienden a estar altamente aisladas.³³⁰ Además, la ilegalidad de la poligamia puede crear un efecto de selección, en el que las personas con valores sociales atípicos elijan esta forma de familia. Si la poligamia fuera legal, una gama más amplia de personas podría elegirla, incluyendo las personas adultas con una gama más amplia de recursos sociales y económicos. Es difícil decir, entonces, si los diferentes resultados provienen de crecer en una familia con matrimonio plural, de crecer en un aislamiento social extremo, de crecer con progenitores con recursos insuficientes o alguna combinación de estos factores. Independientemente de la causa y el efecto concreto, el punto aquí es que la evidencia empírica y los valores están interrelacionados: el valor social de la monogamia puede influir en el análisis empírico del matrimonio plural, que a su vez refuerza el valor social de la monogamia.

En resumen, una preocupación fundamental con la evidencia empírica es que centra la atención en los resultados de las normas legales, enfati-

problemas emocionales, de comportamiento y físicos, y un nivel educativo más bajo. Véase Referencia re: Artículo 293 del Código Penal del Canadá, 2011 BCSC 1588, párrs. 780-86, 789-90 (Can. B.C.).

³²⁸ Véase Davis, Adrienne D., "Regulating polygamy: intimacy, default rules, and bargaining for equality", *Colum. L. Rev.*, 110, pp. 1955, 1976, 2010 (resume la evidencia sobre la poligamia y halla que la proporción natural de sexo no se ajusta a las necesidades de las comunidades polígamas). En las comunidades polígamas, es necesario reclutar a más mujeres, excluir a algunos hombres o casar a mujeres más jóvenes; en las sociedades poliándricas, se sabe que se produce infanticidio femenino. *Id.* Pp. 1976-1977. La profesora Adrienne Davis señala además que la poligamia tiende a conducir a la violación legal, el incesto y los bajos niveles de educación, lo que contribuye a problemas con el bienestar individual. *Id.* P. 1977.

³²⁹ *Id.* P. 1968.

³³⁰ Oficina del Fiscal General de Utah, *The Primer: A Guidebook for Law Enforcement and Human Services Agencies Who Offer Assistance to Fundamentalist Mormon Families* 8 (2011), disponible en: [http://site.demo.utah.gov/at\[general/wp-content/uploads/sites/9/2013/08/The_Primer.pdf](http://site.demo.utah.gov/at[general/wp-content/uploads/sites/9/2013/08/The_Primer.pdf) [<http://perma.cc/5DFD-B2NG>] ("Los fundamentalistas se adaptaron a un estilo de vida secreto y subterráneo para evitar el enjuiciamiento y lo que percibían como persecución del 'mundo'").

zando aquellos valores que han sido y son susceptibles de medición, y distraendo la atención de los valores en competencia. Por lo tanto, un debate concebido así está incompleto, ya que los responsables de la toma de decisiones tienen en cuenta algunos aspectos de la cuestión jurídica, mas no todos. Además, la evidencia empírica no puede decir a los tomadores de decisiones cómo equilibrar los valores en competencia. Aclara lo que está en juego y proporciona información sobre la medida en que las reglas promueven o comprometen diferentes valores, pero la evidencia empírica no les indica qué valores considerar y cómo priorizarlos. En ambos sentidos, entonces, la evidencia empírica desalienta un debate abierto sobre los valores en competencia.

b. Proporcionar cobertura política

Un segundo problema es que la evidencia empírica puede proporcionar cobertura política para los juicios de valor que se hacen.³³¹ Priorizar algunas relaciones familiares y a algunas familias sobre otras es un aspecto inevitable de la regulación estatal,³³² pero también es un esfuerzo político

³³¹ Véase Kahan, Dan M., "The Supreme Court, 2010 term-foreword: neutral principles, motivated cognition, and some problems for constitutional law", *Harv. L. Rev.*, 125, pp. 1, 35, 2011 ("También es probable ... que la Corte a veces recurra conscientemente a la investigación empírica por razones estratégicas. Los jueces bien podrían creer que su decisión ... provocará menos conflicto ... si se enmarca en el lenguaje aparentemente neutral del hecho en oposición al lenguaje moralmente evocador del principio constitucional"). La profesora Libby Adler ha hecho un argumento relacionado, sobre cómo la afirmación de experiencia, incluso por parte de los científicos, es en sí misma, ideológica. Véase Adler, *op. cit.*, p. 35 ("El experto tiene antecedentes de cumplir una función despolitizadora. Encubre la ideología política con un atuendo neutral con el fin de ganar legitimidad en un discurso en el que el deseo político puro se contrapone a la corrección legal").

³³² Véase Huntington, *Failure to Flourish*, pp. 55-80. El Estado reconoce algunos, mas no todos los lazos económicos y afectivos entre los individuos. Véase Rosenbury, Laura A., "Friends with benefits?", *Mich. L. Rev.*, 106, pp. 189, 200, 2007 (describe las relaciones estrechas, en particular la amistad, que el derecho de familia no regula). El Estado presta apoyo a algunas agrupaciones familiares, pero no a otras. El Crédito del Impuesto Sobre la Renta, por ejemplo, apoya ciertas relaciones familiares extendidas, como una tía o un tío que cuida a una sobrina o sobrino, pero no otras relaciones, como un adulto que cuida a un primo menor. Véase 26 U.S.C. §§ 152(c)-(d) (2012). Y el estado proporciona diferentes tipos de apoyo a diferentes familias. Véase Huntington, *Failure to Flourish*, pp. 55-80 (describe cómo el apoyo estatal a las familias difiere dependiendo su nivel de ingresos, señalando que el escrutinio y la sospecha del Estado tienden a acompañar el apoyo a las familias de bajos ingresos, y utilizando deducciones fiscales para las familias de ingresos medios y cupones de alimentos y subsidios de vivienda para las familias de bajos ingresos para ilustrar este punto).

y normativo profundamente cuestionado. Del mismo modo, elegir cómo regular las familias implica necesariamente una serie de concesiones. Permitir que las parejas de diferente sexo, pero no del mismo sexo, se casen refleja una determinación estatal sobre las formas familiares deseables. Y reformar el sistema de bienestar infantil para priorizar la permanencia del niño sobre la integridad familiar, como lo hizo el Congreso en ASFA,³³³ reflejó un juicio sobre la menor importancia de las familias de origen. En estos ejemplos, el Estado se basó, por lo menos en parte, en evidencia empírica. Al apoyar el matrimonio de parejas de diferente sexo, los estados citaron evidencia que pretendía mostrar los beneficios para los niños y niñas de esta estructura familiar.³³⁴ Y en su reforma radical del sistema de bienestar infantil en 1997, el Congreso se basó en evidencia sobre los niños y niñas que permanecen en hogares de acogida y los malos resultados para ellos.³³⁵

Esta dependencia en la evidencia puede reflejar los esfuerzos bien intencionados para orientar la política pública, pero también hay una explicación más cínica. La evidencia empírica ofusca la naturaleza normativa y política de los juicios. Al citar evidencia que respalda los efectos del matrimonio entre personas del mismo sexo en el desarrollo de la niñez, los estados eludieron (al menos temporalmente) la batalla políticamente tensa sobre las familias encabezadas por padres o madres del mismo sexo. Y al citar evidencia sobre los malos resultados en el desarrollo de los niños y niñas en hogares de acogida, el Congreso eludió el debate racialmente cargado sobre la ruptura de las familias de color y en su lugar sostuvo que estaba promoviendo el bienestar infantil. En resumen, en lugar de reconocer que una regla o política refleja valores o eleva un valor sobre otro, los tomadores de decisiones pueden afirmar que simplemente están siguiendo la evidencia.

³³³ Véase el texto supra que acompaña a las notas 170-175.

³³⁴ Véase el texto supra que acompaña a las notas 101-102 (en las que se describen los argumentos de los Estados en los casos de matrimonio igualitario).

³³⁵ Véase nota supra 171.

La profesora Suzanne Goldberg ha escrito sobre una versión de este fenómeno en el derecho constitucional, argumentando que los tribunales juegan un papel inevitable en la elección entre juicios normativos controvertidos sobre las capacidades de un grupo.³³⁶ Goldberg sostiene que los tribunales se sienten incómodos con este papel y, por lo tanto, ocultan su elección normativa con los hechos.³³⁷ Explica que los tribunales a veces se basan en hechos "delgados", que son hechos empíricos e indiscutibles, como que son las mujeres y no los hombres, quienes dan a luz, pero que la mayoría de las veces se basan en hechos más "densos".³³⁸ Estos hechos densos son conclusiones que parecen basarse en evidencia empírica, pero en realidad reflejan juicios profundamente normativos, por ejemplo, que dar a luz crea una conexión entre madre e hijo/hija.³³⁹ Estos hechos densos no se basan en evidencia empírica real, sino en intuiciones y suposiciones.³⁴⁰

Goldberg argumenta que la evidencia empírica puede ser un antídoto para esta tendencia, sosteniendo que, cuando se usa correctamente,³⁴¹ esta evidencia puede llevar a los tribunales a desafiar las suposiciones e intuiciones subyacentes.³⁴² Los juicios sobre matrimonio igualitario posiblemente reivindicaron este argumento. Cuando las y los defensores presentaron evidencia sobre la parentalidad de parejas del mismo sexo, pudieron ir más allá de la noción de que los progenitores gays y lesbianas dañarían a los niños y niñas.³⁴³

³³⁶ Véase Goldberg, Suzanne B., "Constitutional tipping points: civil rights, social change, and fact-based adjudication", *Colum. L. Rev.*, 106, pp. 1955, 1965-1976, 1980-1988, 2006.

³³⁷ *Id.* pp. 1965-1976.

³³⁸ *Id.* pp. 1965-1970.

³³⁹ *Id.* Como explica Goldberg, los hechos densos "contienen tanto la descripción (el grupo X tiene una característica particular) como la evaluación (la característica limita el estado o la capacidad del grupo X). Sin embargo, los tribunales ignoran regularmente la discutible evaluación", *id.* p. 1965 (nota de pie de página omitida).

³⁴⁰ *Id.* pp. 1965-1970.

³⁴¹ Goldberg reconoce el peligro de que los tribunales seleccionen estudios que respalden su norma preferida sin cuestionar la metodología o los supuestos del estudio. *Id.* p. 1989.

³⁴² *Id.* pp. 1989-1992.

³⁴³ Véase el texto supra que acompaña a las notas 234-235.

Sin embargo, la evidencia empírica puede ocultar los juicios normativos de una manera diferente. Incluso si los tomadores de decisiones están citando estudios reales y lo hacen rigurosamente, esta dependencia en la evidencia oculta los juicios de valor subyacentes. Una legislatura puede reclamar que prohíbe el matrimonio plural debido al daño a la niñez. Una agencia de bienestar infantil puede afirmar que está dando prioridad al bienestar infantil al promover la adopción debido al daño de permanecer en un hogar de acogida. Y un tribunal puede sostener que está promoviendo el desarrollo infantil al defender una ley que otorga mayores derechos de custodia a las madres solteras debido a la alta tasa de violencia de pareja entre las parejas no casadas. Estas razones pueden estar respaldadas por evidencia, pero también ocultan las opciones subyacentes basadas en valores. Recurrir a la evidencia empírica hace que parezca que el tomador de decisiones no está tomando una posición política y en su lugar simplemente está siguiendo la evidencia.

c. Replicando la discriminación

Finalmente, el uso de evidencia empírica puede ser particularmente problemático para las familias no dominantes porque corre el riesgo de replicar la discriminación histórica. La evidencia sobre resultados desiguales para diferentes grupos demográficos puede ser precisa, pero las condiciones subyacentes que crean a las situaciones familiares a menudo son el resultado de la discriminación y la desigualdad sistémicas. Por lo tanto, el uso de evidencia empírica sobre malos resultados para justificar las normas legales inflige un segundo acto de discriminación.

Vuelva a los litigios contra la ICWA. Aparte de no considerar múltiples valores en competencia, un enfoque en la evidencia sobre los resultados en el desarrollo de los niños y niñas en los hogares nativos americanos en comparación con otros hogares oculta siglos de políticas estatales agresivamente hostiles hacia las familias nativo americanas.³⁴⁴ De hecho, la

³⁴⁴ Véase en general Wilkinson, Charles, *Blood Struggle: The Rise of Modern Indian Nations*, 2005 (presenta una historia completa del movimiento moderno de soberanía tribal).

política estatal explícita y de larga data era remover a los niños y niñas de los hogares nativos americanos y asimilarlos en la cultura dominante.³⁴⁵ A la luz de esto y de otros numerosos esfuerzos históricos para desestabilizar las tribus, es comprensible que las familias nativo americanas no produzcan los mismos resultados, como en el rendimiento educativo, que las familias no nativo americanas, medidos por las métricas tradicionales.³⁴⁶ Sin embargo, la adopción acrítica de esta evidencia sobre los resultados perpetuaría y reproduciría la discriminación contra esta población marginada.

La misma dinámica probablemente se desarrollaría en cualquier litigio sobre padres solteros. La decisión por parte de quienes elaboran las políticas de basar las reglas de custodia en la ausencia de evidencia de que los padres solteros contribuyen a mejores resultados para sus hijos e hijas no explicaría las razones por las que estos padres batallan por mantener a sus hijos e hijas económica y socialmente.³⁴⁷ Los padres solteros son abrumadoramente de bajos ingresos, con bajos niveles de educación y altos niveles de involucramiento con la justicia penal.³⁴⁸ Pero para al menos algunos de estos hombres, particularmente los afroamericanos, el Estado desempeñó un papel activo en la configuración de su desventaja. Históricamente, el Estado creó y sancionó sistemas generalizados de explotación laboral y discriminación racial, desde la esclavitud hasta la aparcería y la segregación, todo lo cual limitó el potencial económico de los

³⁴⁵ Véase Graham, Lorie, "Reparations and the Indian Child Welfare Act", *Legal Stud. E.*, 25, pp. 619, 624-631, 2001 (que describe esta historia). Antes de la ICWA, un estudio descubrió que hasta 35% de los niños nativo americanos fueron removidos de sus hogares, y 85% de estos niños fueron colocados en familias no nativas americanas. Véase Unger, Steven, *The Destruction of American Indian Families*, pp. 1-2, 1977.

³⁴⁶ Véase Education, National Cong. Of Am. Indians, disponible en: <http://www.ncai.org/policy-issues/education-health-human-services/education> [<http://perma.cc/Q29F-BS4U>] (consultado el 12 de septiembre de 2017) ("El rendimiento académico y educativo de las y los estudiantes nativos está muy por detrás del de sus compañeros blancos. En los últimos 10 años, las y los estudiantes nativos han sido la única población que no ha mejorado en lectura o matemáticas, enfrentan algunas de las tasas más bajas de graduación de la escuela secundaria" —nota a pie de página omitida—).

³⁴⁷ Véase en general Edin y Nelson, *op. Cit.* (en la que se examinan los desafíos de la paternidad entre los hombres que viven en entornos urbanos, de bajos ingresos).

³⁴⁸ Véase McLanahan y Garfinkel, *op. cit.*, p. 147 tbl.8.1 (señala que 45% de los padres solteros no tienen un diploma de escuela secundaria, en comparación con 19% de los padres casados, y que 39% han sido encarcelados, en comparación con 7% de los padres casados).

hombres negros.³⁴⁹ Incluso cuando estos sistemas dejaron de ser legales, el Estado adoptó muchas otras políticas que comprometieron las capacidades económicas de los hombres negros,³⁵⁰ desde el "redlining" de los vecindarios (que se refiere a práctica estatal de delinear los barrios con una población negra considerable para clasificarlos como peligrosos para la inversión, y, por tanto, negarles servicios financieros u otros), lo que resultó en una concentración racial de la pobreza, hasta el mantenimiento de un sistema de justicia penal que detiene y cachea a los hombres jóvenes de color a tasas altamente desproporcionadas³⁵¹ y trata las transgresiones de drogas cometidas por hombres negros mucho más duramente que las violaciones similares por parte de hombres blancos, a pesar de las tasas de uso y venta de drogas son similares.³⁵² Una norma jurídica basada en evidencia sobre la participación del padre y los resultados en el desarrollo de las y los niños fallaría en hacer responsable al Estado por las condiciones actuales de muchos de estos padres y correría el riesgo de replicar la discriminación del pasado.³⁵³

El problema persiste en el contexto de las políticas, en el que la evidencia empírica sobre los resultados en el desarrollo de los niños y las niñas en diferentes familias plantea la cuestión de si el Estado apoyará a todas las familias. Como ha argumentado la profesora Mary Anne Case, cuando las partes hacen una reclamación sobre los recursos estatales, como los

³⁴⁹ Véase, en general, por ejemplo, Wilson, William, Julius *The Truly Distaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy*, 2ª ed., 2012, pp. 10-12, 109-124 (argumenta que se ha creado una "división racial del trabajo debido a siglos[] de discriminación y prejuicio").

³⁵⁰ Véase en general Richard Rothstein, *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America* 153-76 (2017) (que comenta las políticas gubernamentales que impidieron que los afroamericanos subieran la escalera económica).

³⁵¹ Véase *Floyd v. City of New York*, 959 F. Supp. 2d 540, 658-67 (S.D.N.Y. 2013) (describe el impacto desproporcionado de la política de detención y cacheo de la ciudad de Nueva York en los hombres de color).

³⁵² Véase Alexander, *op. cit.*, pp. 98-100. De hecho, dada esta historia, es aún más notable que los padres negros solteros tienen más probabilidades que los padres blancos o latinos solteros de desempeñar un papel activo en la vida de sus hijos e hijas. Véase el texto supra que acompaña a las notas 232-233.

³⁵³ El argumento es algo diferente si el estado, en apoyo de las reglas de custodia, cita evidencia sobre tasas más altas de violencia de pareja entre parejas no casadas. Véase el texto supra que acompaña a la nota 319. En ese contexto, la principal preocupación es que la atención prestada a la violencia en el hogar eclipsa otros valores, en particular la igualdad entre los géneros y la relación entre padre e hijo/hija. Véase el texto supra a continuación de la nota 320.

subsidios para el cuidado infantil, no es irrazonable que el Estado solicite buenos resultados a cambio de ese apoyo.³⁵⁴ Esto desencadena una investigación sobre qué familias son capaces de producir estos resultados.³⁵⁵ Exigir mejores resultados podría conducir a menor, no mayor, inversión en familias con dificultades, en la medida en que hay evidencia de que las familias desfavorecidas no están bien posicionadas para fomentar buenos resultados para sus hijos e hijas. Para complicar el problema, cada vez más, los estudios indican que es difícil mejorar la crianza de los hijos e hijas en familias de bajo funcionamiento; hay una escasez de evidencia que demuestre la efectividad de los programas de crianza de los hijos para dichas familias.³⁵⁶

En resumen, someter a las familias a una prueba empírica sobre su capacidad para producir buenos resultados para sus hijos e hijas puede llevar a los responsables de la toma de decisiones a reproducir la discriminación. Centrarse en la evidencia empírica sobre los resultados no requiere interrogar las razones por las que un grupo puede no ser capaz de mostrar una contribución positiva. También puede dirigir la atención lejos de las preguntas sobre lo que las familias necesitan como una cuestión de dignidad e igualdad de ciudadanía y en cambio dirigirla hacia la determinación de qué familias pueden desempeñarse como el Estado desea.

D. Guía del uso de evidencia empírica en el derecho de familia

Si el giro empírico en el derecho de familia trae tanto beneficios considerables como razones sustanciales de preocupación, es esencial desa-

³⁵⁴ Case, Mary Anne, "How high the apple pie? A few troubling questions about where, why, and how the burden of care for children should be shifted", *Chi.-Kent L. Rev.*, 76, pp. 1753, 1772-1776, 2001 (hace este argumento en el contexto del apoyo público para el cuidado infantil al comentar sobre McClain, Linda C., "Care as a public value: linking responsibility, resources, and republicanism", *Chi.-Kent L. Rev.*, 76, p. 1673, 2001).

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Véase Shonkoff y Phillips, *op. cit.*, p. 226 ("Los esfuerzos por cambiar el curso del desarrollo [de los niños y niñas] mediante el fortalecimiento de la crianza de los hijos e hijas ha tenido un éxito desigual. Cambiar el comportamiento de los progenitores de maneras que cambien las probabilidades de resultados favorables para los niños y niñas a menudo es notablemente difícil").

rollar un marco para guiar el uso de esta evidencia. Los tomadores de decisiones deben saber cuándo y por qué usarlo, porque no todas las preguntas se pueden resolver con evidencia empírica. Esta sección propone un marco para guiar este proceso, fomentando el uso de evidencia empírica cuando sea apropiado, al tiempo que se preserva el espacio para que haya un amplio debate sobre los valores en competencia. Además, cuando la evidencia empírica es relevante, los tomadores de decisiones deben ser cautelosos sobre cómo la usan. Esta parte proporciona herramientas para guiar el uso de esta evidencia, y se hace un llamado para que haya un *gatekeeping* más efectivo todas las instituciones del derecho de familia, una mayor atención a los peligros de perpetuar la discriminación a lo largo de las identidades en intersección y un papel sólido para las y los juristas en la traducción de la evidencia empírica en normas y políticas legal

I. El papel adecuado de la evidencia empírica

Casi todas las preguntas de derecho de familia reflejan valores controvertidos y en competencia, pero algunas preguntas lo hacen más que otras. Ganar tracción sobre la cuestión de cuándo usar evidencia empírica requiere una apreciación de este aspecto del derecho de familia: algunas preguntas implican un consenso relativo sobre un valor o sobre qué valor priorizar, y algunas preguntas implican una falta relativa de consenso sobre un valor o sobre cómo priorizar valores en competencia. La evidencia empírica es más relevante para los primeros tipos de preguntas y menos relevante para los segundos.

Como cuestión de umbral, entonces, los responsables de la toma de decisiones deben determinar si hay consenso sobre un valor o la prioridad de los valores.³⁵⁷ Si hay un consenso relativo sobre estas cuestiones,

³⁵⁷ Esto plantea la cuestión de cómo determinar si hay consenso sobre el juicio subyacente y si debe haber consenso en cuanto a qué hay consenso. Al igual que con cualquier tema complejo, los polos son relativamente fáciles de identificar. Compare *Baker v. State*, 744 A.2d 864, 886 (Vt. 1999) (re-

entonces la evidencia empírica puede ayudar a identificar las opciones de política pública que promueven el valor consensuado o efectúan el equilibrio decidido de valores. En este contexto, la sociedad y el sistema jurídico han resuelto en gran medida los juicios de valor pertinentes, y la evidencia empírica elucidan útilmente las opciones de política pública. Está ampliamente aceptado en la sociedad moderna, por ejemplo, que las parejas íntimas no deben agredirse físicamente, un juicio que, por difícil que sea de recordar, alguna vez permaneció sin resolverse.³⁵⁸ Hoy en día, el problema que enfrentan los tomadores de decisiones no es si, sino cómo lograr este objetivo, y la cuestión del derecho de familia es una de implementación. La evidencia empírica ayuda a los tomadores de decisiones a comparar reglas y políticas alternativas para determinar cuál reducirá mejor la violencia de pareja. Sin duda, ningún valor es completamente indiscutible, e incluso promover resultados aparentemente indiscutibles requiere cierta consideración de valores en competencia, como la autonomía individual y la privacidad familiar.³⁵⁹ Pero cuando hay un objetivo claro y un consenso sobre el valor subyacente, así como cierto sentido sobre cómo priorizar los valores en competencia, la evidencia empírica de alta calidad puede ser inmensamente útil en el desarrollo de políticas.

Si la respuesta a la pregunta del umbral es que no hay consenso sobre un valor o hay un desacuerdo considerable sobre cómo equilibrar los valores en competencia, entonces la evidencia empírica es menos relevante,

conoce, como el primer tribunal supremo estatal en hacerlo, una demanda constitucional de reconocimiento de la relación de parejas del mismo sexo), con *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648, 672 (7th Cir. 2014) (afirma "[l]as sentencias del tribunal de distrito que invalidan y ordenan... las prohibiciones del matrimonio entre personas del mismo sexo" en una de las últimas decisiones de los tribunales inferiores antes de *Obergefell*). Con el marco propuesto en esta sección, puede que ya no sea necesario: el objetivo de la cuestión de umbral es determinar si la cuestión cae en un extremo u otro de un continuo de consenso.

³⁵⁸ Véase, por ejemplo, Goodmark, *Troubled Marriage*, *op. cit.*, p. 9

³⁵⁹ Véase Goodmark, Leigh, "Should domestic violence be decriminalized?", *Harv. J.L. & Gender*, 40, pp. 53, 57-69, 2017 (describe el debate sobre si la violencia de pareja debe despenalizarse a favor de enfoques alternativos e identifica los diversos valores en juego en el debate, incluyendo la autonomía de las víctimas y el deseo de retribución). Si hay un debate residual sobre valores opuestos, como la privacidad familiar versus una reducción de la violencia familiar, la evidencia empírica puede desempeñar un papel limitado en el esclarecimiento del debate. Comprender, por ejemplo, si medidas más intrusivas, como las visitas a la policía para familias con antecedentes de violencia, reducirían la violencia familiar podría informar el debate sobre cómo compensar estos valores en competencia.

y los tomadores de decisiones deben ser particularmente cuidadosos en el uso de esta evidencia, la cual no debe dominar la pregunta normativa subyacente, y los valores no cuantificados o no cuantificables deben recibir el debido reconocimiento. En estos contextos, es importante buscar fuentes de autoridad distintas de la evidencia empírica: empatía, capacidad de razonar, sentido de justicia.³⁶⁰ Este puede ser un proceso desordenado y difícil, y los principios fundamentales pueden no ser propensos para llegar a un acuerdo. De hecho, es un desafío encontrar acuerdos en torno a los valores en una sociedad pluralista y en rápida evolución, sin embargo, el debate debe resolverse en sus propios términos, como uno de valores y normas.³⁶¹ Por lo menos es esencial reconocer que el debate implica estos valores disputados y en competencia y que la evidencia empírica no resolverá completamente el problema.

Los desafíos legales a la ICWA son un buen ejemplo de la escasa relevancia de la evidencia empírica. Los litigios plantean varios debates cargados de valores: cómo equilibrar el bienestar de la niñez según lo definido por las métricas tradicionales contra el bienestar de la niñez según lo medido por un conjunto más amplio de intereses, incluyendo los vínculos tribales; cómo ponderar el bienestar de la niñez frente al bienestar de la tribu, y el valor que se debe atribuir a la soberanía tribal.³⁶² Para todas estas preguntas, la evidencia empírica puede dilucidar algunos de los desafíos del debate, mostrando, por ejemplo, si los niños y niñas realmente tienen peores resultados en el desarrollo cuando se los mantiene en hogares nativos americanos con cierto nivel de abuso o negligencia.³⁶³ Pero la

³⁶⁰ Véase Rawls, John, *Political Liberalism*, 2a ed., 1993, p. 28 (resume su teoría del equilibrio reflexivo); Leiter, Brian, "Constitutional law, moral judgment, and the Supreme Court as super-legislature", *Hastings L.J.*, 66, pp. 1601, 1602, 2015 (argumenta que la Corte Suprema actúa como una superlegislatura en el sentido de que la mayoría de las cuestiones constitucionales ante la Corte no están dictadas por la ley y, por lo tanto, los jueces regularmente y adecuadamente consultan sus propios valores morales y políticos).

³⁶¹ Esto plantea una serie de preguntas más allá del alcance de este ensayo, como si los tribunales están bien equipados para emitir juicios morales.

³⁶² Véase las notas 313-316 supra que acompañan al texto.

³⁶³ Si los tomadores de decisiones consultan evidencia empírica para esta pregunta más limitada, deben hacerlo conscientes de los peligros, particularmente la tentación de justificar una elección política con datos y el potencial de evidencia empírica para reproducir la discriminación histórica.

evidencia empírica fundamentalmente no puede responder a la pregunta de si y cómo equilibrar estos valores en competencia.³⁶⁴

La mayoría de las preguntas de derecho de familia está en algún lugar entre estos polos, con un acuerdo incompleto sobre los valores subyacentes y un acuerdo incompleto sobre cómo equilibrar los valores en competencia.³⁶⁵ En estos contextos, es importante hacer de la evidencia empírica sólo una parte del debate y ser explícito sobre la gama de valores en juego.

Considere el análisis predictivo en el sistema de bienestar infantil. Esta herramienta parece ser un medio rentable para reducir las lesiones graves y la muerte, sin embargo, también tiene una alta tasa de falsos positivos.³⁶⁶ La pregunta legal y política es si éste es un método aceptable para evaluar los casos de bienestar infantil. Como cuestión de umbral, la cuestión está entre los dos polos porque, aunque hay consenso en que la sociedad debe proteger a los niños y niñas del abuso y el abandono, hay un debate en curso sobre cómo equilibrar esta meta con otras

³⁶⁴ Incluso cuando la evidencia empírica podría ayudar a responder una pregunta objetiva que informa valores, como la inmutabilidad de la orientación sexual, es posible que no queramos que los tomadores de decisiones consideren esta evidencia. El profesor Edward Stein ha argumentado que la existencia de una base genética de orientación sexual, por ejemplo, debería ser irrelevante para las preguntas sobre la discriminación por orientación sexual. Stein, Edward, "Sexual orientations, rights, and the body: Immutability, Essentialism, and Nativism", *Soc. Res.*, 78, pp. 633, 638-654, 2011; véase también Halley, Janet E., "Sexual orientation and the politics of biology: a critique of the argument from immutability", *Stan. L. Rev.*, 46, pp. 503, 506, 1994 (el cual argumenta que la inmutabilidad no es un requisito para la condición de categoría sospechosa). Incluso si se pudiera mostrar un vínculo genético, y tiene dudas de que pueda, a Stein le preocupa que la consulta de evidencia sobre la naturaleza genética de la orientación sexual convierta indebidamente un juicio ético sobre la equidad y la inclusión en una pregunta científica. Véase Stein, *Sexual Orientation*, p. 634. Cree que la sociedad debe decidir sobre la aceptabilidad de la orientación sexual basada en valores, no en la ciencia. *Id.* pp. 654-655.

³⁶⁵ Parte de esto depende del nivel de especificidad con el que se plantea la pregunta. Véase Sunstein, Cass R., "Incompletely theorized agreements", *Harv. L. Rev.*, 108, pp. 1733, 1735-1736, 1995 (describe "acuerdos incompletamente teorizados", por los cuales los jueces "están de acuerdo en el resultado y en explicaciones relativamente estrechas o de bajo nivel para ello", como "una fuente importante de estabilidad social y una manera importante para que las personas diversas demuestren respeto mutuo, en la ley especialmente, pero también en la democracia liberal en su conjunto").

³⁶⁶ Véase el texto supra que acompaña a las notas 187-196.

preocupaciones, incluyendo la autonomía familiar, la integridad familiar y la intervención desproporcionada en las familias de color.³⁶⁷

La evidencia empírica es útil para la cuestión, pero no debe dominar. Cuando una agencia administrativa está determinando cómo reducir el abuso infantil, debe considerar múltiples enfoques para el problema. La evidencia empírica guía adecuadamente este proceso de comparación de políticas, arrojando luz sobre la efectividad y la eficiencia. Sobre la base de esta evidencia, una agencia estatal podría elegir el análisis predictivo de datos. Sin embargo, debido a que la herramienta cuela a muchos niños y niñas que no corren un alto riesgo de muerte y lesiones graves, es esencial preguntarse si la compensación es aceptable. El análisis empírico puede arrojar algo de luz sobre una tasa aceptable de falsos positivos al demostrar el daño a un niño o niña por el contacto innecesario con el sistema de bienestar infantil y el daño por abuso o negligencia no atendidos. Pero la tolerancia a los falsos positivos también es un juicio basado en valores y, por lo tanto, se deben abordar consideraciones distintas a la evidencia empírica.³⁶⁸ Una vez más, la evidencia empírica puede decirnos el riesgo que acompaña a los falsos positivos: cuántas familias son arrastradas indebidamente al sistema de bienestar infantil. Y la evidencia empírica puede decirnos si otras opciones de políticas promueven valores diferentes, por ejemplo, si el juicio de los trabajadores sociales, en comparación con el análisis predictivo, conduce a mayor o menor intervención para las familias de color. Pero la evidencia empírica no puede determinar completamente la aceptabilidad de los falsos positivos o cómo ponderar estas y otras preocupaciones. Esto debe debatirse como una cuestión de valores en competencia. En resumen, la evidencia empírica es útil mas no dispositiva.

³⁶⁷ Véase Huntington, *Rights Myopia*, nota 186 supra, pp. 643-655.

³⁶⁸ Cf. 4 Blackstone, nota 49 supra, en *352 ("[M]ejor que diez personas culpables escapen a que una inocente sufra"). Para una discusión más detallada de los valores y el uso del análisis predictivo en otros contextos, véase O'Flaherty, Brendan, "Assessment and prediction in homelessness services and elsewhere", *Austl. Rev. Rev.*, 50, pp. 229-230, 232, 234, 2017 (argumenta que el uso de análisis predictivos para asignar servicios para personas sin hogar puede funcionar en contra de las nociones de equidad, que pueden ser más fáciles de lograr que la optimización, y pueden fallar en identificar a aquellos que realmente necesitan servicios).

Volviendo a una pregunta más compleja, considere el matrimonio plural. Personas alentadas por *Obergefell* están comenzando a desafiar el límite de dos personas en el matrimonio —lo que a veces es llamado la próxima frontera en el matrimonio igualitario —³⁶⁹ tanto si debe ser criminalizado como si, más positivamente, los estados deben permitir que múltiples personas se casen entre sí.³⁷⁰ Tomando la pregunta afirmativa del derecho a casarse, el marco propuesto anteriormente guía el uso de la evidencia empírica. Como cuestión de umbral, hay una visión predominante, mas no uniforme, de que el matrimonio plural es inaceptable.³⁷¹ Algunos comentaristas argumentan que la práctica es moralmente repugnante e incompatible con las nociones de justicia y los valores democráticos básicos,³⁷² y otros sostienen que es posible tener una visión ética del poliamor.³⁷³ Además, hay valores claramente en competencia, con la pregunta

³⁶⁹ Véase, por ejemplo, Douglas E. Abrams et al., *Contemporary Family Law* 127-29 (4ª ed. 2012).

³⁷⁰ Véase *Collier v. Fox*, CV 15-83-BLG-SPW-CSO, 2015 WL 12804521, pp. *1-4 (D. Mont. 8 de diciembre de 2015) (desestima el caso presentado por un hombre y dos mujeres que desafiaban la ley penal de Montana que prohibía la bigamia porque las partes carecían de legitimación ya que no habían contraído matrimonio plural y, en cambio, buscaban una orden judicial preejecutada contra el Estado sin ninguna evidencia de que éste haría cumplir la disposición); *Brown v. Buhman*, 947 F. Supp. 2d 1170, 1176 (D. Utah 2013) (halla la prohibición penal de Utah sobre la bigamia inconstitucional en cuanto se aplica a la cohabitación), anulado por carecer de valor jurídico, 822 F.3d 1151 (10th Cir. 2016) (que halla el caso discutible ya que el Estado adoptó una política de no enjuiciamiento por cohabitación y, por lo tanto, anuló la decisión de abajo), cert. negado, 137 S. Ct. 828 (2017).

³⁷¹ Para una discusión de la relación entre el matrimonio plural y la aceptación social, véase Scott y Scott, *op. cit.*, pp. 313-314, 364-369 (argumenta que el estado reconocerá a aquellas familias numerosas que satisfagan los criterios de bienestar social, particularmente la interdependencia y el cuidado mutuo a largo plazo, y que la poliginia está tan fuertemente asociada con los daños, especialmente el abuso sexual y la desigualdad extrema de género, que será particularmente difícil para estas familias obtener reconocimiento social).

³⁷² Véase Macedo, Stephen, *Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy, and the Future of Marriage*, 2015, pp. 146-148, 164-165, 184-190, 203, (argumenta en contra del reconocimiento legal del matrimonio plural en parte debido a sus daños asociados); Witte, Jr., John, *The Western Case for Monogamy over Polygamy*, 2015, 457-465 (describe la baja aceptabilidad social de la poligamia y argumenta que "cualquier cambio en las leyes tradicionales de poligamia debe venir de abajo... mediante ajustes democráticos graduales").

³⁷³ Véase Emens, Elizabeth F., "Monogamy's law: obligatory monogamy and polyamorous existence", *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 29, pp. 277, 283, 2004 ("el poliamor es un estilo de vida adoptado por una minoría de individuos que ... articulan una visión ética que entiendo que abarca cinco principios centrales: autoconocimiento, honestidad radical, consentimiento, posesión propia y privilegiar el amor y el sexo sobre otras emociones y actividades como los celos"); Strauss, Gregg, "The positive right to marry", *Va. L. Rev.*, 102, pp. 1691-1762-1765, pp. 2016 (argumenta que "la ley no puede reconciliar las desigualdades en la libertad creadas por la poligamia tradicional", pero señalando que otras formas de matrimonio plural, aparte de un hombre y múltiples esposas, podrían ser conciliables

sobre cómo equilibrar la inclusión y el pluralismo por un lado y el bienestar infantil y la igualdad de género por el otro.³⁷⁴

Con esta pregunta entre los dos polos, la evidencia empírica puede ser útil, pero es importante calibrar su papel.

Si una legislatura se ocupara de la cuestión, las y los legisladores deberían debatir si, como cuestión de valores, estar casados con más de una persona al mismo tiempo es el tipo de decisión que se debe permitir que tomen las personas adultas considerando su capacidad para consentir. Las y los legisladores deberán equilibrar valores como la autonomía, el pluralismo y la inclusión con los valores del bienestar infantil y la igualdad de género. Aunque hay evidencia considerable sobre los resultados en el desarrollo de la niñez y el daño a las mujeres,³⁷⁵ es importante que los tomadores de decisiones delimiten esa evidencia y no dejen que decida completamente el tema. Además, los legisladores deben aceptar explícitamente la naturaleza normativa del juicio que hagan y no simplemente esconderse detrás de la evidencia de pobre desarrollo de la niñez.

con la igualdad). En *Brown v. Buhman*, el tribunal de distrito de Utah evaluó el contexto del matrimonio plural y se mostró escéptico sobre cualquier daño asociado con él. 947 F. Supp. 2d p. 1188. El tribunal señaló que la percepción histórica del daño no se trataba de un daño real a los niños y niñas, sino del de "introducir una práctica percibida como característica de las personas no europeas, o las razas no blancas, en la sociedad estadounidense blanca". *Id.*; también p. 1191 (señala que el Estado no había presentado pruebas que respaldaran una conclusión de daño social y, por lo tanto, no había una cuestión material de hecho). Dicho esto, el tribunal no decidió la impugnación sustantiva del debido proceso basándose en pruebas empíricas y, en cambio, la rechazó debido a la larga tradición en el derecho angloamericano de prohibir el matrimonio plural. *Id.* pp. 1194-1197.

³⁷⁴ Véase Strauss, Gregg, "Is polygamy inherently unequal?", *Ethics*, 122, pp. 516, 516-517, 524-544, 2012 (el cual argumenta que la estructura tradicional de la poliginia —uno de los cónyuges se casa con múltiples parejas— crea necesariamente desigualdades, pero que otras formas de matrimonio plural: la fidelidad a la política —cada cónyuge está casado con cada otro cónyuge— y la poligamia molecular —cualquier cónyuge puede casarse fuera de la familia original— no presentan, teóricamente, tales desigualdades estructurales). Compare *Brown*, 947 F. Supp. 2d pp. 1188, 1191, 1194-97 (expresa escepticismo sobre cualquier daño asociado con el matrimonio plural, pero también reconoce la larga tradición de prohibir el matrimonio plural), Scott y Scott, *op. cit.*, p. 342 (expresa preocupación por la relación entre el matrimonio plural y el daño a los niños y niñas y las mujeres).

³⁷⁵ Véase el texto de las notas 328-329.

Cuando los tribunales consideren la impugnación al límite de dos personas en el matrimonio, los jueces y las juezas deben abordar la cuestión de manera algo diferente a las y los legisladores.³⁷⁶ Como cuestión de doctrina constitucional, la relevancia de la evidencia empírica depende del tipo de argumento constitucional contra la prohibición del matrimonio plural. En un reclamo de debido proceso sustantivo, la pregunta es si el derecho a casarse con más de una persona es un derecho fundamental, que es una cuestión normativa, basada en valores.³⁷⁷ Puede haber algún espacio dentro de este análisis para considerar evidencia empírica, particularmente con respecto a la consideración de los niños y las niñas y la naturaleza del matrimonio. Sin embargo, esto es en el fondo una indagación sobre valores y debe tratarse como tal.

Si un tribunal reconoce el matrimonio plural como un derecho fundamental, entonces el tribunal procedería a la segunda parte del análisis: "si la restricción está estrechamente relacionada con el cumplimiento de un interés estatal imperioso".³⁷⁸ Este análisis trata de referirse a la correspondencia entre los medios y los fines, preguntando si el interés del Estado en limitar el matrimonio a dos personas es suficiente para superar la restricción al derecho fundamental ahora reconocido de casarse con

³⁷⁶ El marco propuesto en esta sección dirige a los tomadores de decisiones a limitar el uso de evidencia empírica, pero reconoce el argumento de que, en casos constitucionales, los ciudadanos están debatiendo valores y generalmente lo hacen en un lenguaje que puede llegar a otros ciudadanos que tienen diferentes valores. Véase Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe rage: democratic constitutionalism and backlash", *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 42, pp. 373, 379-385, 2007. La evidencia empírica, con su pretensión de ser neutral en valor, puede ser un lenguaje poderoso y, por lo tanto, existe la tentación de llevarla a los debates normativos. Para un análisis más detallado del papel de la evidencia empírica en la toma de decisiones constitucionales, véase Kahan, *op. cit.*, pp. 31-41 (describe el debate sobre el uso de la evidencia empírica en la toma de decisiones constitucionales); Zick, Timothy, "Constitutional empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths", *N.C. L. Rev.*, 82, pp. 115, 179-202, 2003 (analiza la mayor dependencia de los tribunales de la evidencia empírica en los casos constitucionales).

³⁷⁷ Como señaló la Corte en *Obergefell*, el debido proceso sustantivo "requiere que los tribunales ejerzan un juicio razonado para identificar los intereses de la persona tan fundamentales que el Estado debe otorgarles su respeto". *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2598 (2015). Ello conllevará un análisis de los valores que la Corte identificó como inherentes al derecho al matrimonio: que la elección personal en el matrimonio refleja la autonomía individual, que es la forma última de reconocimiento de la relación, que también se refiere a los hijos e hijas y las familias, que están protegidos por separado en la Constitución, y que es una institución social fundacional. *Id.* pp. 2599-2602.

³⁷⁸ *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302 (1993).

más de una persona a la vez. En contraste con la identificación de la existencia de un derecho fundamental, evaluar el interés del Estado si requiere evidencia empírica. Esta investigación se centraría en la conexión entre el matrimonio plural y el daño a los niños y niñas y a los miembros vulnerables de la familia, preguntando si prohibir el matrimonio plural reduce el riesgo de estos daños. Pero incluso en esta parte del análisis, hay preguntas no empíricas en juego, por ejemplo, ¿qué riesgo de daño que puede resultar de permitir el matrimonio plural es suficiente para justificar la prohibición? Esto también debe responderse como una pregunta basada en valores. En resumen, un análisis sustantivo del debido proceso sólo permite que la evidencia empírica juegue un papel pequeño.³⁷⁹

Tanto las y los legisladores como las y los jueces deben reconocer la interrelación de los valores y la evidencia empírica que rodean al matrimonio plural. Como se señaló anteriormente, uno orienta al otro, y ninguno puede ser desentrañado ordenadamente.³⁸⁰ El valor generalizado de la monogamia probablemente influye en la evidencia empírica, y esta evidencia probablemente influye en el valor. No hay una manera fácil de evitar este entrelazamiento, mas reconocer la relación ayudará a los tomadores de decisiones a ser más cautelosos tanto con la evidencia empírica como con los valores influenciados por los datos, sin poner demasiado peso en ninguno y entendiendo que cambiar uno puede influir en el otro.

³⁷⁹ El análisis es algo diferente en una demanda de igual protección. En un litigio de protección igual a una prohibición del matrimonio plural, la evidencia empírica es relevante para determinar si la categoría identificada es una clase protegida. Véase *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 440-42 (1985) (describe las cuatro características de una clase protegida: si la clase ha sido objeto de discriminación histórica, tiene una característica definitoria que guarda relación con la capacidad de contribuir a la sociedad, tiene características obvias o inmutables y es una minoría o políticamente impotente). Si la categoría es una clase protegida, entonces la evidencia empírica también es relevante para la adecuación entre la clasificación y el objetivo de la legislación. La evidencia empírica sería relevante para la articulación por parte del Estado de su objetivo, presumiblemente protegiendo a los niños y niñas y a los miembros vulnerables de la familia de una forma de familia que podría ser explotadora. Si la categoría no es una clase protegida, entonces bajo una revisión racional, la legislatura no necesita mostrar evidencia empírica para apoyar su especulación de que la ley avanza su meta. Véase *FCC v. Beach Commc'ns, Inc.*, 508 U.S. 307, 315 (1993) (en que se explica que, bajo una revisión racional, "la elección legislativa no está sujeta a la determinación de los hechos en los tribunales y puede basarse en especulaciones racionales no respaldadas por pruebas o datos empíricos").

³⁸⁰ Véase el texto de las notas 328-331.

En resumen, los valores controvertidos y en competencia impregnan el derecho de familia. Es fundamental preservar el espacio para debatir estas cuestiones de forma explícita, por difícil que a menudo sea. Del mismo modo, es esencial que los responsables de la toma de decisiones eviten caer en la tendencia de utilizar la evidencia empírica para cubrir las elecciones políticas sobre los valores y normas preferidos. El marco propuesto en esta sección acepta la relevancia de la evidencia empírica, pero se cuida de su dominio. Aplicado adecuadamente, el marco aborda así el riesgo de que el giro empírico permita a los responsables de la toma de decisiones evitar y oscurecer los juicios basados valores. Finalmente, el enfoque reconoce que los valores pueden ser orientados por la evidencia empírica, y por lo tanto permite que la evidencia tenga su propio lugar, tal vez modesto, en la conversación sobre los valores.

II. Herramientas prácticas

Una vez que los tomadores de decisiones determinen que la evidencia empírica es relevante para la pregunta en cuestión, debe usarse de una manera que aborde las preocupaciones de la sección C. Este apartado identifica tres herramientas para lograr esos fines: 1) mejorar el *gatekeeping* de las instituciones del derecho de familia; 2) prestar mayor atención a las formas en que la evidencia empírica refleja, pero también refracta las identidades que se intersectan, y 3) un papel robusto de las y los juristas en la traducción de la evidencia empírica en normas jurídicas y políticas públicas. El objetivo de este apartado es ofrecer ideas iniciales sobre esas herramientas, con la intención de provocar un debate más amplio sobre cómo usar la evidencia empírica de una manera que se aprovechen sus beneficios mientras se protege contra sus peligros.

1. *Gatekeeping*

Las y los actores legales deben ser tanto más sofisticados como más escépticos en el consumo y uso de la evidencia empírica. Una cuestión fundamental es el desarrollo de mecanismos de *gatekeeping* más eficaces. Como

se señaló anteriormente, los tribunales federales generalmente siguen las reglas probatorias básicas sobre la admisión de testimonios periciales,³⁸¹ pero, con demasiada frecuencia, los tribunales de lo familiar no lo hacen así y, por lo tanto, admiten pruebas poco confiables.³⁸² Aunque generalmente es deseable, puede ser poco realista revitalizar a *Daubert* en los tribunales familiares a la luz del volumen abrumador de casos que tienen, el apoyo mínimo y los, generalmente, estándares probatorios laxos.³⁸³

Para abordar este problema estructural, un posible camino es crear un proceso de revisión separado del tribunal en lo individual, quitándole la carga a los jueces de los tribunales de familia. Un cuerpo colegiado centralizado de expertos podría examinar la evidencia empírica relacionada con las cuestiones que se abordan regularmente en los tribunales de lo familiar: desarrollo de las y los adolescentes, violencia doméstica, coparentalidad y similares. Esto es más que un llamado a la capacitación judicial, que ayudaría a preparar a los jueces para el mundo empírico. Es un método centralizado para revisar la voluminosa investigación y determinar qué piezas cumplen con el estándar de *Daubert*, mejorando así la calidad de los estudios que utilizan las y los jueces de lo familiar. Este enfoque presentaría sus propios desafíos, como garantizar la neutralidad y la sofisticación de las y los integrantes de cuerpo colegiado que haga la revisión. Pero si este panel funcionara como un recurso adicional, com-

³⁸¹ Para más orientación a los tribunales sobre cómo usar la evidencia empírica, véase Monahan, John y Walker, Laurens, "A judges' guide to using social science", *Ct. Rev.*, 43, pp. 156, 162, 2007 (asesora a los tribunales sobre cómo obtener, evaluar y utilizar pruebas empíricas para establecer hechos legislativos, hechos adjudicativos y marcos sociales).

³⁸² Véase el texto supra que acompaña a las notas 166-169. Para obtener más información sobre cómo los tribunales pueden evaluar mejor la investigación en ciencias sociales, consulte Monahan, John y Walker, Laurens, "Social authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law", *U. Pa. L. Rev.*, 134, pp. 477, 498-508, 1986 (propone que los tribunales evalúen la investigación científica de manera análoga a la forma en que evalúan los precedentes y priorizan la investigación que "(1) ha sobrevivido a la revisión crítica de la comunidad científica; (2) ha empleado métodos de investigación válidos; (3) es generalizable al caso en cuestión; y (4) está respaldado por un cuerpo de otras investigaciones"); Davis, *There Is a Book Out*, pp. 1594-1602 (describe cómo los tribunales pueden ser más rigurosos en su uso de las ciencias sociales, el testimonio de expertos y la literatura alternativa para determinar los hechos legislativos).

³⁸³ Véase el texto supra que acompaña a las notas 166-169.

plementando, mas no suplantando automáticamente la revisión individual, mejoraría la calidad de la evidencia empírica utilizada en los tribunales de lo familiar.

Sin embargo, ni una aplicación estricta del estándar de *Daubert* explica las formas en que la evidencia empírica falla en reflejar la discriminación histórica respaldada por el gobierno. Los tribunales deberán abordar esta cuestión por separado. En el contexto del matrimonio plural, por ejemplo, cuando un tribunal está considerando evidencia de cualquier daño asociado con el matrimonio plural, el tribunal también debe preguntar si estos daños inevitablemente vienen de la estructura familiar o si son al menos en parte producto de la discriminación histórica.³⁸⁴ En la medida en que hay evidencia de que los hijos e hijas de matrimonios plurales tienen peores resultados en su desarrollo que aquellos de otras estructuras familiares, los tribunales deben cuestionar, suponiendo que la evidencia subyacente no lo haga, si estos resultados se deben, al menos en parte, a la hostilidad del Estado contral el matrimonio plural.

Más allá de los tribunales, los órganos legislativos deben desarrollar mejores mecanismos de *gatekeeping*, ya que actualmente no tienen una práctica estándar para garantizar la fiabilidad y pertinencia de la evidencia empírica. Es cierto que es un tema enorme, y esta sección no puede identificar todos los fracasos actuales y las posibles soluciones, pero la idea básica del mecanismo es alentar a las legislaturas a considerar los múltiples lados de un problema. Cuando el Congreso promulgó una serie de reformas al sistema de manutención infantil en la década de 1970, tenía abundantes pruebas de que las órdenes de manutención de los hijos e hijas no se aplicaban adecuadamente,³⁸⁵ pero no tenía pruebas de que un sistema sólido de manutención infantil mejoraría la pobreza infantil.³⁸⁶

³⁸⁴ Véase el texto supra que acompaña a las notas 328-331.

³⁸⁵ Véase Grossman, Joanna L. y Friedman, Lawrence M., *Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America*, 2011, pp. 224-231. (describe la historia de las leyes federales de manutención de los hijos e hijas y sus insuficiencias y deficiencias).

³⁸⁶ Esta evidencia habría sido difícil de encontrar porque los progenitores de bajos ingresos no custodios generalmente no tienen un ingreso para mantener a sus hijos e hijas. Véase Office of Child

En lugar de considerar medios alternativos para mejorar la pobreza infantil, como la provisión garantizada de subsidios infantiles, común en muchos países europeos durante más de medio siglo,³⁸⁷ el Congreso reforzó la norma cultural de familias económicamente independientes.³⁸⁸ Si el Congreso hubiera tenido evidencia adicional sobre varias alternativas, al menos habría tenido que explicar por qué no estaba eligiendo la pensión infantil, una política más efectiva,³⁸⁹ aunque menos popular políticamente.

Con la revisión judicial de sus acciones y, para algunos organismos, las normas internas de recopilación de evidencia, los organismos administrativos tienen algún control sobre la calidad de su toma de decisiones, pero éstos todavía tienen un gran margen de maniobra en su uso de evidencia prueba empírica. Es esencial desarrollar un sistema para garantizar que el uso de la evidencia empírica por parte de las agencias estatales sea de alta calidad y aborde las preocupaciones sobre la confiabilidad de los datos, el uso adecuado de la evidencia, etcétera. La capacidad de los organismos administrativos para abordar estas cuestiones se ve exacerbada en el

Support Enf 't, U.S. Dep't of Health & Human Servs., Family-Centered Innovations Improve Child Support Outcomes 1 (2011), disponible en: http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/oc/family_centered_innovations.pdf [<http://perma.cc/SUL6-UTYA>] ("Una cuarta parte de todos los progenitores con y sin la custodia son pobres y casi dos tercios de las familias con la custodia de sus hijos e hijas que forman parte del programa de manutención infantil tienen ingresos inferiores al 200 por ciento del umbral de pobreza"). Los padres de estas familias a menudo no pueden pagar ni siquiera pequeñas cantidades de dinero para mantener a sus hijos e hijas. Véase Kohn, Laurie S., "Engaging men as fathers: the courts, the law, and father-absence in low-income families", *Cardozo L. Rev.*, 35, pp. 511, 531-544, 2013 ("Las investigaciones sugieren que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la mayoría de los padres de bajos ingresos no se debe a su falta de voluntad para mantener a sus hijos e hijas, sino a que no ganan lo suficiente para cumplir con sus obligaciones").

³⁸⁷ Véase Lindsey, Duncan, *The Welfare of Children*, 2ª ed., 2004, pp. 319-20 (en que se describen los programas universales de subsidios por hijos e hijas en Europa y en otros lugares).

³⁸⁸ En el derecho consuetudinario, los progenitores están obligados a proporcionar apoyo económico a sus hijos e hijas. Véase Blackstone, *op. cit.*, p. *435 (considera este deber como "un principio de derecho natural", derivado de "la propia naturaleza" y del acto de "traer [a un niño o niña] al mundo" porque "sería sumamente perjudicial para su situación, si sólo dieran vida a los niños y niñas, para que después los vieran perecer"); Kent, *op. cit.*, p. 161 ("El padre está obligado a mantener a sus hijos e hijas menores de edad, si es capaz, aunque tengan bienes propios; pero esta obligación en tal caso no se extiende a la madre").

³⁸⁹ Si el Congreso hubiera comparado medios alternativos, habría tenido que abordar la investigación que muestra que los ingresos garantizados para los niños y niñas son un medio más efectivo de apoyar a las familias de bajos ingresos que la manutención de los hijos e hijas. Véase Lindsey, *op. cit.*, pp. 313-338.

ámbito de los gobiernos locales porque las limitaciones presupuestarias y los límites de la capacidad institucional significarán que los organismos generalmente no tienen acceso a instrumentos sofisticados para evaluar la evidencia empírica. Una solución es que las agencias se asocien con las universidades. Estas instituciones de investigación pueden desempeñar un papel útil en ayudar a las agencias estatales a identificar y a criticar la evidencia empírica relevante. La Universidad de Florida, por ejemplo, patrocinó una conferencia de trabajo de dos días sobre el desarrollo en la primera infancia, que reunió a académicos y académicas, proveedores de cuidado infantil y agentes gubernamentales.³⁹⁰ El fructífero intercambio fue una oportunidad para traducir el conocimiento sobre el desarrollo en la primera infancia en pasos que pueden ponerse en práctica en los ámbitos nacional, estatal y local.

2. Atención a la intersección de identidades

Como ha argumentado la profesora Robin Lenhardt, a menudo la ley parece ser racialmente neutral, sin embargo, en funcionamiento, perpetúa la desigualdad racial.³⁹¹ Ella sostiene que cuando el Estado invierte poco en escuelas que sirven principalmente a estudiantes de color, no combate la segregación racial en la vivienda y no protege la seguridad del suministro de agua, las familias y especialmente las familias de color de bajos ingresos, sufren las consecuencias.³⁹² De hecho, hay numerosas formas en que el derecho de familia oculta la importancia de las identidades en intersección, incluyendo la raza, la clase y el género. Los tribunales a menudo miran las demandas constitucionales de los padres solteros como una disputa entre padres casados y solteros, no entre madres solteras y padres solteros, evitando así un debate sobre la discriminación por sexo

³⁹⁰ Early Childhood National Summit, Univ. of Fla. Anita Zucker Ctr. for Excellence in Early Childhood Studies, disponible en: <http://ceecs.education.ufl.edu/national-summit/> [<http://perma.cc/Z8AA-QE2D>] (consultado el 12 de septiembre de 2017).

³⁹¹ Véase Lenhardt, R. A. "The color of kinship", *Iowa L. Rev.*, 102, pp. 2071, 2074-2077, 2017.

³⁹² *Id.* p. 2088.

y los roles de género en la familia.³⁹³ Los debates sobre padres solteros corren el riesgo de pasar por alto las dimensiones de raza y clase del estado civil, ignorando la realidad de que la mayoría de los padres solteros son de bajos ingresos y de color.³⁹⁴ Por lo tanto, con esto invisibilizado, el debate parece estar entre hombres que asumen voluntariamente las responsabilidades de la paternidad al casarse con la madre de sus hijos y hombres que eluden estas responsabilidades. Sin embargo, este encuadre ignora algunas de las razones por las que hay bajas tasas de matrimonio en las comunidades pobres, en particular la discriminación patrocinada por el gobierno que ha comprometido el potencial económico de algunos hombres, y especialmente hombres negros, lo que dificulta que estos hombres mantengan a sus hijos e hijas.³⁹⁵ También oculta el papel del Estado en utilizar al matrimonio como una herramienta para subyugar a las poblaciones no dominantes, políticas que han hecho que el matrimonio sea mucho menos atractivo para dichos grupos.³⁹⁶

Siguiendo la invitación de Lenhardt para descubrir el papel de la ley en la perpetuación de la desigualdad, es esencial que los tomadores de decisiones vean cómo la evidencia empírica puede traer la atención a la desigualdad, pero también puede invisibilizarla y agravarla. Comenzando con el potencial de la evidencia empírica para ayudar a develar la desigual-

³⁹³ Véase Mayeri, Serena, "Foundling fathers: (non-)marriage and parental rights in the age of equality", *Yale L.J.*, 125, pp. 2292, 2292, 2334-2342, 2016 (argumenta que en los casos fundacionales que establecen los derechos limitados de los padres solteros, la Corte Suprema enmarcó el conflicto como un choque entre esposos y padres solteros, no entre madres y padres, y así evitó las cuestiones de neutralidad sexual en el derecho de custodia).

³⁹⁴ Véase McLanahan y Garfinkel, *op. cit.*, p. 147, tbl.8.1 (reporta características informativas de los participantes en el Fragile Families and Child Wellbeing Study). En el momento del nacimiento del niño o niña, 29.5% de los padres casados habían obtenido al menos un título universitario, en comparación con 3.8% de los padres no casados, no custodios; 12.5% de los padres no casados eran blancos y 58.4% eran negros. *Id.* Muchos académicos y académicas reconocen este aspecto del debate. Véase, por ejemplo, Carbone, June y Cahn, Naomi, "Non-marriage", *Md. L. Rev.*, 76, pp. 55, 79, 106, 118, 2016 (indica que aquellos que no se casan difieren de aquellos que sí se casan de maneras que afectan a los niños y niñas y que los progenitores no casados tienden a tener menos recursos que los casados).

³⁹⁵ Véase el texto supra que acompaña a las notas 350-353.

³⁹⁶ Véase Franke, Katherine, *Wedlocked: The Perils of Marriage Equality*, 2015 (destaca el potencial de normas jurídicas indeseables aplicadas por el estado que pueden acompañar al matrimonio civil).

dad, puede mostrar cómo las familias de color están representadas de manera desproporcionada en el sistema de bienestar infantil,³⁹⁷ posiblemente derivado de un sesgo que se construyó para identificar patologías en tales familias.³⁹⁸ Y en el sistema de apoyo a la niñez, la evidencia empírica puede mostrar que la mayoría de los hombres que no pagan la manutención infantil carecen de los medios económicos para hacerlo.³⁹⁹ Al documentar estas diferencias, los tomadores de decisiones pueden usar la evidencia empírica para comprender mejor la relevancia actual de la raza, la clase y el género y comenzar a prestar atención al problema.⁴⁰⁰ Como se señaló anteriormente, la evidencia empírica también puede ser un antídoto contra la discriminación y los estereotipos degradantes, como la imagen inexacta del padre negro que no se involucra.⁴⁰¹

Sin embargo, en el otro lado de la balanza, la evidencia empírica puede invisibilizar la desigualdad. Cuando los tomadores de decisiones usan esta evidencia por su valor aparente, sin cuestionar las causas subyacentes de los resultados diferenciales a lo largo de las líneas de identidad, principalmente la raza y la clase, enmascaran la fuente de la desigualdad.⁴⁰² De modo aún más problemático, la evidencia empírica puede agravar la relevancia de las identidades en intersección. En el análisis predictivo, una crítica repetida es la dependencia del algoritmo en el hecho de que un progenitor haya tenido contacto previo con el sistema de bienestar infantil siendo

³⁹⁷ Children 's Bureau, U.S. Dep't of Health & Human Servs., *The AFCARS Report: Preliminary FY 2015 Estimates as of June 2016*, en 2 (2016), disponible en: <http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/cb/afcarsreport23.pdf> [<http://perma.cc/4N5F-SUFR>].

³⁹⁸ Véase Putnam-Hornstein, Emily et al., "Race and ethnic disparities: a population-based examination of risk factors for involvement with child protective services", *Child Abuse & Neglect*, 37, pp. 33-34, 42-44, 2013 (discute la literatura que hace esta afirmación, así como la evidencia en un estudio de una cohorte de nacimientos de California); véase también la nota 203 (cita fuentes que discuten posibles explicaciones para las correlaciones entre la raza y el maltrato infantil).

³⁹⁹ Family-Centered Innovations, nota 387 supra, p. 2.

⁴⁰⁰ Véase, por ejemplo, Office of Child Support Enf't, U.S. Dep't of Health & Human Servs., *Annual Report to Congress FY 2015*, at iii, 9-11 (2016), disponible en: http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/programs/css/fy2015_part_01.pdf [<http://perma.cc/KP25-5QP9>] (describe la reorientación del sistema de manutención infantil en respuesta a los desafíos que enfrentan los hombres de bajos ingresos).

⁴⁰¹ Véase el texto supra que acompaña a la nota 233.

⁴⁰² Véase la sección "1. Confiabilidad y traducción" supra.

niño o niña.⁴⁰³ Incluso si es un predictor confiable, incluir este dato corre el riesgo de volver a replicar la discriminación contra familias de color de bajos ingresos. Para las familias nativo americanas, en particular, este factor de riesgo expondría a un número excepcionalmente alto de progenitores a un mayor escrutinio. Los niños y niñas nativos americanos enfrentan el mayor riesgo acumulado de colocación en hogares de acogida, incluso con las protecciones de la ICWA estando en vigor.⁴⁰⁴ En la medida en que las colocaciones anteriores en hogares de acogida reflejan alguna forma de sesgo y no sólo tasas más altas de maltrato, incluir el historial de colocación en hogares de acogida de un progenitor nativo americano como un factor en el algoritmo, recrea esta discriminación.

En resumen, cuando se utiliza la evidencia empírica para tomar decisiones, es esencial que los tomadores de decisiones —legisladores, tribunales y funcionarios administrativos— estén en sintonía con el potencial de la evidencia empírica no sólo para desenmascarar la desigualdad sino también para agravarla. Los responsables de la toma de decisiones deben preguntarse si la evidencia subyacente es un reflejo de la discriminación histórica. Y luego deben preguntarse si el uso de evidencia empírica perpetuará esa discriminación.

3. El papel de traducción de las y los juristas

Por último, las y los juristas desempeñan un papel fundamental en orientar el uso de la evidencia empírica.⁴⁰⁵ El sistema jurídico siempre necesita

⁴⁰³ Véase el texto supra que acompaña a la nota 190.

⁴⁰⁴ Véase Wildeman, Christopher y Emanuel, Natalia, "Cumulative risks of foster care placement by age 18 for U.S. children, 2000-2011", *PLOS ONE*, 9, pp. 1, 5, 2014 (hallan un riesgo acumulativo de 5.91% de colocación en hogares de acogida para todos los niños y niñas en Estados Unidos antes de los 18 años, pero con marcadas diferencias por raza y etnia). Los niños y niñas asiáticos enfrentan un riesgo de 2.14%; los niños y niñas blancos, de 4.86%; los niños y niñas latinos, de 5.35%; los niños y niñas negros, de 10.99%, y los niños y niñas nativo americanos, de 15.44% de colocación en hogares de acogida. *Id.*

⁴⁰⁵ Las y los estudiosos del derecho de familia también pueden realizar investigaciones empíricas, como ya hacen algunos. Véase, por ejemplo, Allen, Douglas W. y Brinig, Margaret, "Do joint parenting laws make any difference?", *J. Empirical Legal Stud.*, 8, pp. 304, 2011 (estudia el efecto de una presunción

mejores investigaciones y datos más fiables, pero, lo que es más fundamental, necesita una traducción sofisticada de las ciencias sociales y duras en normas jurídicas y políticas públicas. Las y los investigadores fuera de la academia jurídica no están bien posicionados para convertir sus hallazgos en normas jurídicas y políticas públicas, y de hecho, al tratar de hacerlo se corre el riesgo de comprometer la investigación subyacente.⁴⁰⁶ Pero las y los académicos del derecho son los indicados para este trabajo.⁴⁰⁷ El análisis de las políticas es uno de los arquetipos de la investigación jurídica, con las y los académicos identificando problemas, comparando objetivamente evidencia sobre alternativas y recomendando soluciones.⁴⁰⁸ Además, este trabajo de traducción es más que simplemente conciliar estudios divergentes. Requiere la integración de otras bases para la regulación jurídica, incluyendo una consideración de valores, moralidad, etcétera.⁴⁰⁹ Las y los juristas pueden ayudar a poner el trabajo empírico en contexto, observando casos en los que la investigación avanza un objetivo en particular, pero el sistema jurídico puede querer hacer algo más que simplemente avanzar ese objetivo.

Las y los académicos del derecho de familia están en el camino correcto, recurriendo regularmente al trabajo empírico de una variedad de disci-

de custodia conjunta en las determinaciones de custodia); Brinig, Margaret F. y Allen, Douglas W., "These boots are made for walking": why most divorce filers are women, *Am. L. & Econ.*, 2, pp. 126-130, 2000 (estudia qué progenitor solicita el divorcio con más frecuencia y examina la relación entre la presentación y la disposición de la custodia); Meier y Dickson, *op. cit.*, pp. 331-344 (informa los resultados de un estudio que encuentra una correlación negativa entre una madre que alega abuso y la concesión de la custodia de los hijos e hijas).

⁴⁰⁶ Véase Emery et al., *op. cit.*, p. 135.

⁴⁰⁷ Véase Huntington, *Early Childhood Development*, *op. cit.*, pp. 792-801, 806-810 (argumenta que las y los juristas deben desempeñar un papel fundamental en la traducción de la evidencia empírica sobre la primera infancia en normas jurídicas y políticas públicas).

⁴⁰⁸ Minow, Martha, "Archetypal legal scholarship: a field guide", *J. Legal Educ.*, 63, pp. 65, 66, 2013; también, p. 67 (describe otro modelo de academia jurídica como "[p]oner a prueba una proposición sobre la sociedad o la economía o sobre los seres humanos que es utilizada por las y los abogados o asumida en fuentes legales" y luego se realiza o analiza el trabajo empírico sobre esta suposición antes de "digerir los hallazgos para audiencias jurídicas").

⁴⁰⁹ Cf. Sandler et al., *op. cit.*, p. 151 (describe el papel de la defensa, en comparación con la investigación, y señala que "la defensa exitosa implica múltiples factores más allá de la traducción de los hallazgos de la investigación empírica en acción, incluyendo la atención a la moral, la ética, las leyes y procedimientos legales relacionados, los derechos civiles, los valores y costumbres sociales, la viabilidad y los costos económicos de las propuestas de acción").

plinas, incluyendo la sociología,⁴¹⁰ economía,⁴¹¹ psicología,⁴¹² y neurociencia.⁴¹³ Las y los académicos del derecho de familia integran la riqueza de la información disponible sobre las familias, desde estudios etnográficos en profundidad sobre progenitores solteros⁴¹⁴ hasta retratos estadísticos detallados de las tasas de matrimonio.⁴¹⁵ A menudo, la evidencia empírica no responde a las preguntas, más bien alimenta el debate, con académicos y académicas que la utilizan para respaldar diferentes argumentos.⁴¹⁶ Pero esta academia sí avanza en la conversación. El punto aquí es alentar y guiar este compromiso continuo con el trabajo empírico.

Sin embargo, a medida que las y los académicos del derecho de familia continúan este proyecto de traducción, es importante estar atentos y

⁴¹⁰ Véase, por ejemplo, Carbone, June y Cahn, Naomi, "The triple system of family law", *Mich. St. L. Rev.*, pp. 1185, 1218-1219, 2013 (se basa en el Fragile Families and Child Wellbeing Study [Estudio de Familias Frágiles y Bienestar Infantil]).

⁴¹¹ Véase, por ejemplo, Brinig, Margaret F., "The effect of transactions costs on the market for babies", *Seton Hall Legis. J.*, 18, pp. 553, 553-560, 1994, (se basa en principios económicos e investigaciones para analizar la ley de adopción).

⁴¹² Véase, por ejemplo, Maldonado, Solangel, "Cultivating forgiveness: reducing hostility and conflict after divorce", *Wake Forest L. Rev.*, 43, pp. 441, 442-448, 2008 (se basa en la investigación psicológica para abogar por un modelo de perdón en el derecho de familia).

⁴¹³ Véase, por ejemplo, Maroney, *op. cit.*, pp. 145-160 (examina el uso de pruebas neurocientíficas en el sistema de justicia para adolescentes ingles a).

⁴¹⁴ Véase, por ejemplo, McClain, Linda C., "The other marriage equality problem", *B.U. L. Rev.*, 93, pp. 921, 937, 2013 (se basa en el trabajo etnográfico de Kathryn Edin, entre otros).

⁴¹⁵ Véase, por ejemplo, Carbone, June y Cahn, Naomi, *Marriage Markets: How Inequality Is Remaking the American Family*, 2014, pp. 11-20.

⁴¹⁶ Compare Carbone y Cahn, *Nonmarriage, op. cit.*, p. 111 (cita evidencia empírica sobre la capacidad de los progenitores solteros para negociar apoyo financiero y tiempo con los hijos e hijas sin el sistema jurídico, y por lo tanto argumenta que el sistema jurídico no debe cambiar el tratamiento actual de los progenitores solteros); Huntington, *Postmarital Family Law, op. cit.*, pp. 227-229 (se basa en investigaciones sobre familias no matrimoniales para argumentar reformas al derecho de familia, en particular que los padres solteros deben tener derechos similares a las madres solteras). Para otros estudios que usan evidencia empírica para argumentar sobre si y cómo regular las parejas no casadas, véase Grant Bowman, Cynthia, *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, 2010, 169-170 (argumenta las diferencias entre parejas casadas y cohabitantes, como que los diferentes niveles de estabilidad, violencia doméstica e interdependencia económica, combinadas con el hecho de que muchas parejas que cohabitan están en desventaja económica y tienen hijos e hijas, deben alentar el reconocimiento gubernamental de las uniones de cohabitación); Garrison, Marsha "Is consent necessary? An evaluation of the emerging law of cohabitant obligation", *UCLA L. Rev.*, 52, pp. 815, 839-841, 861-863, 2005 (se basa en evidencia empírica que indica que las parejas casadas y cohabitantes ven sus relaciones de manera diferente y muestran un comportamiento diferente para argumentar que los niños y niñas se benefician de tener progenitores casados y que la ley debe alentar el matrimonio al tratar a las parejas casadas de manera diferente que a las parejas cohabitantes).

atentas a las preocupaciones sobre la evidencia empírica identificada en este ensayo. Un punto de partida es reconocer nuestros propios compromisos ideológicos, que pueden filtrarse en la selección, consideración y traducción de la evidencia empírica. Más allá de este punto básico, las y los académicos del derecho de familia deben considerar las pautas establecidas en esta sección, utilizando la evidencia empírica para alcanzar resultados específicos mientras se mantienen conscientes del papel limitado de la evidencia empírica en los debates sobre los valores controvertidos y en competencia. Y las y los académicos deben prestar especial atención al papel de la evidencia empírica y las identidades en intersección. Esto implica la consideración de factores tales como las jerarquías socialmente construidas de las familias a lo largo de varias identidades; el papel de la discriminación histórica en la creación de las condiciones familiares actuales, particularmente la estratificación a lo largo de las líneas raciales y de clase; el papel de la raza en la construcción de todas las familias, incluyendo las familias blancas; la aceptación de una gama de formas familiares sin utilizar la familia nuclear como la norma predeterminada, y mucho más.⁴¹⁷

E. Conclusión

La dependencia del derecho de familia en la evidencia empírica no va a desaparecer. Ni debería. La utilización de evidencia empírica para fundamentar decisiones políticas difíciles y evaluar diferentes normas jurídicas es y debe ser un componente integral de la buena gobernanza. Sin embargo, el giro empírico también presenta un motivo considerable de preocupación. Más allá de las cuestiones a menudo citadas de la confiabilidad de los datos y la capacidad de los actores legales para usar la evidencia empírica de manera apropiada, existen preocupaciones fundamentales de que la evidencia empírica centre la atención en los resultados que se obtienen en lugar de en los valores en competencia, encubra los juicios

⁴¹⁷ Lenhardt, *op. cit.*, pp. 2101 y 2103 (en la que se propone que se tengan en cuenta estos y otros factores para comprender el papel de la raza en el derecho de familia).

normativos y corra el riesgo de replicar la discriminación histórica patrocinada por el Estado.

Para abordar estos problemas y al mismo tiempo gozar de los beneficios de la evidencia empírica, este ensayo ha propuesto un marco para guiar el uso de la evidencia empírica. Ésta tiene utilidad, sin embargo, quienes toman las decisiones sobre derecho de familia deben preservar el espacio para debatir los valores, evitar su uso para afirmar la neutralidad y tener cuidado con el potencial para replicar la discriminación. Cuando la evidencia empírica es relevante, es crítico tener mecanismos de *gatekeeping* más efectivos en todas las instituciones del derecho de familia, así como poner mayor atención a las formas en que la evidencia empírica puede agravar la importancia legal de las identidades que se intersectan. Por último, las y los académicos del derecho de familia deben seguir desempeñando un papel activo en la traducción de la evidencia empírica en normas jurídicas y políticas públicas.

Al identificar la tendencia hacia un mayor uso del análisis empírico y discutir sus posibles beneficios e inconvenientes, es posible trazar un mejor curso para el uso de evidencia empírica en el derecho de familia. Usarla cuando es apropiado y delimitarla cuando es necesario, crea un derecho de familia más efectivo, pero también más equilibrado e inclusivo que beneficia a las personas, las familias y la sociedad en su conjunto.

Bibliografía

- Abraham, Katharine G. et al., "Nonresponse in the American time use survey: who is missing from the data and how much does it matter?", *Pub. Opinion Q.*, 70, 2006.
- Ackerman, Frank y Heinzerling, Lisa, "Pricing the priceless: cost-benefit analysis of environmental protection", *U. Pa. L. Rev.*, 150, 2002.
- Adler, Libby, "Just the facts: the perils of expert testimony and findings of fact in ray rights litigation", *Unbound: Harv. J. Legal Left*, 1, 19-21, 2011.

- Aizer, Anna, "The gender wage gap and domestic violence", *Am. Rev. Econ.*, 100.
- Albertson Fineman, Martha, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, 1991.
- Alexander, Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, 2012.
- Allen, Douglas W. y Brinig, Margaret, "Do joint parenting laws make any difference?", *J. Empirical Legal Stud.*, 8, 2011.
- Am., *Psychiatric Ass'n, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5.a ed., 2013.
- Appleton, Susan Frelich, "Gender and parentage: family law 's equality project in our empirical age, in what is parenthood?", en McClain, Linda C. y Cere, Daniel (eds.), *Contemporary Debates About the Family*, pp. 237, 245-248, 2013.
- Ayres, Ian, *Super Crunchers: Why Thinking-by-Numbers Is the New Way to Be Smart*, 2007.
- Balcetis, Emily y Dunning, David, "See what you want to see: motivational influences on visual perception", *J. Personality & Soc. Psychol.*, 91, 2006.
- Ball, Carlos A. "Social science studies and the children of lesbians and gay men: the rational basis perspective", *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 21, 2013.
- Barber Jennifer S. et al., "The relationship context of young pregnancies", *Law & Ineq.*, 35, 2017.
- Bartholet, Elizabeth, "Creating a child-friendly child welfare system: the use and misuse of research", *Whittier J. Child & Fam. Advoc.*, 13 10-14, 2014.

- Bartholet, Elizabeth, "Thoughts on the liberal dilemma in child welfare reform", *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 24, 2016.
- Barocas, Solon y Selbst, Andrew D., "Big data 's disparate impact", *Calif. L. Rev.*, 104, 2016.
- Baumrind, Diana, *The Development of Instrumental Competence Through Socialization*, in *7 Minnesota Symposia on Child Psychology*, Pick, Anne D. (ed.), 1973.
- Berger, Lawrence M. et al., "Parenting practices of resident fathers: the role of marital and biological ties", *J. Marriage & Fam.*, 70, 2008.
- Best, Joel, *Damned Lies and Statistics: Untangling Numbers from the Media, Politicians, and Activists*, 2001.
- Bonfield, Arthur Earl, "The Federal APA and state administrative law", *Va. L. Rev.*, 72, 1986.
- Braman, Donald, *Doing Time on the Outside: Incarceration and Family Life in Urban America*, 2007.
- Brauneis, Robert y Goodman, Ellen P., "Algorithmic transparency for the smart city", *Yale. J.L. & Tech.*, 20, 2018.
- Brinig, Margaret F., "The effect of transactions costs on the market for babies", *Seton Hall Legis. J.*, 18, 1994.
- Brinig, Margaret F., "Empirical Work in Family Law", *U. Ill. L. Rev.*, 1083, 2002.
- Brinig, Margaret F y Allen, Douglas W., "These boots are made for walking": why most divorce filers are women", *Am. L. & Econ.*, 2, 2000.
- Brooks-Gunn, Jeanne y Markman, Lisa B., "The contribution of parenting to ethnic and racial gaps in school readiness", *Future Child.*, 2005.

- Bruch, Carol S., "Parental alienation syndrome and alienated children-getting it wrong in child custody cases", *Child & Fam. L.Q.*, 14, 2002.
- Buss, Emily, "What the law should (and should not) learn from child development research", *Hofstra L. Rev.*, 38, 2009.
- Cabrera, Marquis, "Florida leverages predictive analytics to prevent child fatalities-other states follow", *Huffington Post* (21 de diciembre de 2015), disponible en: http://www.huffingtonpost.com/marquis-cabrera/florida-leverages-predictive_b_8586712.html.
- Cahn, Naomi R., "The moral complexities of family law", *Stan. L. Rev.*, 50, pp. 225-248, 1997.
- Calabresi, Guido, "The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs", *Harv. L. Rev.*, 78, 1965.
- Calabresi, Guido, "The decision for decision making is real but uneven", *Harv. Bus. Rev.*, 2016. Disponible en <http://hbr.org/2016/02/the-rise-of-data-driven-decision-making-is-real-but-uneven>.
- Campbell, Jacquelyn C. (ed.), *Empowering Survivors of Abuse: Health Care for Battered Women and Their Children*, 1998.
- Carbone, June y Cahn, Naomi, "The triple system of family law", *Mich. St. L. Rev.*, 2013.
- Carbone, June y Cahn, Naomi, *Marriage Markets: How Inequality Is Remaking the American Family*, 2014.
- Carlson, Marcia J. et al., "Coparenting and nonresident fathers' involvement with young children after a non-marital birth", *Demography*, 45, 2008.
- Case, Mary Anne, "How high the apple pie? A few troubling questions about where, why, and how the burden of care for children should be shifted", *Chi.-Kent L. Rev.*, 76, 2001.

- Chauncey, George, *Why Marriage? The History Shaping Today 's Debate over Gay Equality*, 2004.
- Chetty, Raj et al., "Where is the land of opportunity? The geography of intergenerational mobility in the United States", *Q.J. Econ.*, 129, 2014.
- Chetty, Raj et al., "The effects of exposure to better neighborhoods on children: new evidence from the moving to opportunity experiment", *am. Rev. Econ.*, 106, 2016.
- Church, E. Christopher y Fairchild, Amanda J., "In search of a silver bullet: child welfare 's embrace of predictive analytics", *Juv. & Fam. Ct. J.*, 68, pp. 67, 68-78, 2017.
- Conley, John y Moriarty, Jane, *Scientific and Expert Evidence*, 2ª ed., 2011.
- Copps Hartley, Carolyn y Renner, Lynette M., "The longer-term influence of civil legal services on battered women", disponible en: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/249879.pdf>.
- Cronholm, Peter F. et al., "Adverse childhood experiences: expanding the concept of adversity", *Am. J. Preventive Med.*, 49, 2015.
- Dafoe Whitehead, Barbara, *The Divorce Culture*, 1997.
- Davidson, Nestor M., "Localist administrative law", *Yale L.J.*, 126, 2017.
- Davis, Adrienne D., "Regulating polygamy: intimacy, default rules, and bargaining for equality", *Colum. L. Rev.*, 110, 2010.
- Davis, Kenneth Culp, "An approach to problems of evidence in the administrative process", *Harv. L. Rev.*, 55, 1942.
- Davis, Kenneth Culp, "Facts in lawmaking", *Colum. L. Rev.*, 80, 1980.

- Davis, Peggy C., "There is a book out...': an analysis of judicial absorption of legislative facts", *Harv. L. Rev.*, 100, pp. 1539-1542, 1987.
- Doyle, Jr., Joseph J., "Causal effects of foster care: an instrumental-variables approach", *Child. and Youth Servs. Rev.*, 35, 2013.
- Dowd, Nancy E., *In Defense of Single-Parent Families*, 1997.
- Dowd, Nancy E., "Black boys matter: developmental equality", *Hofstra L. Rev.*, 45, pp. 47, 59-61, 2016.
- Dowd, Nancy E., "Straight out of Compton: developmental equality and a critique of the Compton school litigation", *Cap. U. L. Rev.*, 45, 2017.
- Edin, Kathryn y Nelson, Timothy J., *Doing the Best I Can: Parenthood in the Inner City*, 2013.
- Eichner, Maxine, "Bad medicine: parents, the state, and the charge of 'medical child abuse'", *U.C. Davis L. Rev.*, 50, 2016.
- Eilperin, Juliet. "Trump dice 'Nadie sabe realmente si el cambio climático es real'", *Washington Post* (11 de diciembre de 2016). Disponible en: http://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2016/12/11/trump-says-nobody-really-knows-if-climate-change-is-real/?utm_term=.9a2c5009c609 [<http://perma.cc/9SV7-FHPC>].
- Emens, Elizabeth F., "Monogamy 's law: obligatory monogamy and polyamorous existence", *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 29, 2004.
- Emery, Robert E., "Parental alienation syndrome: proponents bear the burden of proof", *Fam. Ct. Rev.*, 43, 2005.
- Emery, Robert E. et al., "'Bending' evidence for a cause: scholar-advocacy bias in family law", *Fam. Ct. Rev.*, 54, 2016.

Epstein, Lee y King, Gary, "The rules of inference", *U. Chi. L. Rev.*, 69, 2002.

Erikson, Erik H., *Growth and Crises of the Healthy Personality, in 1 Identity and the Life Cycle*, 1959.

Felitti, Vincent J. et al., "Relationship of childhood abuse and household dysfunction to many of the leading causes of death in adults: the Adverse Childhood Experiences (ACE) Study", *Am. J. Preventive Med.*, 14, 1998.

Feuer, Alan, "The Mayor 's Geek Squad", *N.Y. Times* (23 de marzo de 2013).
Disponible en: <http://www.nytimes.com/2013/03/24/nyregion/mayor-bloombergs-geek-squad.html>.

Finkelhor, David et al., "Improving the adverse childhood experiences study scale", *J. Am. Med. Ass'n* , 167, 2013.

Flowers, Michael, *Beyond Open Data: The Data-Driven City, in Beyond Transparency: Open Data and the Future of Civic Innovation*, Goldstein, Brett y Dyson, Lauren (eds.), 2013.

Franke, Katherine, *Wedlocked: the perils of marriage equality*, 2015.

Gamble, Clarence J., "Eugenic sterilization in North Carolina", *N.C. Med. J.*, 12, 1951.

Gardner, Richard A., *Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professionals*, 1986.

Gardner, Richard A., "Commentary on Kelly and Johnston's 'the alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome'", *Fam. Ct. Rev.*, 42, 2004.

- Garrison, Marsha "Is consent necessary? An evaluation of the emerging law of cohabitant obligation", *UCLA L. Rev.*, 52, 2005.
- Gates, Gary J. y Steinberger, Michael D., *Same-Sex Unmarried Partner Couples in the American Community Survey: The Role of Misreporting, Miscoding and Misallocation*, 2010 (manuscrito inédito), disponible en: http://economics-files.pomona.edu/steinberger/research/Gates_Steinberger_ACS_Miscode_May2010.pdf.
- Gelles, Richard J., *Out of Harm 's Way: Creating an Effective Child Welfare System*, 2017.
- Gelles, Richard J. y Straus, Murray A., *Intimate Violence*, 1988.
- George, Marie-Amélie, "The custody crucible: the development of scientific authority about gay and lesbian parents", *Law & Hist. Rev.*, 34, 2016.
- Glennon, Theresa, "Still partners? Examining the consequences of post-dissolution parenting", *Fam. L.Q.*, 41, pp. 105, 114-117, 2007.
- Gogtay, Nitin et al., "Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood", *Proc. Nat'l Acad. Sci.*, 101, 2004.
- Goldberg, Suzanne B., "Constitutional tipping points: civil rights, social change, and fact-based adjudication", *Colum. L. Rev.*, 106, 2006.
- Goldberg, Suzanne B., "Multidimensional advocacy as applied: marriage equality and reproductive rights", *Colum. J. Gender & L.*, 29, 2015.
- Goodmark, Leigh, *A Troubled Marriage: Violence and the Legal System*, 2012.
- Goodmark, Leigh, "Should domestic violence be decriminalized?", *Harv. J.L. & Gender*, 40, 2017.

Gordon, Robert M., "Drifting Through Byzantium: The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families Act of 1997", *Minn. L. Rev.*, 83, 1999.

Graham, Lorie, "Reparations and the Indian Child Welfare Act", *Legal Stud. F.*, 25, 2001.

Grant Bowman, Cynthia, *Unmarried Couples, Law, and Public Policy*, 2010.

Greenhouse, Linda y Siegel, Reva B., "The difference a whole woman makes protection for the abortion right after whole woman's health", *Yale L.J. Forum*, 126, pp. 149, 156-161, 2016. Disponible en: http://www.yalelawjournal.org/pdf/11.Greenhouse-SiegelFinalforPDF_io54a7ck.pdf [<http://perma.cc/4U7V-DMPL>].

Grossman, Joanna L. y Friedman, Lawrence M., *Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America*, 2011.

Gruber, Aya, "The feminist war on crime", *Iowa L. Rev.*, 92, 2007.

Guthrie, Robert V., *Even the Rat Was White: A Historical View of Psychology*, 1976.

Halley, Janet E., "Sexual orientation and the politics of biology: a critique of the argument from immutability", *Stan. L. Rev.*, 46, 1994.

Halley, Janet, "What is family law? a genealogy part I", *Yale J.L. & Human*, 23, 2011.

Haskins, Ron y Margolis, Greg, *Show Me the Evidence: Obama's Fight for Rigor and Results in Social Policy*, 2015.

Haskins, Ron y Baron, Jon, *The Obama Administration's Evidence-Based Social Policy Initiatives: An Overview*, in *Evidence for Social Policy and*

Practice, pp. 28-29, 2011, disponible en: http://www.nesta.org.uk/sites/default/files/evidence_for_social_policy_and_practice.pdf.

Heimpel, Daniel, "Uncharted waters: data analytics and child protection in Los Angeles", *Chron. Soc. Change* (20 de julio de 2015). Disponible en: <http://chronicleofsocialchange.org/featured/uncharted-waters-data-analytics-and-child-protection-in-los-angeles/10867>.

Heckman, James J., *Giving Kids a Fair Chance*, 2013.

Ho, Daniel E. y Kramer, Larry, "Introduction: the empirical revolution in law", *Stan. L. Rev.*, 65, 2013.

Hume, David, *A treatise of human nature*, Selby-Bigge, L. A. y Nidditch, P. H. (eds.), Oxford Univ. Press 2.a ed., 1978.

Huntington, Clare, "Rights myopia in child welfare", *UCLA L. Rev.*, 53, 2006.

Huntington, Clare, *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships*, 2014.

Huntington, Clare, "Early childhood development and the law", *S. Cal. L. Rev.*, 90, 2017.

Jane et al., *Fragile Families and Child Wellbeing*, *Future Child.*, 2010.

Johnston, Janet R. y Kelly, Joan B., "Rejoinder to Gardner's 'Commentary on Kelly and Johnston's 'the alienated child: a reformulation of parental alienation syndrome'", *Fam. Ct. Rev.*, 42, 2004.

Johnson, Michael P., *A Typology of Domestic Violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*, 2008.

Kahn, Nicholas E., Gupta-Kagan, Josh y Eschelbach Hansen, Mary, "The standard of proof in the substantiation of child abuse and neglect", *J. Empirical Legal Stud.*, 14, 2017.

Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

Karoly, Lynn A., Kilburn, M. Rebecca y Cannon, Jill S., *Early Childhood Interventions: Proven Results, Future Promise*, 2005.

Kelly, Joan B. y Johnston, Janet R., "The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome", *Fam. Ct. Rev.*, 39, 2001.

Kempe, C. Henry et al., "The battered-child syndrome", *J. Am. Med. Ass'n*, 181, 1962.

Kevles, Daniel J., *In the Name of Eugenics: Genetics and the Uses of Human Heredity*, 1985.

Khan, Ummni, *Antiprostitution Feminism and the Surveillance of Sex Industry Clients*, in *Feminist Surveillance Studies*, Dubrofsky, Rachel E. y Amielle Magnet, Shoshana (eds.), 2015.

Kohn, Laurie S., "Engaging men as fathers: the courts, the law, and father-absence in low-income families", *Cardozo L. Rev.*, 35, 2013.

Kitzmann, Katherine M. et al., "Child witnesses to domestic violence: a meta-analytic review", *J. Consulting & Clinical Psychol*, 71, 339, 2003.

Krakoff, Sarah, "They were here first: American Indian tribes, race, and the constitutional minimum", *Stan. L. Rev.*, 69, 2017.

Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

- Leiter, Brian, "Constitutional law, moral judgment, and the Supreme Court as super-legislature", *Hastings L.J.*, 66, 2015.
- Lenhardt, R. A. "The color of kinship", *Iowa L. Rev.*, 102, 2017.
- Lerman, Robert I., "Capabilities and contributions of unwed fathers", *Future Child.*, 2010.
- Lewis, Michael, *Moneyball: The Art of Winning an Unfair Game*, 2003.
- Llewellyn, Karl N., "Some realism about realism-responding to dean pound", *Harv. L. Rev.*, 44, pp. 1222-1247, 1931.
- Limb, Gordon E. et al., "An empirical examination of the Indian Child Welfare Act and its impact on cultural and familial preservation for American Indian children", *Child Abuse & Neglect*, 28, 2004.
- Lindsey, Duncan, *The Welfare of Children*, 2^a ed., 2004.
- Lustre, Alice B., "Annotation, post-Daubert standards for admissibility of scientific and other expert evidence in state courts", *A.L.R.*, 90, 2001.
- Macedo, Stephen, *Just Married: Same-Sex Couples, Monogamy, and the Future of Marriage*, 2015.
- Maldonado, Solangel, "Cultivating forgiveness: reducing hostility and conflict after divorce", *Wake Forest L. Rev.*, 43, 2008.
- Markel, Dan et al., "Criminal justice and the challenge of family ties", *U. Ill. L. Rev.*, 2007.
- Maroney, Terry A., "The false promise of adolescent brain science in juvenile justice", *Notre Dame L. Rev.*, 85, 2009.
- Maxwell, Christopher D. et al., *Nat'l Inst. of Justice, U.S. Dep't of Justice, The Effects of Arrest on Intimate Partner Violence: New Evidence from*

- the Spouse Assault Replication Program*, 2001, disponible en: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/188199.pdf>.
- Mayeri, Serena, "Foundling fathers: (non-)marriage and parental rights in the age of equality", *Yale L.J.*, 125, 2016.
- McClain, Linda C., "Care as a public value: linking responsibility, resources, and republicanism", *Chi.-Kent L. Rev.*, 76, 2001.
- McClain, Linda C., "The other marriage equality problem", *B.U. L. Rev.*, 93, 2013.
- McClain, Linda C., *Prejudice, Moral Progress, and Not Being "On the Wrong Side of History": Debating the Legacy of Loving for the Right to Marry 6 a 15*, (manuscrito no publicado) 2017.
- McLanahan, Sara S. y Garfinkel, Irwin, *Fragile Families: Debates, Facts, and Solutions*, in *Marriage at the Crossroads: Law, Policy, and the Brave New World of Twenty- First-Century Families*, Garrison, Marsha y Scott, Elizabeth S. (eds.), 2012.
- Meier, Joan S., "A historical perspective on parental alienation syndrome and parental alienation", *J. Child Custody*, 6, 2009.
- Meier, Joan S., *Dangerous Liaisons: Social Science and Law in Domestic Violence Cases*, 2017 (manuscrito inédito).
- Meier, Joan S. y Dickson, Sean, "Mapping gender: shedding empirical light on family courts' treatment of cases involving abuse and alienation", *Law & Ineq.*, 35, 2017.
- Miller, Lisa, "Who knows best", *N.Y. Mag.* (25 de enero de 2016), disponible en: <http://www.thecut.com/2016/01/how-intelligent-to-be-a-parent.html>.

- Minow, Martha, "Archetypal legal scholarship: a field guide", *J. Legal Educ.*, 63, 2013.
- Mitchell, Colter et al., "Father loss and child telomere length", *Pediatrics*, 2017.
- Mnookin, Robert H. "Child-C custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", *Law & Contemp. Probs.*, 1975.
- Meier, Joan S., Johnson's, "Differentiation theory: is it really empirically supported?", *J. Child Custody* 4 12, 2015.
- Monahan, John y Walker, Laurens, "A judges' guide to using social science", *Ct. Rev.*, 43, 2007.
- Morag-Levine, Noga, "Facts, formalism, and the Brandeis Brief: the origins of a myth", *U. Ill. L. Rev.*, 2013.
- NeJaime, Douglas "Before marriage: the unexplored history of nonmarital recognition and its relationship to marriage", *Calif. L. Rev.* 87, 2014.
- Nicolson, Paula, *Domestic Violence and Psychology: A Critical Perspective*, 2010.
- O'Flaherty, Brendan, "Assessment and prediction in homelessness services and elsewhere", *Austl. Rev. Rev.*, 50, 2017.
- O'Neil, Cathy, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, 2016.
- Owens, Adam, "N.C. dedicates marker to eugenics program", WRAL (22 de junio de 2009). Disponible en: <http://www.wral.com/news/local/story/5406081/> [<http://perma.cc/HP3U-9PYQ>].

Owens, Adam, "Victims of state sterilization tell their stories", WRAL (30 de junio de 2011). Disponible en: <http://www.wral.com/news/video/9755940/#/vid9755940>.

Patterson, James T., *Freedom Is Not Enough: The Moynihan Report and America's Struggle over Black Family Life-From LBJ to Obama*, 2010.

Paul-Emile, Kimani, "Beyond Title VII: rethinking race, ex-offender status, and employment discrimination in the information age", *Va. L. Rev.*, 100, 2014.

Post, Robert y Siegel, Reva, "Roe rage: democratic constitutionalism and backlash", *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 42, 2007.

Putnam, Hilary, *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*, 2002.

Putnam, Ruth Anna, "Creating facts and values", *Phil.*, 60, 1985.

Putnam-Hornstein, Emily et al., "Race and ethnic disparities: a population-based examination of risk factors for involvement with child protective services", *Child Abuse & Neglect*, 37, 2013.

Putnam-Hornstein, Emily et al., "Preventing severe and fatal maltreatment: making the case for the expanded use and integration of data", *Child Welfare*, 92, 2013.

Rachlinski, Jeffrey J., "Evidence-based law", *Cornell L. Rev.*, 96, 2011.

Rawls, John, *Political Liberalism*, 2a ed., 1993.

Regan, Milton C. Jr., "Spousal privilege and the meanings of marriage", *Va. L. Rev.*, 81, 1995.

Remley, Karen, "American academy of pediatrics reiterates safety and importance of vaccines, am. acad. of pediatrics" (Sept. 17, 2015),

disponible en: <http://www.aap.org/en-us/about-the-aap/aap-press-room/pages/American-Academy-of-Pediatrics-Reiterates-Safety-and-Importance-of-Vaccines.aspx>.

Reynolds, Shirley, *The Anatomy of Evidence-Based Practice: Principles and Methods*, in *Evidence-Based Practice: A Critical Appraisal*, Trinder, Liz (ed.), 2000.

Rosenbury, Laura A., "Friends with benefits?", *Mich. L. Rev.*, 106, 2007.

Sandler, Irwin et al., "Convenient and inconvenient truths in family law: preventing scholar-advocacy bias in the use of social science research for public policy", *FAM. Ct. Rev.*, 54, 2016.

Schneider, Carl E., "Moral discourse and the transformation of American family law", *Mich. L. Rev.*, 1985.

Schneider, Carl E. y Teitelbaum, Lee E., "Life's golden tree: empirical scholarship and American law", *Utah L. Rev.*, 53, 78-91 2006.

Schuck, Peter, *Why Government Fails So often: And How It Can Do Better*, 2014.

Scott, Elizabeth S. y Emery, Robert E., "Gender politics and child custody: the puzzling persistence of the best-interests standard", *Law & Contemp. Probs.*, 1, 2014.

Scott, Elizabeth S. y Scott, Robert E., "From contract to status: collaboration and the evolution of novel family relationships", *Colum. L. Rev.*, 115, 2015.

Sedlak, Andrea J. et al., U.S. Dep't. of Health & Human Servs., Fourth National Incidence Study of Child Abuse and Neglect (NIS-4): Report to Congress 12, 2010, disponible en: <http://www.acf.hhs>.

gov/sites/default/files/opre/nis4_report_exec_summ_pdf_jan2010.pdf.

Shear, Michael D. et al., "Activista antivacunas dice que Trump quiere que lidere el panel sobre la seguridad de la inmunización", *N.Y. Times* (10 de enero de 2017). Disponible en: <http://www.nytimes.com/2017/01/10/us/politics/anti-vaccine-activist-trump-immunizations.html>.

Shonkoff, Jack P. y Phillips, Deborah A., *Academia Nacional de Ciencias, From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development*, 2000.

Siegel, Eric, *Predictive Analytics: The Power to Predict Who Will Click, Buy, Lie, or Die*, 2016.

Sigle-Rushton, Wendy y McLanahan, Sara, *Father Absence and Child Well-Being: A Critical Review*, in *The Future of the Family*, Moynihan, Daniel P. et al. (eds.), 2004.

Simkovic, Michael, *Young Scholar Medal Recipient 's Address at the 93rd Annual Meeting of the American Law Institute: What Can We Learn from Credit Markets?* 2016.

Strauss, Gregg, "Is polygamy inherently unequal?", *Ethics*, 122, 2012.

Strauss, Gregg, "The positive right to marry", *Va. L. Rev.*, 102, pp. 2016.

Stein, Edward, "The 'accidental procreation' argument for withholding legal recognition for same-sex relationships", *Chi.-Kent L. Rev.*, 84, 2009.

Stein, Edward, "Sexual orientations, rights, and the body: Immutability, Essentialism, and Nativism", *Soc. Res.*, 78, 2011.

Steinberg, Laurence y Scott, Elizabeth S., "Less guilty by reason of adolescence: developmental immaturity, diminished responsibility,

and the juvenile death penalty", *Am. Psychologist*, 58, pp. 1009, 1014, 2003.

Suk, Jeannie, "Criminal law comes home", *Yale L.J.*, 2, 13-17, 2006.

Sunstein, Cass R., "Incompletely theorized agreements", *Harv. L. Rev.*, 108, 1995.

Sunstein, Cass R. y Vermeule, Adrian, "Interpretation and institutions", *Mich. L. Rev.*, 101, 2003.

Tuerkheimer, Deborah, *Flawed Convictions: "Shaken Baby Syndrome" and the Inertia of Injustice*, 2014.

Unger, Steven, *The Destruction of American Indian Families*, 1977.

Vaithianathan, Rhema et al., *Vulnerable Children: Can Administrative Data Be Used to Identify Children at Risk of Adverse Outcomes?* 2012. Disponible en: <http://www.msd.govt.nz/documents/about-msd-and-our-work/publications-resources/research/vulnerable-children/auckland-university-can-administrative-data-be-used-to-identify-children-at-risk-of-adverse-outcome.pdf>.

Ver Steegh, Nancy, "Differentiating types of domestic violence: implications for child custody", *La. L. Rev.*, 65, 2005.

Viscusi, W. Kip, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*, 1992.

Walker, Laurens y Monahan, John, "Social frameworks: a new use of social science in law", *Va. L. Rev.*, 73, 1987.

Weithorn, Lois A., "Protecting children from exposure to domestic violence: the use and abuse of child maltreatment statutes", *Hastings L.J.*, 1, 2001.

Wilkinson, Charles, *Blood Struggle: The Rise of Modern Indian Nations*, 2005.

Wilson, William Julius, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, the Underclass, and Public Policy*, 2ª ed., 2012.

Witte, Jr., John, *The Western Case for Monogamy over Polygamy*, 2015.

Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigation*, Hacker, P. M. S. y Schulte, Joachim (eds.), 2009.

Zick, Timothy, "Constitutional empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths", *N.C. L. Rev.*, 82, 2003.

CAPÍTULO 3

El apego va a juicio: problemas de custodia y protección infantil*

Tommie Forslund, Pehr Granqvist, Marinus H. van IJzendoorn, Avi Sagi-Schwartz, Danya Glaser, Miriam Steele, Mårten Hammarlund, Carlo Schuengel, Marian J. Bakermans-Kranenburg, Howard Steele, Phillip R. Shaver, Ulrike Lux, John Simmonds, Deborah Jacobvitz, Ashley M. Groh, Kristin Bernard, Chantal Cyr, Nancy L. Hazen, Sarah Foster, Elia Psouni, Philip A. Cowan, Carolyn Pape Cowan, Anne Rifkin-Graboi, David Wilkins, Blaise Pierrehumbert, George M. Tarabulsky, Rodrigo A. Cárcamo, Zhengyan Wang, Xi Liang, Maria Kázmierczak, Paulina Pawlicka, Lilian Ayiro, Tamara Chansa, Francis Sichimba, Haatembo Mooya, Loyola McLean, Manuela Verissimo, Sonia Gojman-de-Millán, Marlene M. Moretti, Fabien Bacro, Mikko J. Peltola, Megan Galbally, Kiyomi Kondo-Ikemura, Kazuko Y. Behrens, Stephen Scott, Andrés Fresno Rodriguez, Rosario Spencer, Germán Posada, Rosalinda Cassibba, Neus Barrantes-Vidal, Jesús Palacios, Lavinia Barone, Sheri Madigan, Karen Mason-Jones, Sophie Reijman, Femmie Juffer, R. Pasco Fearon, Annie Bernier, Dante Cicchetti, Glenn I. Roisman, Jude Cassidy, Heinz Kindler, Peter Zimmerman, Ruth Feldman, Gottfried Spangle, Charles H. Zeanah, Mary Dozier, Jay Belsky, Michael E. Lamb, y Robbie Duschinsky**

* Artículo publicado originalmente en inglés como "Attachment goes to court: child protection and custody issues", *Attachment and Human Development* (2022, 24:1). Se reproduce con permiso de los autores esta traducción al español de Jesús Palacios, Rodrigo Cárcamo, Andrés Fresno y Rosario Spencer, publicada en la revista *Anuario de Psicología Jurídica* (2022, 32: 115-139).

** La filiación completa de los autores está disponible al final del artículo.

SUMARIO: A. Finalidad y objetivos; B. Problemas relacionados con la aplicación de la teoría y la investigación sobre apego en las decisiones sobre protección y custodia infantil; I. La teoría del apego y el criterio del interés superior del niño y la niña; II. Principales malentendidos; III. Factores que favorecen los malentendidos en la traducción de la investigación sobre apego a la práctica judicial; IV. Los estándares probatorios para las decisiones judiciales; C. Propuestas para el uso de la teoría y la investigación sobre apego en las decisiones de protección y custodia infantil; I. Tres principios del apego relevantes para la práctica profesional en los juzgados; II. Evaluaciones del estilo de apego y provisión de un "refugio seguro"; III. Investigación futura; D. Conclusión.

La teoría y la investigación sobre el apego tienen una inmensa utilidad práctica para quienes se interesan por el bienestar infantil, la atención y cuidado de la infancia y la vida familiar. Esto se hizo evidente desde los primeros trabajos de Bowlby sobre las consecuencias negativas de las separaciones significativas entre un niño una niña y sus cuidadores, trabajos que contribuyeron a cambiar la práctica hospitalaria de cara a permitir que niñas y niños tuvieran más fácil acceso a sus madres y padres cuando más lo necesitaban.¹ Además, la sensibilidad de quienes atienden y cuidan a un niño o una niña quedó hace tiempo establecida como un importante predictor de la calidad del apego infantil² en las más diversas

¹ Bowlby, J., Robertson, J., y Rosenbluth, D., "A two-year-old goes to hospital", *The Psychoanalytic Study of the Child*, 7(1), pp. 82-94, 1952. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00797308.1952.11823154>.

² Ainsworth, M. D. S., Blehar, M. C., Waters, E., y Wall, S. N., *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*, Psychology Press, 1978/2015; De Wolff, M. S., y Van Ijzendoorn, M. H., "Sensitivity and attachment: A meta-analysis on parental antecedents of infant attachment", *Child Development*, 68(4), pp. 571-591, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.1997.tb04218.x>.

culturas.³ A su vez, la calidad del apego infantil se ha puesto reiteradamente en relación con el desarrollo general infantil.⁴ Por último, la teoría y la investigación sobre apego han dado lugar a una serie de intervenciones basadas en evidencias destinadas a mejorar las prácticas de atención y cuidado, con resultados beneficiosos para quienes cuidan y quienes son cuidados.⁵ La teoría y la investigación sobre apego, en consecuencia, se han vuelto muy influyentes, utilizándose en la actualidad en muchos entornos aplicados, incluyendo la evaluación y la toma de decisiones de los juzgados de familia.⁶ Sin embargo, las informaciones erróneas sobre la teoría y la investigación sobre apego están ampliamente extendidas, dando en ocasiones lugar a aplicaciones erróneas que tienen consecuencias negativas potencialmente graves.⁷

³ Posada, G., Trumbell, J., Noblega, J., Plata, S., Peña, P., y Carbonell, O. A., "Maternal sensitivity and child secure base use in early childhood: Studies in different cultural contexts", *Child Development*, 87(1), pp. 297-311, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdev.12454>.

⁴ Groh, A. M., Fearon, R. P., van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Roisman, G. I., "Attachment in the early life course: Meta-analytic evidence for its role in socioemotional development", *Child Development Perspectives*, 11(1), pp. 70-76, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdep.12213>; Vaughn, B. E., Posada, G., y Verissimo, M., "Secure base scripts and social competence in preschool children", *Attachment & Human Development*, 21(3), 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1575545>.

⁵ Steele, H., y Steele, M. (eds.), *Handbook of attachment-based interventions*, Guilford Press, 2017.

⁶ No en todos los países hay juzgados de familia, existiendo otras instituciones (por ejemplo, juzgados o tribunales de justicia juvenil) para los asuntos de que aquí nos ocupamos. No obstante, en este texto, a falta de otro término genérico, usamos "juzgados de familia" para referirnos a las instituciones sociales que tienen la responsabilidad de tomar decisiones legales en temas relacionados con la protección y la custodia infantil. Alexius, K., y Hollander, A., "Care assessments concerning involuntary removal of children from intellectually disabled parents", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 36(3), pp. 295-310, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09649069.2014.933591>; Crittenden, P. M., y Baim, C., "Using assessment of attachment in child care proceedings to guide intervention", En L. Dixon, D. F. Perkins, 2017.

⁷ Para un debate sobre el tema, véanse Granqvist, P., Sroufe, L. A., Dozier, M., Hesse, E., Steele, M., van IJzendoorn, M., Solomon, J., Schuengel, C., Fearon, P., Bakermans-Kranenburg, M., Steele, H., Cassidy, J., Carlson, E., Madigan, S., Jacobvitz, D., Foster, S., Behrens, K., Rifkin-Graboi, A., Gribneau, N., y Duschinsky, R., "Disorganized attachment in infancy: A review of the phenomenon and its implications for clinicians and policy-makers", *Attachment y Human Development*, 19(6), pp. 534-558, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2017.1354040>; Kelly, J. B., y Lamb, M. E., *Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children*, 2000; Nielsen, L., "Woozles: Their role in custody law reform, parenting plans, and family court", *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(2), pp. 164-180, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000004>.

A. Finalidad y objetivos

Nuestro objetivo con esta declaración de consenso es, por lo tanto, contrarrestar la desinformación y ayudar a orientar las aplicaciones de la teoría del apego en los juzgados de familia, en temas relacionados con la protección y custodia infantil, en una dirección que les sirva de apoyo y que esté basada en la evidencia. Existen ya publicaciones que ofrecen orientación para la práctica judicial basada en la teoría y la investigación sobre apego,⁸ pero a veces se han presentado opiniones marginales como si reflejaran una posición de consenso.⁹ Como académicos y profesionales con largas trayectorias en el estudio y utilización de la teoría del apego, nuestro objetivo es ofrecer una mesurada posición de consenso basada en los conocimientos bien asentados en la investigación sobre apego. Consideramos tanto la protección como la custodia infantil porque, a pesar de las importantes diferencias entre ambas, las semejanzas que comparten desde el punto de vista de los principios básicos en juego desde la perspectiva del apego permiten una consideración conjunta. El documento consta de dos partes.

La parte B, que comprende tres grandes epígrafes, aborda los problemas relacionados con el uso de la teoría y la investigación sobre apego en los juzgados de familia.

1) Examinamos las aplicaciones de la teoría del apego en los juzgados de familia en el contexto actual del criterio del interés superior del niño o la niña.

⁸ Por ejemplo, Byrne, J. G., O'Connor, T. G., Marvin, R. S., y Whelan, W. F., "Practitioner review: The contribution of attachment theory to child custody assessments", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 46(2), pp. 115-127, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1469-7610.2004.00396.x>; Smith, G., Coffino, B., Van Horn, P., y Lieberman, A., "Attachment and child custody: The importance of available parents", en K. Kuehnle y L. Drozd (eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court*, pp. 5-24, Oxford University Press, 2012.

⁹ Por ejemplo, Hacker, D. y Halperin Kaddari, R., "The ruling rules in custody disputers-On the dangers of the parental sameness illusion in a gendered reality", *Mishpat and Mimshal*, 15, pp. 91-170, 2013; Schore, A., y McIntosh, J., "Family law and the neuroscience of attachment", *Family Court Review*, 49(3), pp. 501-512. 2011. Disponible en: 1617.2011.01387.x.

2) Discutimos los principales malentendidos con respecto a a) la naturaleza del apego, b) la interacción entre múltiples relaciones de apego y c) las implicaciones de las clasificaciones de estilo de apego.

3) Identificamos los factores que han obstaculizado la correcta comprensión y utilización de la teoría del apego entre los profesionales de los juzgados de familia, entre los que se incluyen la presión para que la toma de decisiones parezca basada en la evidencia y la circulación de versiones inexactas de la teoría del apego.

La parte C, que también consta de tres apartados principales, ofrece recomendaciones para la aplicación de la teoría y la investigación sobre apego en los juzgados de familia.

4) Proponemos tres principios fundamentales que, en relación con el apego, pueden ser utilizados por los profesionales de los juzgados para casos concretos: a) la necesidad de contar con cuidadores habituales no maltratadores, b) el valor de la continuidad de atención y cuidados de calidad suficientemente buena y c) los beneficios de las redes de vínculos de apego.

5) Discutimos la idoneidad de las evaluaciones del estilo de apego para orientar la toma de decisiones de los juzgados de familia, llegando a la conclusión de que dichas evaluaciones deberían utilizarse principalmente para dirigir las intervenciones de apoyo.

6) Resumimos preguntas importantes para guiar la futura investigación colaborativa entre los profesionales de los juzgados de familia e investigadores y académicos dedicados al apego.

Aunque hay consenso entre nosotros sobre la mayoría de estos temas, entre las autoras y los autores de este documento hay diferencias de opinión en algunos aspectos. En la generación y aplicación del conocimiento científico estas diferencias de opinión pueden ser vistas como una ventaja:

una diversidad de perspectivas puede impulsar el desarrollo de una teoría, una investigación y unas aplicaciones cada vez más válidas. En el texto hacemos un esfuerzo por señalar los puntos en que discrepamos y en los que, por tanto, puede ser especialmente importante seguir investigando. En todo momento, ofrecemos nuestras reflexiones con un espíritu de reconocimiento del desafiante trabajo que supone la práctica en los juzgados de familia, con la esperanza de contribuir a un mayor diálogo y aprendizaje mutuo.

B. Problemas relacionados con la aplicación de la teoría y la investigación sobre apego en las decisiones sobre protección y custodia infantil

Antes de proponer su teoría fundacional del apego, John Bowlby comenzó su trilogía clásica¹⁰ con el epígrafe "Observaciones a explicar" (p. 24). En una línea similar, la parte B de esta declaración de consenso está dedicada a nuestras observaciones sobre los problemas en la aplicación de la teoría y la investigación sobre apego en el contexto de los juzgados de familia. Para ayudar a explicar estas observaciones, abordamos cómo el criterio del "interés superior del niño y la niña" ha empujado a la teoría del apego a abordar cuestiones prácticas. Destacamos los malentendidos más comunes que se han producido, analizando los factores concretos que pueden haber contribuido a estos malentendidos.

I. La teoría del apego y el criterio del interés superior del niño y la niña

El criterio del "interés superior del niño y la niña" se ha convertido en omnipresente en la toma de decisiones de los juzgados de familia en relación con la protección y la custodia infantil. Sin embargo, el carácter

¹⁰ Bowlby, J., *Attachment and loss: Attachment*, Pimlico, 1969/1982; *Attachment and loss: Separation*, Pimlico 1973; *Attachment and loss: Loss*, Pimlico, 1980.

poco concreto de esa expresión ha dado lugar a la exigencia de un significado más concreto para guiar la práctica judicial. Discutimos cómo la dependencia de ese criterio respecto a la teoría y la investigación psicológica ha ayudado a llevar la teoría y la investigación sobre apego al contexto judicial.

Dependencia del criterio del interés superior del niño y la niña respecto a la teoría y la investigación psicológica. En el siglo XX se desarrolló un enfoque de la educación y la crianza centrado en niñas y niños. Desde entonces, la infancia es comúnmente vista como valiosa en sí misma: se considera que, para desarrollarse de manera favorable, niñas y niños necesitan cuidados llenos de afecto, haciéndose hincapié en la responsabilidad de madres y padres de atender las necesidades de sus hijas e hijos.¹¹ El último siglo y medio también ha sido testigo de la aparición gradual del criterio del "interés superior del niño y la niña", desarrollado inicialmente en los Estados Unidos, pero que ahora se asocia típicamente con el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN de la ONU; Asamblea General de la ONU, UN General Assembly, 1989). La CDN estipula que "en todas las medidas referidas a niñas y niños que sean adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales de justicia, autoridades administrativas u órganos legislativos, la consideración de su interés superior será primordial" (artículo 3, párrafo 1). Este criterio se menciona a menudo en la toma de decisiones relativas a la protección y la custodia infantil. El principio ha sido importante para contrarrestar la falta de consideración de los derechos y puntos de vista de niños y niñas. En sí mismo, no favorece a ninguno de los progenitores en función del género y está en línea con el movimiento en favor de la discrecionalidad judicial, dando a juezas y jueces libertad para sopesar lo que puede ser el interés superior de cada niño y niña.¹²

¹¹ Kohm, L. M., "Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence", *Journal of Law and Family Studies*, 10, pp. 337-376, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1957143>.

¹² Schneider, C. E., "Discretion, rules, and law: Child custody and the UMDA's best-interest standard", *Michigan Law Review*, 89(8), pp. 2215-2298, 1991. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1289368>.

Sin embargo, la vaguedad del criterio ha llevado a reclamar una traducción más concreta de cara a la práctica judicial. En concreto, el criterio parece requerir evidencias de prácticas de crianza y desarrollo infantil óptimas y adecuadas, tanto en los principios generales como en los casos concretos. En consecuencia, el criterio ha contribuido a la necesidad de contar con evaluadores y testigos expertos con conocimientos sobre crianza y desarrollo infantil,¹³ así como a la exigencia de que sus consideraciones se basen en teorías del desarrollo de alto nivel científico.

Sin embargo, la recopilación e interpretación de evidencia científica han resultado difíciles en este contexto. Aunque las guías de buenas prácticas han reclamado métodos y procedimientos con base empírica, muchos instrumentos carecen de suficiente validez.¹⁴ La interpretación de las evidencias es también intrínsecamente complicada. A veces, los profesionales de la salud mental hacen afirmaciones predictivas que no están justificadas por la investigación en ciencias sociales, pudiendo los jueces mostrar una inadecuada fe en estas afirmaciones.¹⁵ De hecho, juezas y jueces pueden tener dificultades para determinar el valor científico de los métodos psicológicos, admitiendo en el juzgado pruebas de valor científico escaso o desconocido.¹⁶ Otro importante reto en relación con los datos científicos deriva de las muy diferentes necesidades de la ciencia y la administración de justicia: mientras que la ciencia generaliza (normalmente de los casos individuales a los principios generales), la administración de justicia particulariza (a veces de los principios generales a los casos individuales). Por lo tanto, un problema típico en la

¹³ Mnookin, R. H., "Child-custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy", *Law & Contemporary Problems*, 39(3), pp. 226-293, 1975. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1191273>.

¹⁴ Emery, R. E., Otto, R. K., y O'donohue, W. T., "A critical assessment of child custody evaluations: Limited science and a flawed system", *Psychological Science in the Public Interest*, 6(1), pp. 1-29, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1529-1006.2005.00020.x>.

¹⁵ Scott, E. S., y Emery, R. E., "Gender politics and child custody: The puzzling persistence of the best-interest standard", *Law & Contemporary Problems*, 77(1), pp. 69-108, 2014.

¹⁶ Neal, T. M., Slobogin, C., Saks, M. J., Faigman, D. L., y Geisinger, K. F., "Psychological assessments in legal contexts: Are courts keeping 'junk science' out of the courtroom?", *Psychological Science in the Public Interest*, 20(3), pp. 135-164, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1529100619888860>.

práctica judicial tiene que ver con el riesgo de inferencias no válidas para casos individuales a partir de las tendencias y promedios de la investigación sobre grupos.¹⁷

Determinar el interés superior del niño o la niña se hace también muy difícil en la práctica debido a la necesidad de sopesar los numerosos factores que pueden influir en el desarrollo infantil, sin perder de vista las consideraciones sobre su desarrollo posterior.¹⁸ Por ejemplo, las evaluaciones deben incluir los factores que influyen en el desarrollo físico, cognitivo y socioemocional infantil, dando un peso muy especial a los factores de riesgo. Por supuesto, la capacidad de los cuidadores para proteger y cuidar a su niño o niña es de gran importancia para un desarrollo infantil saludable. Sin embargo, la atención y el cuidado abarcan muy diversos ámbitos, cada uno de los cuales puede ser diferencialmente importante para distintos aspectos del desarrollo infantil. Además, los factores que afectan a quienes cuidan pueden ser difíciles de evaluar objetivamente y pueden variar con el tiempo (por ejemplo, por la influencia temporal de problemas de salud mental, abuso de drogas y alcohol y factores de estrés ambiental), siendo a menudo inciertas sus implicaciones a largo plazo sobre el desarrollo infantil. En consecuencia, se ha argumentado que el interés superior del niño o la niña puede ser indeterminado¹⁹ y que el principio es aplicado de forma no coherente.²⁰

Además, es posible que los profesionales de los juzgados de familia no estén al tanto de la evolución de la teoría y la investigación sobre el desarrollo infantil, por lo que la toma de decisiones para promover el interés

¹⁷ Faigman, D. L., Slobogin, C., y Monahan, J., "Gatekeeping science: Using the structure of scientific research to distinguish between admissibility and weight in expert testimony", *Northwestern University Law Review*, 110(4), pp. 859-904, 2016.

¹⁸ Salter, E. K., "Deciding for a child: A comprehensive analysis of the best interest standard", *Theoretical Medicine and Bioethics*, 33(3), pp. 179-198, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11017-012-9219-z>.

¹⁹ Mnookin, R., "Child custody revisited", *Law & Contemporary Problems*, 77(1), pp. 249-274, 2014.

²⁰ Emery, R. E., Otto, R. K., y O'donohue, W. T., *op. cit.*; Font, S. A., y Gershoff, E. T., *Foster care and best interests of the child: Integrating research, policy, and practice*. Springer, 2020.

superior de niñas y niños puede verse influida más por la opinión personal y el poder de la historia y la cultura que por una comprensión actualizada de las evidencias científicas.²¹

El auge de la teoría del apego en los juzgados de familia. El criterio del "interés superior del niño y la niña" ha dado lugar a frecuentes referencias a la teoría y la investigación sobre apego, así como a intentos de evaluar la calidad o estilo de apego para orientar la toma de decisiones relativas a la protección y la custodia infantil.²² El interés en la teoría y la investigación sobre apego puede provenir, en parte, del énfasis que pone la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el derecho a una familia y en la importancia de la familia, lo que apunta a la centralidad de las relaciones padres-hijos. El interés por el apego también puede provenir, en parte, de los intentos de hacer operativo el criterio del interés superior, siendo muchos los países en los que se ha destacado la importancia de las interacciones y relaciones entre niñas/niños y quienes de ellos cuidan.²³ Por ejemplo, la Ley de matrimonio y divorcio de Estados Unidos incluye la relación del niño con sus padres como uno de los cinco factores que constituyen la base para juzgar el interés superior del niño.²⁴ Sin embargo, es típico que no se especifiquen qué aspectos de las interacciones y relaciones entre niños/niñas y sus cuidadores son más importantes, ni cómo deben evaluarse.²⁵ En consecuencia, el

²¹ Kelly, J. B., y Lamb, M. E., *op. cit.*

²² Aitani, N., "A new psychological method for determining child custody", *Journal of Human Environmental Studies*, 13(1), pp. 77-85, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.4189/shes.13.77>; Crittenden, P. M., y Baim, C., *op. cit.*; Gauthier, Y., Fortin, G., y Jéliu, G., "Clinical application of attachment theory in permanency planning for children in foster care: The importance of continuity of care", *Infant Mental Health Journal*, 25(4), pp. 379-396, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.20012>.

²³ Para una visión general, véase Skivenes, M., y Sørsdal, L. M., "The child's best interest principle across child protection jurisdictions", en A. Falch-Eriksen y E. Backe-Hansen (eds.), *Human rights in child protection*, pp. 59-88, Palgrave Macmillan, 2018.

²⁴ Raub, J. M., Carson, N. J., Cook, B. L., Wyshak, G., y Hauser, B. B., "Predictors of custody and visitation decisions by a family court clinic", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, 41(2), pp. 206-218, 2013.

²⁵ Harmer, A. L., y Goodman-Delahunty, J., "Practitioners' opinions of best interests of the child in Australian legislation", *Psychiatry, Psychology and Law*, 21(2), pp. 251-271, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13218719.2013.808977>.

apego puede parecer de especial relevancia en este contexto, ya que refleja la totalidad de la relación niño-cuidador, o como mínimo sus componentes socioemocionales más importantes.

La focalización sobre las relaciones niño-cuidador en general, y la teoría del apego en particular, puede derivarse de la presunta importancia de una madre o un padre psicológico (entendidos como la principal fuente de seguridad y protección del niño o la niña) y de la relación entre ese adulto y el niño o la niña, un discurso que surgió en paralelo con el del interés superior.²⁶ Desde esta perspectiva, se extrapoló que esa figura principal debía tener prioridad sobre otras relaciones, y algunos estados de Estados Unidos incluso han determinado que esa figura principal (madre o padre psicológicos) sean considerados en las determinaciones del interés superior.²⁷ Las primeras investigaciones sobre apego solían examinarlo sólo en relación con el progenitor que se quedaba en casa, normalmente la madre, y esto probablemente hizo que la teoría del apego pareciera alinearse con la idea de un solo progenitor psicológico. La posterior investigación sobre apego puede haber reforzado esta impresión: la gran mayoría de los estudios se han centrado en las madres y los padres aún no han sido suficientemente incluidos.²⁸

²⁶ Para un primer debate, véase Goldstein, J., Freud, A., y Solnit, A. J., *Beyond the best interests of the child*, Free Press, 1973.

²⁷ Jacobs, S., "The hidden gender bias behind the best interest of the child standard in custody decisions", *Georgia State University Law Review*, 13(3), pp. 845-902, 1997. Según el artículo 12 de la CDN de la ONU (1989), la opinión del niño o la niña debe tenerse debidamente en cuenta. En el contexto de las evaluaciones en situaciones de divorcio y custodia, una forma de identificar la opinión de un niño o niña es, por supuesto, pedirle que la exprese, y esto suele hacerse cuando se considera evolutivamente apropiado (por ejemplo, a partir de alrededor de los 10-12 años). Sin embargo, esto es difícil con niñas y niños más pequeños, que son el objeto principal del presente documento, en cuyo caso observar cómo responden a quienes de ellos cuidan puede ser la forma de obtener información.

²⁸ Cowan, P. A., y Cowan, C. P., "Introduction: Bringing dads back into the family", *Attachment y Human Development*, 21(5), pp. 419-425, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1582594>; Lux, U., y Walper, S., "A systemic perspective on children's emotional insecurity in relation to father: Links to parenting, interparental conflict and children's social well-being", *Attachment y Human Development*, 21(5), pp. 467-484, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1582597>.

Otra razón probable para el auge de la teoría del apego en los juzgados de familia es que la teoría —que vincula la sensibilidad de quienes cuidan con la calidad o estilo del apego infantil²⁹ y la calidad del apego infantil con el desarrollo posterior³⁰— ha parecido ofrecer una base empírica sólida en la que basar las consideraciones del interés superior. En resumen, es claro que la teoría del apego ha proporcionado datos de investigación que pueden ser muy pertinentes en favor de niñas y niños y quienes de ellos cuidan.³¹ Dado que el interés superior de niñas y niños es el criterio para las decisiones sobre su protección y custodia,³² y teniendo en cuenta que las decisiones deben tener una base empírica y tomar en consideración las relaciones niño-cuidador, es comprensible que la teoría y la investigación sobre apego se hayan considerado relevantes para satisfacer la demanda del interés superior.

La aplicación concreta de la teoría del apego y de las evaluaciones del apego en este contexto, sin embargo, se ha visto obstaculizada por una serie de factores. En primer lugar, por diversos entornos, incluidos los juzgados de familia, circula una gran cantidad de información errónea sobre el apego. Esto incluye información errónea sobre cuestiones fundamentales como qué es el apego, la naturaleza de las múltiples relaciones de apego que un niño o una niña pueden tener y las inferencias que se pueden hacer a nivel individual de las evaluaciones de la calidad o estilo de apego.³³ En algunos casos, el resultado ha sido un indeseable desprecio de la importancia del apego por parte de los profesionales de los tribunales. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales

²⁹ Fearon, R. M. P., y Belsky, J., "Precursors of attachment security", en J. Cassidy y P. Shaver (eds.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 291-313, Guilford Press, 2016; Lucassen, N., Tharner, A., Van Ijzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Volling, B. L., Verhulst, F. C., Lambregtse-Van den Berg, y Tiemeier, H., "The association between paternal sensitivity and infant-father attachment security: A meta-analysis of three decades of research", *Journal of Family Psychology*, 25(6), pp. 986-992, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/a0025855>.

³⁰ Groh, A. M., Narayan, A. J., Bakermans-Kranenburg, M. J., Roisman, G. I., Vaughn, B. E., Fearon, R. P., y van Ijzendoorn, M. H., *op. cit.*

³¹ Steele, H., y Steele, M., *op. cit.*

³² Raub, J. M. et al., *op. cit.*

³³ Granqvist, P., et al., *op. cit.*

estipuló recientemente que el apego es sólo una declaración de lo obvio basada en premisas básicas que no se sostienen, considerando que un informe de evaluación que invocaba conceptos de apego era inadmisibile como prueba pericial.³⁴ En otros casos, ha habido un uso excesivo de las ideas y medidas de apego, con prácticas no basadas en evidencia.³⁵

II. Principales malentendidos

La traducción de la investigación a la práctica depende de una comprensión precisa de los conceptos y los resultados de la investigación. Sin embargo, en lo que respecta a la investigación sobre apego, hay una serie de malentendidos comunes que han obstaculizado la traducción precisa a la práctica en los juzgados de familia. En nuestra opinión, los más importantes de estos malentendidos están relacionados con 1) la naturaleza del apego, 2) la interacción entre múltiples relaciones de apego y 3) las implicaciones prácticas de las clasificaciones de la calidad o estilo de apego.

Malentendidos sobre la naturaleza del apego. Existen malentendidos generalizados en relación con la naturaleza del apego, como la suposición de que niñas y niños nacen apegados, que la relación de apego es lo mismo que la calidad del apego, que conductas aisladas revelan la calidad del apego y que la calidad o estilo del apego se identifica con la calidad de la relación, la sensibilidad de la figura de apego la "fuerza" del apego.

La suposición de que apego y calidad de apego son equivalentes. El "apego" no es lo mismo que la "calidad del apego", pero estos conceptos se confunden a menudo. El apego se refiere a un vínculo afectivo en el que un individuo está motivado para buscar y mantener la proximidad y recibir consuelo de determinadas personas familiares.³⁶ Niñas y niños nacen predispuestos a desarrollar esa motivación en relación con

³⁴ GM v. Carmarthenshire County Council, 2018.

³⁵ Véase, para una discusión del tema, White, S., Gibson, M., Wastell, D. y Walsh, P., *Reassessing attachment theory in child welfare*, Psychology Press, 2019.

³⁶ Bowlby, J., *Attachment and loss: Attachment*.

personas significativas ("figuras de apego") que han tenido suficiente presencia y sensibilidad. Estas personas suelen ser quienes les cuidan y atienden. Se considera que ello se debe a un sistema de conductas de apego que tratan de mantener un cierto grado de proximidad entre el niño o la niña y sus figuras de apego, cambiando el nivel deseable de forma dinámica en respuesta a señales internas y externas. El deseo de aumentar la proximidad se activa cuando se produce una alerta por señales internas (por ejemplo, dolor, enfermedad) y/o señales externas (por ejemplo, estímulos que provocan miedo, separación) y se manifiesta en una tendencia a verificar la disponibilidad de una figura de apego. Cuando el sistema de apego está fuertemente activado, generalmente se busca algún tipo de contacto físico con una figura de apego, especialmente por parte de los bebés, aunque en momentos posteriores del desarrollo ese contacto también puede lograrse por medios no físicos. Una de las circunstancias más determinantes de la desactivación de la alarma es la percepción de que hay una figura de apego accesible y receptiva, capaz de proporcionar una "protección segura" en esas circunstancias. Cuidadoras y cuidadores que han interactuado regularmente con el bebé y lo han protegido cuando se encontraba en estado de alarma suelen ser representados por el bebé como alguien a quien puede acudir cuando lo necesita (es decir, como un refugio seguro). Es importante destacar que incluso los cuidadores más sensibles y receptivos tienen que "desconectarse" de vez en cuando, para ir al baño, hacer la comida o incluso ceder temporalmente el cuidado a otra persona de confianza conocida por el bebé, mientras el cuidador la cuidadora se ocupa de otros asuntos. Por lo tanto, el hecho de que un cuidador proporcione un refugio seguro no implica ni que esa persona esté físicamente, o incluso psicológicamente, disponible de forma continuada, ni tampoco que el niño o la niña esté firmemente vinculado a ese cuidador. En sentido contrario, que un cuidador o cuidadora esté físicamente presente no implica necesariamente que esté emocionalmente disponible.

En la investigación sobre niñas y niños pequeños, la existencia de una relación de apego suele medirse observando si son selectivos al dirigir

sus señales específicamente hacia determinados cuidadores, especialmente cuando se activa la alarma. Otros índices para valorar la existencia de una relación de apego son las protestas ante la separación del cuidador o cuidadora, a veces relacionadas con manifestaciones de desconfianza hacia personas desconocidas.³⁷

La calidad o estilo del apego, por su parte, se refiere a las variaciones de unos niños a otros en sus expectativas sobre la disponibilidad (accesibilidad y capacidad de respuesta) de su figura de apego en momentos de necesidad.³⁸ (La calidad del apego presupone, ante todo, que niñas y niños han desarrollado una relación de apego, y la calidad o estilo del apego se valora en función del deseo del niño o la niña para buscar y mantener la disponibilidad de su cuidador o cuidadora. Casi todos los niños y las niñas establecen al menos una relación de apego y la mayoría forman múltiples relaciones de apego,³⁹ siendo la calidad de estas relaciones lo que cambia de un caso a otro. En la investigación sobre el apego, codificadores formados y acreditados captan la calidad del apego a través de observaciones estandarizadas de la capacidad relativa de niñas y niños para utilizar a su cuidador o cuidadora como un refugio seguro al que pueden acudir en busca de protección y como una base segura desde la que pueden explorar el entorno. Lo que indica una relación de apego segura son conductas que sugieren que el niño o la niña espera que la figura de apego esté disponible cuando se la necesita, mientras que el apego inseguro vendría indicado por conductas que sugieren una expectativa de relativa falta de disponibilidad.

La suposición de que la calidad del apego infantil equivale a la sensibilidad del cuidador. A menudo se piensa que la calidad del apego

³⁷ *Idem.*

³⁸ Ainsworth et al., *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation.*

³⁹ Posada, G., Lu, T., Trumbell, J., Kaloustian, G., Trudel, M., Plata, S., Peña, P., Perez, J., Tereno, S., Dugravier, R., Coppola, G., Costantini, A., Cassibba, R., Kondo-Ikemura, K., Noblega, M., Haya, M. I., Pedraglio, C., Verissimo, M., Santos, ... Lay, K. L., "Is the secure base phenomenon evident here, there, and anywhere? A cross-cultural study of child behavior and experts' definitions", *Child Development*, 84(6), pp. 1896-1905, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdev.12084>.

infantil refleja como un espejo la "sensibilidad" de su cuidador o cuidadora: su capacidad para captar las señales infantiles, interpretarlas correctamente y responder a ellas oportuna y adecuadamente.⁴⁰ Esta percepción puede haberse visto reforzada por la teoría y la investigación que han subrayado la asociación entre la sensibilidad del cuidador y la calidad del apego infantil.⁴¹ De hecho, tal asociación se ha replicado en muchas investigaciones llevadas a cabo en numerosos países y culturas y la investigación metaanalítica ha demostrado que el apego infantil seguro se asocia con conductas de cuidado más sensibles, tanto por parte de madres ($r = .24$, $d = 0.49$)⁴² como de padres ($r = .12$).⁴³ Además, se ha demostrado que el apego infantil es maleable, pudiendo pasar de inseguro a seguro gracias a intervenciones que promueven una mayor sensibilidad por parte de quienes atienden y cuidan.⁴⁴ Sin embargo, aunque la asociación entre la sensibilidad del cuidador o cuidadora y el apego del niño o la niña es significativa y apreciable, el valor estadístico de esa asociación es entre pequeño y moderado, siendo necesario ser precavidos a la hora de inferir la sensibilidad del cuidador o cuidadora a partir del estilo de apego del niño o la niña. Con seguridad, existen diversos factores que hacen más probables los errores en la evaluación y, por tanto, reducen la asociación cuidados-apego (por ejemplo, observaciones muy breves de la sensibilidad del cuidador). No obstante, además de la sensibilidad, otros comportamientos de cuidado también pueden ser importantes para la calidad del apego infantil. Por ejemplo, es posible que factores contextuales más amplios y las predisposiciones biológicas de cada niño o niña influyan en su receptividad a los cuidados.⁴⁵ La menor asociación cuidados-

⁴⁰ Ainsworth M. D. S., Bell S. M. y Stayton D. J., Infantmother attachment and social development, en J. M. Richards (ed.), *The integration of a child into a social world*, pp. 99-135, Cambridge University Press, 1974.

⁴¹ Ainsworth et al., *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*.

⁴² De Wolff, M. S., y Van Ijzendoorn, M. H., *op. cit.*

⁴³ ; Lucassen et al., *op. cit.*

⁴⁴ Bakermans-Kranenburg, M. J., van Ijzendoorn, M. H., y Juffer, F., "Less is more: Meta-analyses of sensitivity and attachment interventions in early childhood", *Psychological Bulletin*, 129(2), pp. 195-215, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0033-2909.129.2.195>.

⁴⁵ Belsky, J., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Van Ijzendoorn, M. H., "For better and for worse: Differential susceptibility to environmental influences", *Current Directions in Psychological Science*, 16(6), pp. 300-304, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8721.2007.00525.x>.

apego en el caso de los padres probablemente refleje, en parte, el hecho de que en la mayor parte de las muestras estudiadas hasta la fecha pasan comparativamente menos tiempo que las madres con el bebé. Además, aunque niñas y niños pueden desarrollar apego seguro tanto con madres como con padres, se ha planteado la hipótesis de que otros factores promueven el desarrollo de la seguridad del apego con los padres.⁴⁶ Quizá a consecuencia de los diferentes patrones de género, las medidas de sensibilidad y funcionamiento de refugio seguro puedan, como promedio, tener menos precisión con los padres que con las madres, mientras que tal vez las medidas de base segura sean comparativamente más relevantes para la seguridad de apego con los padres.

La suposición de que el estilo de apego equivale a la calidad de la relación. Algunos⁴⁷ han argumentado que el término "apego" puede ser confuso y que los profesionales de los juzgados harían bien en utilizar el término "relación" en sus observaciones e informes. El término *relación* es útil en sí mismo, pues las relaciones implican múltiples aspectos de las interacciones y sus características, y los juzgados de familia deberían pretender lograr una visión lo más amplia posible de la calidad de las atenciones que recibe un niño o una niña. Sin embargo, utilizar "relación" en lugar de "apego" tiene graves riesgos. De forma destacada, se corre el riesgo de alimentar la suposición errónea de que la calidad de la relación y la calidad del apego son conceptos equivalentes. La calidad del apego constituye un aspecto importante de las relaciones para niños y niñas, pero instamos a que se reconozcan muchos otros aspectos importantes de las relaciones, como el cuidado físico básico, el juego, la supervisión,

⁴⁶ Grossmann, K., Grossmann, K. E., Kindler, H., y Zimmermann, P., "A wider view of attachment and exploration: The influence of mothers and fathers on the development of psychological security from infancy to young adulthood", en J. Cassidy y P. R. Shaver (eds.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 857-879, The Guilford Press, 2008; Zimmermann, P., "Bindung an den Vater: Eine andere Bindung? [Attachment to father: A different attachment?]", en P. Zimmermann y G. Spangler (eds.), *Feinfühlige Herausforderung: Bindung in Familie, Kita, Kinderheim und Jugendhilfe*, pp. 191-206, Psychosozial-Verlag, 2017.

⁴⁷ Por ejemplo, Shemmings, D., "Why social workers shouldn't use 'attachment' in their records and reports", *Community Care*, 2018. Disponible en: [cords-reports/](https://www.communitycare.co.uk/2018/03/22/attachment-records-reports/).

la enseñanza/aprendizaje, el establecimiento de normas de conducta, la disciplina y el apoyo instrumental.⁴⁸ Por lo tanto, la calidad del apego no debe equipararse con la calidad general de la relación.

La suposición de que la seguridad del apego se manifiesta a través de algunas conductas concretas. A veces se ha asumido precipitadamente que niñas o niños tienen apego inseguro si lloran, o si no lloran, en presencia de su cuidador.⁴⁹ Sin embargo, la calidad del apego no puede determinarse a partir de comportamientos aislados como el llanto. En primer lugar, la manifestación de conductas de apego infantil, como el llanto, depende de si se ha activado la alarma o no. En segundo lugar, dependiendo de las limitaciones que las circunstancias impongan, niñas y niños pueden utilizar diferentes comportamientos en distintas situaciones en busca de la atención y disponibilidad del cuidador. Así, una niña con apego seguro expuesta a un ruido amenazante puede llorar para aumentar la proximidad a su cuidador si está sentada en una silla alta, pero puede acercarse al cuidador, con o sin llanto, para recibir consuelo si tiene posibilidad de moverse libremente. Por otra parte, una conducta aislada como el llanto puede depender de otros factores además del apego. Por ejemplo, el hecho de que una niña o un niño se angustie no está relacionado con las diferencias individuales en el temperamento (es decir, las diferencias individuales en reactividad y regulación con base biológica).⁵⁰ Por lo tanto, en las evaluaciones del estilo de apego se debe hacer un examen detallado de cómo se relacionan entre sí los diversos comportamientos dirigidos a obtener de quien cuida un refugio y una base

⁴⁸ Zeanah, C. H., Larrieu, J. A., Heller, S. S., y Valliere, J., "Infant-parent relationship assessment", en C. H. Zeanah (ed.), *Handbook of infant mental health*, pp. 222-235, Guilford Press, 2000.

⁴⁹ Bullens, R. A. R., "Diagnostiek van hechting van een pleegkind: Stiefkind binnen de diagnostiek?", en C. Schuengel, N. W. Slot, y R. A. R. Bullens (eds.), *Gehechtheid en kinderbescherming*, pp. 55-74, SWP, 2003.

⁵⁰ Belsky, J., y Rovine, M., "Temperament and attachment security in the strange situation: An empirical rapprochement", *Child Development*, 58(3), pp. 787-795, 1987. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1130215>; Groh, A. M., Narayan, A. J., Bakermans-Kranenburg, M. J., Roisman, G. I., Vaughn, B. E., Fearon, R. P., y van IJzendoorn, M. H., "Attachment and temperament in the early life course: A meta-analytic review", *Child Development*, 88(3), pp. 770-795, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdev.12677>.

seguros, con la debida consideración del contexto en que esas conductas se manifiestan.⁵¹

La suposición de que niñas y niños nacen apegados. Niñas y niños nacen con la capacidad de usar conductas destinadas a que se les cuide y atienda, así como con una predisposición a formar relaciones de apego. Sin embargo, las relaciones de apego se construyen con el tiempo a través de interacciones recurrentes con las personas que cuidan, dependiendo de las oportunidades que tengan para desarrollar expectativas respecto a la accesibilidad y capacidad de respuesta de la figura de apego. De hecho, las relaciones de apego suelen observarse sólo a partir del último trimestre del primer año de vida de los niños. Antes de eso, es indudable que es posible evaluar aspectos de las conductas de cuidado como, por ejemplo, la sensibilidad del cuidador o cuidadora.⁵² Sin embargo, actualmente no es aconsejable evaluar la calidad o estilo del apego infantil hasta la edad de un año, aproximadamente.

La suposición de que la calidad del apego es igual a la fuerza del apego. El apego inseguro es caracterizado a veces de forma inexacta como un apego "débil".⁵³ Los bebés humanos son muy vulnerables y dependen del apoyo de su cuidador durante mucho tiempo y la capacidad de desarrollar relaciones de apego parece ser universal en los humanos.⁵⁴ De hecho, niñas y niños desarrollan relaciones de apego incluso con cuidadores que les muestran rechazo, que unas veces son sensibles

⁵¹ Ainsworth et al., *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*.

⁵² Pederson, D., y Moran, G., "A categorical description of infant-mother relationships in the home and its relation to Q-sort measures of infant-mother interaction", *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 60(2-3), pp. 111-132, 1995. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1166174>.

⁵³ Para un debate, véase chofield, G., y Walsh, J., "Young carers—or children in need of care? Decision making for children of parents with mental health problems", *Child y Family Law Quarterly*, 22, pp. 223-233, 2010.

⁵⁴ Bowlby, J., *Attachment and loss: Attachment*; Mesman, J., Van IJzendoorn, M. H., y Sagi-Schwartz, A., "Cross-cultural patterns of attachment: Universal and contextual dimensions", en J. Cassidy y P. Shaver (eds.) *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 852-877, Guilford Press, 2016.

a sus necesidades y otras veces no lo son, o que maltratan.⁵⁵ Además, aunque algunos tipos de relaciones de apego se denominan "inseguras", se consideran, no obstante, estrategias infantiles adaptativas que tratan de conseguir el máximo de disponibilidad posible por parte de cuidadoras y cuidadores.⁵⁶ Además, que una relación de apego sea insegura no significa que quien cuida nunca sea un refugio seguro para el niño o la niña.

Por estas razones, las referencias a un apego fuerte o débil como equivalentes a apego seguro e inseguro son equivocadas. De hecho, hay niños y niñas con apego inseguro que muestran denodados intentos de buscar a quienes los cuidan, mezclados con expresiones de ira hacia ellos. Por otra parte, algunos niños y niñas con apego seguro apenas intentan buscar a su cuidador, incluso cuando están moderadamente angustiados, ya que confían en su disponibilidad. Por lo tanto, los investigadores del apego no suelen utilizar los términos "fuerte" y "débil" y nunca cuando se refieren a niñas y niños que han tenido suficiente tiempo e interacción con un cuidador para desarrollar apego. La ausencia de apego a los cuidadores es extremadamente rara y suele observarse sólo entre niñas y niños que no han tenido tiempo suficiente para desarrollar relaciones de apego (por ejemplo, debido a que están recién llegados a un nuevo contexto de cuidados, como una familia de acogida) o entre los escasos niños y niñas que no han tenido suficientes oportunidades para identificar a alguno de sus cuidadores como habitual (debido, por ejemplo, a la crianza institucional).⁵⁷

Malentendidos sobre la interacción entre múltiples relaciones de apego. En este apartado discutimos algunos malentendidos respecto a la

⁵⁵ Simpson, J., y Belsky, J., "Attachment theory within a modern evolutionary framework", en J. Cassidy y P. Shaver (eds.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 91-116 Guilford Press, 2016.

⁵⁶ Main, M., "Cross-cultural studies of attachment organization: Recent studies, changing methodologies, and the concept of conditional strategies", *Human Development*, 33(1), pp. 48-61, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.1159/000276502>.

⁵⁷ Zeanah, C. H., Smyke, A. T., Koga, S. F., Carlson, E., y Bucharest Early Intervention Project Core Group, "Attachment in institutionalized and community children in Romania", *Child Development*, 76(5), pp. 1015-1028, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2005.00894.x>.

importancia de desarrollar apego con un cuidador o cuidadora en particular ("la madre o el padre psicológico"), en lugar de con más de uno. Abordamos malentendidos que han surgido sobre este asunto tras el divorcio de los padres, malentendidos que han podido influir sobre 1) las decisiones relativas a la custodia y 2) los acuerdos con respecto a la pernoctación. Nuestro argumento es que para que los juzgados tomen decisiones acertadas sobre estos asuntos, deben prestar atención al contexto de desarrollo de cada niña o niño concretos.

Relaciones múltiples de apego y decisiones sobre la custodia. A menudo se supone que la relación de apego con una persona se da a expensas de otras relaciones de apego, y que las decisiones tomadas para el bienestar superior infantil deberían maximizar la probabilidad de un apego seguro con un "cuidador o cuidadora principal". Por ejemplo, las decisiones respecto a la custodia se han caracterizado por "encontrar el equilibrio entre el beneficio de un apego seguro con uno de los progenitores y formar apegos con ambos".⁵⁸ Sin embargo, niñas y niños pueden desarrollar y mantener relaciones de apego seguro con diversos cuidadores a la vez si pasan suficiente tiempo juntos y si quienes de ellos cuidan responden de manera tal que proporcionen un refugio seguro cuando lo necesiten.⁵⁹ Si bien actualmente no sabemos cuánto tiempo se necesita para desarrollar y mantener las relaciones de apego, las decisiones de priorizar categóricamente a uno de los padres pueden obstaculizar las oportunidades de niños y niñas de formar y conservar vínculos con otros cuidadores.

En particular, mientras que el escaso contacto entre los niños pequeños y sus cuidadores que no tienen la custodia (generalmente, los padres) predice poco o ningún contacto también en el futuro,⁶⁰ la custodia física

⁵⁸ Tornello, S. L., Emery, R., Rowen, J., Potter, D., Ocker, B. y Xu, Y., "Overnight custody arrangements, attachment, and adjustment among very young children", *Journal of Marriage and Family*, 75(4), pp. 871, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jomf.12045>.

⁵⁹ Kelly, J. B., y Lamb, M. E., *Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children*.

⁶⁰ Cheadle, J. E., Amato, P. R., y King, V., "Patterns of nonresident father contact", *Demography*, 47(1), pp. 205-225, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/dem.0.0084>.

compartida se asocia con relaciones más duraderas con el padre progenitor no residente.⁶¹ Sin embargo, como señala Steinbach,⁶² la mayor parte de la investigación que ha encontrado efectos positivos de la custodia física compartida se ha realizado en contextos de bajo conflicto entre madres y padres, así como con niñas y niños mayores provenientes de familias con un estatus socioeconómico alto. En consecuencia, se necesita investigación en contextos más variados. No obstante, con el aumento del tiempo y el grado de participación del padre en la crianza de hijas e hijos en todo el mundo, la investigación ha identificado efectos beneficiosos y específicos del padre en la maduración neurobiológica infantil⁶³ y en el desarrollo de la competencia social, en particular en la capacidad infantil para el control de la agresividad.⁶⁴ Por lo tanto, privar a niñas y niños de oportunidades para relacionarse con su padre generalmente no es lo mejor para ellos. De hecho, incluso en familias tradicionales con participación paterna de baja a moderada, los estudios a largo plazo han mostrado efectos positivos de la sensibilidad paterna en el desarrollo infantil.⁶⁵

La postura inicial de Bowlby sostenía que una relación primaria es de especial importancia. Posteriormente, sin embargo, Bowlby cambió su opinión al respecto⁶⁶ y, de hecho, durante décadas esta no ha sido la posición entre la gran mayoría de quienes investigan sobre apego.⁶⁷ Estos

⁶¹ Steinbach, A., "Children's and parents' well-being in joint physical custody: A literature review", *Family Process*, 58(2), pp. 353-369, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/famp.12372>.

⁶² *Idem*.

⁶³ Feldman, R., Braun, K., y Champagne, F. A., "The neural mechanisms and consequences of paternal caregiving", *Nature Reviews Neuroscience*, 20(4), pp. 205-224, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41583-019-0124-6>.

⁶⁴ Bacro, F., y Macario de Medeiros, J. M., "Externalizing behavior and attachment disorganization in children of different-sex separated parents: The protective role of joint physical custody", *Scandinavian Journal of Psychology*, 62(1), pp. 74-81, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/sjop.12681>.

⁶⁵ Grossmann, K., et al., *op. cit.*

⁶⁶ J. Bowlby, 1984, comunicación personal, citada en Harwood, I., "Creative use of gender while addressing early attachment, trauma, and cross-cultural issues in a cotherapy group", *Psychoanalytic Inquiry*, 23(5), pp. 697-712, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/07351692309349060>.

⁶⁷ Duschinsky, R., *Cornerstones of attachment research*, Oxford University Press, 2020.

investigadores mayoritariamente sostienen que los humanos evolucionaron con la expectativa de una reducida red de relaciones de apego con personas conocidas concretas a las que se puede recurrir en momentos de necesidad.⁶⁸ El fenómeno de múltiples cuidadores es de hecho la norma en muchos entornos culturales.⁶⁹ También se ha descubierto que disponer de múltiples cuidadores y de una red de relaciones de apego es un factor de protección en el desarrollo infantil, en el que el apego seguro a una persona amortigua las consecuencias de la inseguridad en otras relaciones.⁷⁰ En este sentido, en culturas en las cuales la vivienda familiar extensa es la norma, niñas y niños no solo se benefician de múltiples vínculos con parientes que no sean sus progenitores, sino que dichos vínculos pueden mitigar algunas de las dificultades observadas en la relación madre-hijo, como cuando la madre está deprimida.⁷¹ Por lo tanto, la evidencia convergente sugiere que cada relación de apego es importante y que para niñas y niños es beneficioso disponer de más de un refugio seguro.⁷²

⁶⁸ Abraham, E., y Feldman, R., "The neurobiology of human allomaternal care: Implications for fathering, coparenting, and children's social development", *Physiology and Behavior*, 193(Pt A), pp. 25-34, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.physbeh.2017.12.034>; Van IJzendoorn, M. H., "Attachment in social networks: Toward an evolutionary social network model", *Human Development*, 48(1-2), pp. 85-88, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1159/000083218>.

⁶⁹ Hrdy, S. B., *Mothers and others*, Harvard University Press, 2011.

⁷⁰ Bacro, F., Forslund, T., y Granqvist, P., "Children's multiple attachment relationships and representations in different family contexts", en T. Forslund y R. Duschinsky (eds.), *Attachment: A reader*, Wiley, 2020; Boldt, L.J., Kochanska, G., Yoon, J. E., y Nordling, J. K., "Children's attachment to both parents from toddler age to middle childhood: Links to adaptive and maladaptive outcomes", *Attachment y Human Development*, 16(3), pp. 211-229, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2014.889181>; Egeland, B., Jacobvitz, D., y Sroufe, L.A., "Breaking the cycle of abuse", *Child Development*, 59(4), pp. 1080-1088, 1988. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1130274>; Saunders, R., Jacobvitz, D., Zaccagnino, M., Beverung, L., y Hazen, N., "Pathways to earned-security: The role of alternative support figures", *Attachment & Human Development*, 13(4), pp. 403-420, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2011.584405>; Van IJzendoorn, M. H., Sagi, A., y Lambermon, M. W. E., "The multiple caregiver paradox: Data from Holland and Israel", *New Directions for Child Development*, 57, pp. 5-25, 1992. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/cd.23219925703>.

⁷¹ Feldman, R., y Masalha, S., "The role of culture in moderating the links between early ecological risk and young children's adaptation", *Development and Psychopathology*, 19(1), pp. 1-21, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579407070010>.

⁷² Dagan, O., y Sagi-Schwartz, A., "Early attachment network to mother and father: An unsettled issue", *Child Development Perspectives*, 12(2), pp. 115-121, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdep.12272>.

Sería un error inferir de lo precedente que una niña o un niño puede formar innumerables relaciones de apego de significado equivalente; ciertamente existen límites, incluso si no están bien especificados.⁷³ Además, la niña o el niño (especialmente cuanto más pequeño sea) puede preferir algún cuidador o cuidadora con respecto a otros de cara a satisfacer las necesidades de apego.⁷⁴ No obstante, el significado psicológico y evolutivo de tal preferencia no es evidente por sí mismo. Por ejemplo, dicha preferencia típicamente sólo se observa cuando se dispone de más de un cuidador y no parece depender de la calidad del apego con los respectivos padres.⁷⁵ Asimismo, las preferencias de una niña o un niño en un momento determinado pueden depender de factores contextuales.⁷⁶ De todas formas, cabe señalar que en la actualidad carecemos de suficiente conocimiento científico sobre las preferencias infantiles en contextos de conflictos entre los padres y disputas por la custodia.

Basándonos en la investigación en su conjunto, la mayoría de quienes investigamos sobre apego coincidimos en que las relaciones de apego de niñas y niños con todos sus cuidadores habituales son importantes y deben ser apoyadas. En lo que investigadoras e investigadores —incluidos quienes firmamos este texto— difieren es en si la relación con un cuidador "más familiar" puede tener una importancia particular como refugio seguro en los primeros años de vida y si este cuidador o cuidadora, en el contexto de las decisiones sobre custodia, debe, en consecuencia, estar más tiempo con el niño o la niña hasta que su desarrollo

⁷³ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., Goldman, P. S., Fox, N. A., Gunnar, M. R., Johnson, D. E., Nelson, C. A., Reijman, S., Skinner, G. C. M., Zeanah, C. H., y Sonuga-Barke, E. J. S., "Institutionalisation and deinstitutionalisation of children I: A systematic and integrative review of evidence regarding effects on development", *The Lancet Psychiatry*, 7(8), pp. 703-720, 2020. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(19\)30399-2](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(19)30399-2).

⁷⁴ Bacro, F. et al., *op. cit.*

⁷⁵ Umemura, T., Jacobvitz, D., Messina, S., y Hazen, N., "Do toddlers prefer the primary caregiver or the parent with whom they feel more secure? The role of toddler emotion", *Infant Behavior and Development*, 36(1), pp. 102-114, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.infbeh.2012.10.003>; Zimmerman, *op. cit.*

⁷⁶ Lamb, M. "Does shared parenting by separated parents affect the adjustment of young children?", *Journal of Child Custody*, 15(1), pp. 16-25, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379418.2018.1425105>.

cognitivo haga que la separación de ese cuidador más familiar sea más tolerable,⁷⁷ una postura criticada por Lamb.⁷⁸ Sin embargo, la investigación actual es demasiado escasa para una respuesta empírica definitiva y sencilla a esta pregunta. Esto se debe en parte a que la respuesta probablemente difiera en función de factores contextuales como la cultura (por ejemplo, de orientación predominantemente individualista, interdependiente o colectivista), factores familiares (por ejemplo, división igual o desigual de las responsabilidades de cuidado entre cónyuges, conflicto entre cónyuges después del divorcio) y del momento evolutivo infantil (por ejemplo, bebés/niños pequeños frente a niños más mayores). Instamos a los profesionales de los juzgados a considerar tales circunstancias contextuales de cara al tomar decisiones sobre custodia infantil, esforzándose por mantener un contacto continuo con ambos cuidadores siempre que sea posible.

Cuando un "segundo" cuidador, por el motivo que sea, no ha estado involucrado en el cuidado y otras formas de interacción con el niño o la niña antes del divorcio, es importante que el niño o la niña tengan la oportunidad de adaptarse gradualmente a ser cuidado por esa persona tras el divorcio, antes de que se le asignen tiempos más menos equivalentes en las responsabilidades de cuidado.⁷⁹ Esto es especialmente cierto para

⁷⁷ Por ejemplo, Main, M., Hesse, E., y Hesse, S., "Attachment theory and research: Overview with suggested applications to child custody", *Family Court Review*, 49(3), pp. 426-463, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2011.01383.x>;

Stroufe, A., y McIntosh, J., "Divorce and attachment relationships: The longitudinal journey", *Family Court Review*, 49(3), pp. 464-473, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2011.01384.x>.

⁷⁸ Lamb, M. E., "A wasted opportunity to engage with the literature on the implications of attachment research for family court professionals", *Family Court Review*, 50(3), pp. 481-485, 2012. Disponible en: 1617.2012.01463.x; Lamb, M. "Does shared parenting by separated parents affect the adjustment of young children?";

⁷⁹ Kelly, J. B., y Lamb, M. E., "Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children", *Family and Conciliation Court Review*, 38(3), pp. 297-311, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.2000.tb00577.x>; Kelly, J. B., y Lamb, M. E., "Developmental issues in relocation cases involving young children: When, whether, and how?", *Journal of Family Psychology*, 17(2), pp. 193-205, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0893-3200.17.2.193>; Warshak, R. A., "Social science and parenting plans for young children: A consensus report", *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(1), pp. 46-67, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000005>.

bebés, y niñas y niños pequeños que están a punto de formar o acaban de formar vínculos selectivos con el cuidador o los cuidadores con los que han tenido una historia de interacción continua. En particular, esta argumentación se refiere a la provisión de refugio seguro y no a otros aspectos de la relación. Como señalaron Main et al.,⁸⁰ un cuidador con el que niño o niña no residen puede desempeñar otras funciones importantes (por ejemplo, interacción lúdica), por lo que tener un contacto regular con este cuidador o cuidadora generalmente ayudará al desarrollo infantil más allá del ajuste gradual a sus cuidados.

Es lamentable que a veces se considere que la teoría y la investigación sobre apego justifican un tipo de decisión sobre custodia infantil con preferencia a cualquier otra. En ocasiones, se ha considerado que la teoría avala el énfasis en una sola figura parental psicológica, típicamente la madre. En otros casos, se ha sostenido que la teoría prescribe categóricamente la custodia física compartida, con la misma asignación de tiempo entre padre y madre independientemente de la edad del niño o la niña, incluidas las transiciones diarias, o día sí y día no, entre los hogares familiares. Un ejemplo particular de lo primero se puede encontrar en la "doctrina de los años tiernos", según la cual la custodia pasa automáticamente a la madre en los niños menores de cierta "tierna" edad. Si bien ha sido reemplazada formalmente por el estándar del interés superior del niño o la niña en la mayoría de los países, se ha argumentado que la "doctrina de los años tiernos" continúa influyendo en la toma de decisiones sobre la custodia infantil.⁸¹ Además, todavía se usa de hecho en algunos países, sea o no con referencia a la teoría del apego.⁸²

Uno de esos países es Israel, donde la custodia pasa automáticamente a la madre de niñas y niños menores de seis años, excepto en circunstancias

⁸⁰ Main, M. et al., *op. cit.*

⁸¹ Para una discusión, véase Artis, J. E., "Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine", *Law & Society Review*, 38(4), pp. 769-806, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.0023-9216.2004.00066.x>.

⁸² Aitani, N., *op. cit.*; The National People's Congress of the People's Republic of China, "Divorce", en *Civil Code of the People's Republic of China* (Chapter 4, § 1084 y 1086), 2020. Disponible en: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml>.

muy especiales en las que la madre no se considera apta. En Israel, esa doctrina ha sido defendida por voces influyentes en el campo del derecho, apoyadas en referencias mal informadas de la teoría del apego.⁸³ En respuesta a quienes han argumentado que la teoría y la investigación sobre apego apoyan la igualdad en la atribución de responsabilidades parentales,⁸⁴ Hacker y Halperin Kaddari⁸⁵ hicieron referencia a un número especial de la *Family Court Review*, con contribuciones de un grupo seleccionado de investigadoras e investigadores sobre apego.⁸⁶ Argumentaron que existe un consenso general respecto a que los bebés desarrollan un apego primario con una de las personas que cuidan de ellos y que los acuerdos sobre la crianza en situaciones de divorcio deberían reflejar este consenso.⁸⁷ Como se ha comentado anteriormente, esa no es una opinión consensuada. Sin embargo, lo que es más importante, tenemos pleno consenso en que el establecimiento definitivo de una red de relaciones de apego es generalmente un factor protector a largo plazo y, por lo tanto, un resultado deseable para el desarrollo infantil. También estamos totalmente de acuerdo en que las pérdidas y las separaciones permanentes de las figuras de apego son en sí mismas factores de riesgo para el desarrollo infantil que deben evitarse siempre que sea posible.

Múltiples relaciones de apego y decisiones sobre pernoctación.

Relacionado con lo anterior está es el argumento según el cual el cuidado nocturno por parte del cuidador no residente es intrínsecamente perjudicial para niñas y niños más pequeños, debiendo desaconsejarse dentro de los acuerdos sobre custodia. Esa idea procede, en parte, de un estudio

⁸³ Hacker, D. y Halperin Kaddari, R., *op. cit.*

⁸⁴ Joels, T. y Sagi-Schwartz, A., "Mom, dad, and what about me, I need you both": Facts, myths and hopes in custody disputes", *Din Udvarim [Haifa Law Review]*, 6, pp. 375-404, 2012 [Hebrew].

⁸⁵ Hacker, D. y Halperin Kaddari, R., *op. cit.*

⁸⁶ McIntosh, J., "Guest editor's introduction to special issue on attachment theory, separation and divorce: Forging coherent understandings for family law", *Family Court Review*, 49(3), pp. 418-425, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2011.01382.x>.

⁸⁷ Para una discusión, véase Warshak, *op. cit.*, en contraposición con McIntosh, J. E., Smyth, B. M., y Kelaher, M. A., "Responding to concerns about a study of infant overnight care postseparation, with comments on consensus: Reply to Warshak", *Psychology, Public Policy, and Law*, 21(1), pp. 111-119, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/h0101018>.

temprano y mal interpretado de Solomon y George.⁸⁸ Los autores concluyeron que una organización de custodia compartida que incluyera pasar noches con el padre o madre con quien no se reside habitualmente estaba asociada con apego inseguro respecto a aquel o aquella con quien se reside. Sin embargo, lo que los datos realmente mostraron fue una diferencia no significativa, siendo el conflicto entre madre y padre el mejor predictor de la inseguridad en el apego infantil.⁸⁹ Solomon⁹⁰ ha criticado posteriormente el uso de su estudio como argumento en contra de la pernoctación con el progenitor o progenitora con quien no se reside habitualmente. Además, la mayoría de la evidencia actual sugiere que no tiene consecuencias negativas sobre la seguridad en el apego.⁹¹ No obstante, a menudo se hace referencia al estudio de Solomon y George⁹² para mostrar los peligros potenciales de las estancias nocturnas con el progenitor no residente.⁹³

En relación con el tema de dónde pasan la noche los bebés, una investigación llevada a cabo en kibutz israelíes⁹⁴ mostró que pasar la noche con mujeres desconocidas en dormitorios colectivos se asoció con índices

⁸⁸ Solomon, J., y George, C., "The development of attachment in separated and divorced families: Effects of overnight visitation, parent, and couple variables", *Attachment & Human Development*, 1(1), pp. 1-33, 1999. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616739900134011>.

⁸⁹ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., y Skinner, G. C. M., "Legislation in search of "good-enough" care arrangements for the child: A quest for continuity of care", en J. G. Dwyer (ed.), *The Oxford handbook of children and the law*, Oxford University Press, 2019; véase también Lamb, M. "Does shared parenting by separated parents affect the adjustment of young children?".

⁹⁰ Solomon, J., "An attachment theory framework for planning infant and toddler visitation", en L. Gunsberg y P. Hymowitz (eds.), *Handbook of divorce and custody*, pp. 259-278, Routledge, 2013.

⁹¹ Lamb, M. "Does shared parenting by separated parents affect the adjustment of young children?"; véase también Fabricius y Suh, 2017)

⁹² Solomon, J., y George, C., "The development of attachment in separated and divorced families: Effects of overnight visitation, parent, and couple variables".

⁹³ Por ejemplo, Tornello et al., *op. cit.*; McIntosh, J. E., Smyth, B. M., y Kelaher, M., "Overnight care patterns following parental separation: Associations with emotion regulation in infants and young children", *Journal of Family Studies*, 19(3), pp. 224-239, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.5172/jfs.2013.19.3.224>; para una discusión véase Pruett, M. K., Cowan, C. P., Cowan, P. A., Pradhan, L., Robins, S., y Pruett, K. D., "Supporting father involvement in the context of separation and divorce", en L. Drozd, M. Saini, y N. Olesen (eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court*, pp. 85-117, Oxford University Press, 2016.

⁹⁴ Sagi, A., van IJzendoorn, M. H., Aviezer, O., Donnell, F., y Mayseless, O., "Sleeping out of home in a kibbutz communal arrangement: It makes a difference for infant-mother attachment", *Child Development*, 65(4), pp. 992-1004, 1994. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1131299>.

elevados de inseguridad en el apego con las madres. Si bien se trata de un dato importante, no tiene que ver con el tema de si pasar la noche con padre o madre no residentes tendría consecuencias negativas sobre el apego con el residente. En concreto, la investigación en kibutz muestra que los dormitorios colectivos sin acceso a ningún refugio seguro conocido pueden tener consecuencias negativas sobre la seguridad en el apego, debido a los efectos negativos sobre la expectativa de que haya una figura de apego disponible si se necesita.

Desde una perspectiva del apego, algunos de nosotros planteamos la hipótesis de que el hogar es donde están los cuidadores con los que el niño o la niña está familiarizado, y también planteamos la hipótesis de que es poco probable que la seguridad del apego infantil de quienes han sido cuidados regularmente por ambos progenitores antes del divorcio se vea obstaculizada por las pernoctaciones con cualquiera de ellos después del divorcio, independientemente de la edad del niño. También hay entre nosotros quienes plantean la hipótesis de que el hecho de que las pernoctaciones con una figura de apego no residente tengan o no consecuencias negativas sobre el desarrollo va a depender de los factores contextuales anteriormente discutidos (es decir, factores evolutivos, familiares, culturales). Aunque no haya literatura científica en la que basar recomendaciones exactas relacionadas con la edad, nuestra hipótesis de consenso es que las pernoctaciones no deberían ser problemáticas a partir de la edad preescolar en los casos en que ambos progenitores hayan cuidado al niño o niña con regularidad antes del divorcio o la separación. Por el contrario, un bebé o niña o niño pequeño que haya tenido muy pocas oportunidades de desarrollar expectativas de refugio seguro en relación con uno de los cuidadores puede encontrar más difícil, al menos inicialmente, pasar la noche con ese cuidador después del divorcio. Por supuesto, niñas y niños también pueden experimentar dificultades iniciales relacionadas con factores diferentes a expectativas de refugio seguro insuficientemente desarrolladas, como la falta de familiaridad con el nuevo entorno físico del cuidador o cuidadora. Sin embargo, es probable que si han desarrollado expectativas claras de refugio seguro con ambos

cuidadores se adapten relativamente rápido y afronten bien las pernociaciones en ambos hogares. No obstante, se necesita más investigación para establecer qué grado de familiaridad se requiere para que niñas y niños sientan que tienen un refugio seguro disponible cuando pasan la noche con un cuidador no residente —o, más en general, con cualquier otro cuidador o cuidadora de la red de relaciones de apego—.

Muchos investigadores e investigadoras del apego creen que la custodia física y las pernociaciones con un determinado cuidador pueden facilitar que el niño o la niña desarrolle una relación de apego con ese cuidador.⁹⁵ Una razón por la que esto es así es que se cree que el sistema de apego infantil se complementa con un sistema de cuidado de los cuidadores que, como el sistema de apego infantil, es maleable y está abierto a la influencia de las circunstancias.⁹⁶ En consecuencia, privar de forma muy significativa a un cuidador de tiempo con su hijo o hija y de responsabilidades de cuidado no solo influye en la capacidad infantil para desarrollar y mantener una relación de apego con ese cuidador: también puede tener efectos adversos en el sistema de cuidado del cuidador, que puede verse entorpecido. Sin embargo, no hay ninguna investigación empírica que sugiera que las pernociaciones sean esenciales (es decir, una condición necesaria) para el desarrollo de una relación de apego.

Por último, la toma de decisiones con respecto a la custodia de hijas e hijos, así como la asignación del tiempo, incluidos los acuerdos sobre pernociación, también debe tener en cuenta la capacidad de los cuidadores para cooperar tras el divorcio. En algunos países se recurre a la teoría del apego para justificar de manera categórica la custodia física compartida, sin tener en cuenta factores contextuales como el conflicto entre los padres y su capacidad para cooperar uno con otro. Los conflictos

⁹⁵ Lamb, M. E., Sternberg, K. J., y Thompson, R. A., "The effects of divorce and custody arrangements on children's behavior, development, and adjustment", *Family and Conciliation Courts Review*, 35(4), pp. 393-404, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.1997.tb00482.x>.

⁹⁶ George, C., y Solomon, J., "The caregiving system: A behavioral systems approach to parenting. *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*", 2, pp. 833-856, 2008.

parentales tras el divorcio se han relacionado con una variedad de consecuencias negativas sobre la adaptación infantil,⁹⁷ incluido el apego.⁹⁸ El conflicto y la hostilidad entre los miembros de la pareja no solo pueden socavar las propias competencias parentales de cada uno de ellos, sino también su capacidad para permitir que el otro cuide de la niña o el niño,⁹⁹ con ramificaciones negativas para hijas e hijos al encontrarse atrapados en esta situación de conflicto entre adultos. Con resultados prometedores, se han desarrollado intervenciones para potenciar la implicación de los cuidadores, abordar sus problemas y disminuir el conflicto interparental.¹⁰⁰

Implicaciones de las clasificaciones de estilos de apego. Las clasificaciones de estilos de apego son a menudo malinterpretadas en contextos aplicados, y reconocemos que la comunidad de investigadores del apego, incluidos muchos de nosotros, en ocasiones ha contribuido involuntariamente a que eso suceda.¹⁰¹ A veces hemos defendido nuestros métodos para evaluar el estilo de apego y hemos exagerado el alcance de nuestros datos sin reconocer explícitamente sus restricciones y limitaciones. Visto retrospectivamente, es evidente que deberíamos haber tenido más cuidado. Cuando los instrumentos que usamos para evaluar los estilos de apego son utilizados en las circunstancias prescritas y por personas debidamente capacitadas y certificadas, son herramientas de impresionante valor para la investigación a nivel grupal. Sin embargo, surgen dudas

⁹⁷ Tan, E. S., McIntosh, J. E., Kothe, E. J., Opie, J. E., y Olsson, C. A., "Couple relationship quality and offspring attachment security: A systematic review with meta-analysis", *Attachment y Human Development*, 20(4), pp. 349-377, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2017.1401651>; Van IJzendoorn, M. H., "Commentary: Addressing the replication and translation crises taking one step forward, two steps back? A plea for slow experimental research instead of fast "participatory" studies", en S. Hein y J. Weeland (eds.), *Randomized controlled trials (RCTs) in clinical and community settings: Challenges, alternatives and supplementary designs. New Directions for Child and Adolescent Development*, 167, pp. 133-140, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/cad.20308>.

⁹⁸ Brown, G. L., Schoppe-Sullivan, S. J., Mangelsdorf, S. C., y Neff, C., "Observed and reported supportive coparenting as predictors of infant-mother and infant-father attachment security", *Early Child Development and Care*, 180(1-2), pp. 121-137, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/03004430903415015>; Solomon, J., y George, C., "The development of attachment in separated and divorced families: Effects of overnight visitation, parent, and couple variables".

⁹⁹ Grossmann, K., *Attachment and divorce: Facts, myths and dilemmas in custody disputes*, 6th International Attachment Conference, Pavia, Italy, 2013.

¹⁰⁰ Pruett et al., *op. cit.*

¹⁰¹ Duschinsky, *op. cit.*

sobre la transferibilidad de la validez de las mediciones en escenarios como los juzgados de familia y en referencia a niños y niñas individuales (y a sus cuidadores). La pregunta clave aquí es, por supuesto, si la evaluación del estilo de apego proporciona información útil para tomar decisiones sobre custodia y protección infantil. Una información válida sobre la calidad del apego de un niño o niña concretos puede proporcionar una valiosa comprensión de la relación de ese niño o esa niña con un cuidador determinado y, potencialmente, podría aumentar la capacidad de los profesionales para hacer predicciones sobre su desarrollo. Sin embargo, y como se analiza a continuación, los tamaños del efecto de las relaciones entre la calidad del apego infantil, las conductas parentales de cuidado y el desarrollo infantil posterior son entre pequeños y moderados. En consecuencia, la medición del apego por sí sola no tiene suficiente poder predictivo para ser utilizada como indicador válido con el que explicar la historia del cuidado de un niño o niña o su trayectoria futura.

El supuesto según el cual las clasificaciones de apego brindan información fiable y válida sobre la historia infantil de cuidados y sus perspectivas de desarrollo. A veces se hacen intentos de evaluar el estilo de apego para dar cuenta de la calidad de los cuidados que reciben niñas y niños y para ayudar a los juzgados de familia a tomar decisiones relativas a la custodia o protección infantiles.¹⁰² Sin embargo, los instrumentos para evaluar el estilo de apego se desarrollaron y validaron en el contexto de investigación grupal y esta validez grupal no se transfiere automáticamente a una validez que permita su uso de cara a los diagnósticos o predicciones individuales.¹⁰³ En la ciencia médica y los contextos clínicos, las herramientas de diagnóstico deben tener alta "sensibilidad" y "especificidad" para ser consideradas útiles. Mientras que la "sensibilidad" se refiere a la proporción de "verdaderos positivos" correctamente identificados (por ejemplo, niños con apego seguro que se clasifican

¹⁰² Aitani, N., *op. cit.*; Crittenden, P. M., y Baim, C., *op. cit.*; Gauthier et al., *op. cit.*

¹⁰³ Neal et al., *op. cit.*; Van IJzendoorn, M. H., Bakermans, J. J., Steele, M., y Granqvist, P., "Diagnostic use of Crittenden's attachment measures in Family Court is not beyond a reasonable doubt", *Infant Mental Health Journal*, 39(6), pp. 642-646, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21747>.

correctamente con apego seguro), la "especificidad" se refiere a la proporción de "verdaderos negativos" (por ejemplo, niños con apego inseguro que se identifican correctamente con apego no seguro). Las pruebas pueden tener una alta sensibilidad y especificidad, pero una prueba con alta sensibilidad puede ver reducida su especificidad si genera muchos "falsos positivos" (por ejemplo, identificando a la mayor parte de niños con apego como apegados con seguridad, pero también identificando a muchos niños con apego inseguro como niños con apego seguro). En relación con los instrumentos para evaluar los estilos de apego en la realidad actual, las consideraciones sobre sensibilidad y especificidad pueden aplicarse a la capacidad para valorar el pasado y para hacer pronósticos de futuro; por ejemplo, para identificar a los niños con apego seguro que han experimentado cuidados sensibles y que se desarrollan favorablemente, así como a los niños con apego inseguro que no han experimentado cuidados sensibles y que no se desarrollan favorablemente.

Pocos instrumentos psicológicos —o, por las mismas razones, biomédicos— desarrollados para la investigación a nivel grupal tienen suficiente sensibilidad y especificidad para un uso válido para el diagnóstico y predicción del desarrollo individual.¹⁰⁴ Los problemas relativos a la precisión psicométrica y el poder predictivo son tal vez particularmente relevantes en la evaluación de bebés. De hecho, las evaluaciones del apego en la primera infancia están entre las mediciones más poderosas para predecir el desarrollo infantil posterior en la investigación a nivel grupal.¹⁰⁵ No debería sorprendernos que la mayoría de los instrumentos de evaluación psicológica tengan un poder predictivo insuficiente por sí mismos; el desarrollo humano es verdaderamente complejo, por lo que no se debería esperar que ningún instrumento sirva para dar cuenta de la mayor parte de la varianza en los resultados evolutivos. De todas formas, es importante tener en cuenta que las actuales mediciones de apego tienen una sensibilidad y especificidad limitadas para predecir el desarrollo "individual"

¹⁰⁴ Neal et al., *op. cit.*

¹⁰⁵ Groh, Fearon, et al., *op. cit.*

de los niños o para explicar los antecedentes de cuidado de niñas o niños concretos.¹⁰⁶ En concreto, un elevado porcentaje de niñas y niños clasificados con apego inseguro se desarrollan favorablemente y han recibido atención y cuidados suficientes (si bien no suficientemente sensibles).

La capacidad predictiva de las mediciones de apego a nivel grupal, junto con su limitada sensibilidad y especificidad para la predicción a nivel individual, ha dado lugar a diferentes opiniones entre nosotros, investigadoras e investigadores del apego, con respecto a su utilidad para contribuir a la toma de decisiones de los tribunales de familia, particularmente con respecto a la protección infantil. Algunos de nosotros quisiéramos constatar una mayor validez (especialmente sensibilidad y especificidad) de las predicciones a nivel individual antes de apoyar el uso de estas evaluaciones para justificar la toma de decisiones con respecto a la necesidad de sacar a un niño o una niña de su casa. Otros, en cambio, pensamos que las evaluaciones del apego pueden ser útiles para tener un "panorama general" cuando se usan en combinación con otros instrumentos de evaluación. Estas diferencias de opinión, analizadas más adelante, se deben en parte a diferentes puntos de vista con respecto a cómo de exigentes deben ser los estándares para que un instrumento científico se considere útil para fundamentar la toma de decisiones en los juzgados de familia.

La suposición de que el apego seguro equivale a salud psicosocial, predice salud psicosocial individual y proporciona un índice del interés superior del niño o la niña. La investigación metaanalítica ha mostrado que el apego seguro en la infancia se asocia posteriormente con una mayor competencia social ($d = 0.39$) y menores problemas de conducta externalizados ($d = 0.31$) e internalizados ($d = 0.15$).¹⁰⁷ Estos tamaños del efecto son importantes al dar cuenta de valores promedio obtenidos a partir de muchos niños y muchas investigaciones.¹⁰⁸ El apego seguro es

¹⁰⁶ van Ijzen-doorn, Bakermans, et al., *op. cit.*

¹⁰⁷ Groh, Fearon, et al., *op. cit.*

¹⁰⁸ Funder, D. C., y Ozer, D. J., "Evaluating effect size in psychological research: Sense and nonsense", *Advances in Methods and Practices in Psychological Science*, 2(2), pp. 156-168, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/2515245919847202>.

generalmente un factor protector en el desarrollo humano¹⁰⁹ y de ello se desprende que las directrices y las intervenciones que favorezcan la atención y el cuidado sensible, y con ello el apego seguro, tienen utilidad práctica.¹¹⁰ Estos tamaños del efecto también podrían considerarse pragmáticamente adecuados para justificar el uso de evaluaciones de la seguridad del apego en los juzgados de familia, especialmente si se considera que muchos otros instrumentos de los que disponemos tienen una validez predictiva más baja o desconocida. Las evaluaciones de apego validadas, si se llevan a cabo por codificadores capacitados y certificados, pueden proporcionar información que aumente la capacidad de los profesionales de predecir el plausible desarrollo futuro de niñas y niños por encima del nivel de probabilidad debido al azar. Sin embargo, los tamaños del efecto no tienen magnitud suficiente como para afirmar que el desarrollo futuro de un niño pueda predecirse con confianza a partir únicamente de la evaluación de la seguridad del apego. Si en los juzgados se usan valoraciones del apego para apoyar sus tomas de decisión, el peso asignado a los estilos de apego debe reflejar esta limitación.

Hacer comprender la complejidad de trasladar la investigación a nivel grupal a la evaluación individual de niños y cuidadores ha resultado difícil, exagerándose con frecuencia la importancia del apego seguro o comunicándola en algunas guías del trabajo social de forma que puede inducir a errores. Tales caracterizaciones pueden promover o dar apoyo a creencias erróneas sobre el apego seguro como necesario para un desarrollo infantil favorable. A su vez, esto puede contribuir a un énfasis excesivo en el apego seguro en la toma de decisiones de los juzgados de familia. Un ejemplo de comunicación poco clara se puede encontrar en

¹⁰⁹ Scott, S., Briskman, J., Woolgar, M., Humayun, S., y O'Connor, T. M., "Attachment in adolescence: Overlap with parenting and unique prediction of behavioural adjustment", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 52(10), pp. 1052-1062, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1469-7610.2011.02453.x>.

¹¹⁰ Bachmann, C. J., Beecham, J., O'Connor, T. G., Scott, A., Briskman, J., y Scott, S., "The cost of love: Financial consequences of insecure attachment in antisocial youth", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 60(12), pp. 1343-1350, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jcpp.13103>.

la guía práctica del Departamento de Salud de Reino Unido que, aunque ya no esté en vigor, ha sido y sigue siendo muy influyente:

Lo que les sucede a niñas y niños en sus primeros años de vida es la base del desarrollo posterior y afectará a lo que con ellos pase después. La importancia de esto debe tenerse en cuenta en el proceso de evaluación, motivo por el que los apegos seguros son tan importantes en los primeros años. Cuando estos apegos están ausentes o se rompen, las decisiones de cara a proporcionar a niñas y niños nuevas figuras de apego deben tomarse lo más rápidamente posible para evitarles daños evolutivos.¹¹¹

Esta guía no es clara y es errónea, ya que comienza defendiendo la importancia del apego seguro para después crear un contraste extremo entre apego seguro y "ausencia" de apego y apegos "rotos", abogando a continuación por proporcionar rápidamente a niñas y niños nuevas figuras de apego. El tono determinista ignora el hecho de que las experiencias posteriores también influyen sobre las relaciones de apego.¹¹² Además, en la guía práctica del Departamento de Salud no hay zonas grises: ninguna mención al apego inseguro, ninguna referencia a lo infrecuente de la ausencia de apego. Aunque probablemente no era la intención de sus autores, esa guía puede haber promovido o reforzado la idea de que todo lo que no sea apego seguro está asociado a un alto riesgo de desarrollo problemático y que niñas y niños que no tengan apego seguro deben ser separados de sus cuidadores.¹¹³ Estas ideas constituyen una grave incompreensión de la teoría e investigación sobre apego, al tiempo que implicarían que casi la mitad de niñas y niños deberían ser separados de sus padres, ya que ese es el promedio de apego inseguro en la población general.¹¹⁴

¹¹¹ Department of Health, *Assessing children in need and their families: Practice guidance*. The Stationery Office, 2000, p. 3.

¹¹² Por ejemplo, Waters, E., Merrick, S., Treboux, D., Crowell, J., y Albersheim, L., "Attachment security in infancy and early adulthood: A twenty-year longitudinal study", *Child Development*, 71(3), pp. 684-689, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-8624.00176>.

¹¹³ White et al., *op. cit.*

¹¹⁴ Van IJzendoorn, M. H., Schuengel, C., y Bakermans-Kranenburg, M. J., "Disorganized attachment in early childhood: Meta-analysis of precursors, concomitants, and sequelae", *Development and*

El supuesto de que el apego inseguro organizado implica daño y patología. Según los datos obtenidos por codificadores entrenados en una evaluación de episodios de separación-reunión conocidos como "situación del extraño" se han distinguido dos tipos de apego inseguro "organizado".¹¹⁵ En las relaciones de apego inseguro-evitativo los niños no buscan al cuidador habitual en situaciones de estrés moderado, incluso si el niño o la niña está cerca del adulto. En el apego inseguro-resistente niñas y niños buscan proximidad, pero no se tranquilizan fácilmente y mezclan la búsqueda de proximidad con muestras de ira hacia el cuidador. Estos patrones que consisten en minimizar o maximizar señales de apego se consideran "organizados" porque el comportamiento es coherente y puede servir para aumentar la disponibilidad de cuidadores con menos sensibilidad. Los metaanálisis han revelado asociaciones significativas y sólidas, pero modestas, entre apego evitativo y competencia social baja ($d = 0.17$), niveles más altos de problemas internalizados ($d = 0.17$) y externalizados ($d = 0.12$), así como entre apego resistente y menor competencia social ($d = 0.29$).¹¹⁶

Tales tamaños del efecto no implican que el apego inseguro organizado pueda ser usado por sí mismo como un indicador de atención y cuidados inadecuados o para pronosticar un desarrollo infantil desfavorable. Mientras los tamaños del efecto sugieren que el apego inseguro, evaluado de forma válida, puede contribuir a pronosticar débilmente el probable desarrollo infantil en el futuro, es legítimo preguntarse cuánta relevancia se puede dar a ese pronóstico y a su importancia práctica. Las consecuencias del apego inseguro también se ven empujadas al lado de las consecuencias negativas asociadas con la falta de oportunidades de formar vínculos con cuidadores con los que se tiene una relación privilegiada, como se observa en el caso de niñas y niños

Psychopathology, 11(2), pp. 225-250, 1999. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579499002035>.

¹¹⁵ Ainsworth, M. D. S., Blehar, M. C., Waters, E., y Wall, S. N., *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*.

¹¹⁶ Groh, A. M., Fearon, R. P., et al., *op. cit.*

institucionalizados.¹¹⁷ De hecho, la posibilidad de desarrollar diferentes estilos de apego (incluido el inseguro) probablemente evolucionó para hacer posible la supervivencia y adaptación infantil ante diferentes circunstancias de cuidados y contextos.¹¹⁸ A menos que el mundo se organice de forma exitosa para convertirse en un lugar sensible y seguro con muchos recursos para todos sus habitantes, puede que no esté justificado considerar que sólo las relaciones de apego seguro sean adaptativas para todos los individuos. Al fin y al cabo, la calidad del apego siempre interactúa con otros factores de riesgo y protección. Por ejemplo, tener una relación de apego inseguro puede tener una importancia muy diferente en función de factores tales como la calidad de las experiencias en la escuela infantil, el apoyo social familiar y el temperamento del niño o la niña,¹¹⁹ todos los cuales pueden aumentar o atenuar el riesgo.

El supuesto de que el apego inseguro-desorganizado implica invariablemente daño y psicopatología. El desorganizado es una tercera categoría de apego inseguro, identificado por codificadores entrenados ante la manifestación de conductas conflictivas, confusas o aprensivas hacia un cuidador habitual en circunstancias estandarizadas de estrés leve a moderado.¹²⁰ Lo que predice el apego desorganizado son variables del cuidador tales como comportamientos atemorizantes, asustados y disociativos,¹²¹ así como también conductas de cuidado atípico, tales como

¹¹⁷ Van IJzendoorn, M. H., et al., "Institutionalisation and deinstitutionalisation of children I: A systematic and integrative review of evidence regarding effects on development".

¹¹⁸ Belsky, J., "Attachment, mating, and parenting: An evolutionary interpretation", *Human Nature*, 8(4), pp. 361-381, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF02913039>.

¹¹⁹ Van IJzendoorn, M. H., y Bakermans-Kranenburg, M. J., "Integrating temperament and attachment", en M. Zentner y R. L. Shiner (eds.), *Handbook of temperament*, pp. 403-424, Guilford Press, 2012.

¹²⁰ Main, M., y Solomon, J., "Discovery of an insecure-disorganized/disoriented attachment pattern", en T. B. Brazelton y M. W. Yogman (eds.), *Affective development in infancy*, pp. 95-124, Ablex Publishing, 1986.

¹²¹ Main, M., y Hesse, E., "Parents' unresolved traumatic experiences are related to infant disorganized attachment status: Is frightened and/or frightening parental behavior the linking mechanism?", en M. T. Greenberg, D. Cicchetti, y E. M. Cummings (eds.), *The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation series on mental health and development. Attachment in the preschool years: Theory, research, and intervention*, pp. 161-182, University of Chicago Press, 1990; Schuengel, C., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Van IJzendoorn, M. H., "Frightening maternal behavior linking unresolved loss and disorganized infant attachment", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 67(1), pp. 54-63, 1999. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0022-006X.67.1.54>.

hostilidad y retraimiento¹²² y maltrato.¹²³ Asimismo, la investigación meta-analítica sobre la distribución de los estilos de apego entre niñas y niños institucionalizados ha encontrado apego seguro en menos de la quinta parte y apego desorganizado en más de la mitad.¹²⁴

La relación entre apego desorganizado y maltrato ha llevado a algunos académicos del ámbito del trabajo social a recomendar el uso del apego desorganizado como indicador de maltrato en la práctica de protección infantil.¹²⁵ El problema es que incluso si niñas y niños maltratados tienen significativamente más probabilidades de desarrollar relaciones de apego desorganizadas (alrededor del 50% de los niños maltratados las desarrollan),¹²⁶ una proporción importante de quienes son maltratados no las desarrollan. Asimismo, un porcentaje significativo de niñas y niños de la comunidad general (10-15%), muchos de los cuales no han sido víctimas de maltrato, muestran un apego desorganizado en la "situación del extraño".¹²⁷ Es importante destacar que son muchas las vías que llevan

¹²² Lyons-Ruth, K., y Jacobvitz, D., "Attachment disorganization from infancy to adulthood: Neurobiological correlates, parenting contexts, and pathways to disorder", en J. Cassidy y P. R. Shaver (3ds.), *Handbook of attachment: Theory, research and clinical applications*, pp. 667-695, Guilford Press, 2016.

¹²³ Carlson, V., Cicchetti, D., Barnett, D., y Braunwald, K., "Disorganized/disoriented attachment relationships in maltreated infants", *Developmental Psychology*, 25(4), 525-531, 1989. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.25.4.525>; Cyr, C., Euser, E. M., Bakermans-Kranenburg, M., y van IJzendoorn, M., "Attachment security and disorganization in maltreating and high-risk families: A series of meta-analyses", *Development and Psychopathology*, 22(1), pp. 87-108, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579409990289>.

¹²⁴ Lionetti, F., Pastore, M., y Barone, L., "Attachment in institutionalized children: A review and meta-analysis", *Child Abuse and Neglect*, 42, pp. 135-145, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2015.02.013>; Van IJzendoorn, M. H., et al., "Institutionalisation and deinstitutionalisation of children I: A systematic and integrative review of evidence regarding effects on development".

¹²⁵ Shemmings, D., y Shemmings, Y., *Understanding disorganized attachment: Theory and practice for working with children and adults*, Jessica Kingsley Publishers, 2011; Wilkins, D., "Disorganized attachment indicates maltreatment: How is this link useful for child protection social workers?", *Journal of Social Work Practice*, 26(1), pp. 15-30, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02650533.2011.598228>; "Disorganized attachment does not indicate child maltreatment", *Journal of Social Work Practice*, 35(2), pp. 219-220, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02650533.2020.1787364>.

¹²⁶ Van IJzendoorn, M. H., et al., "Disorganized attachment in early childhood: Meta-analysis of precursors, concomitants, and sequelae".

¹²⁷ *Idem*.

al desarrollo de un apego desorganizado, varias de las cuales no implican la existencia de malos tratos.¹²⁸ Como indicaron Main y Hesse,¹²⁹ los cuidadores pueden, por ejemplo, mostrar comportamientos sutilmente desorganizados atemorizantes/asustados en ausencia de maltrato, debido a traumas no resueltos derivados de sus propias experiencias de pérdidas o maltrato.¹³⁰ La investigación metaanalítica ha encontrado que es probable que bebés cuyas familias experimentan cinco o más factores de riesgo socioeconómico desarrollen apego desorganizado y que no se diferencien significativamente de las de los bebés con maltrato.¹³¹ El apego desorganizado también puede ser más frecuente después de separaciones significativas, como ocurre durante los procesos de divorcio y custodia, especialmente en el contexto de experiencias amargas con ocasión de entregas y visitas.¹³²

Niñas y niños también pueden mostrar un comportamiento desorganizado sin que esto signifique un apego desorganizado relacionado con un cierto historial de cuidados. Muchos niños y niñas normalmente "organizados" mostrarán un comportamiento desorganizado si están lo suficientemente estresados. En consecuencia, el estrés excesivo en el contexto de la evaluación de apego puede dar lugar a manifestaciones de comportamiento desorganizado que no reflejan un apego desorganizado o una

¹²⁸ Bernier, A., y Meins, E., "A threshold approach to understanding the origins of attachment disorganization", *Developmental Psychology*, 44(4), pp. 969-982, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.44.4.969>; Solomon, J., Duschinsky, R., Bakum, L., y Schuengel, C., "Toward an architecture of attachment disorganization: John Bowlby's published and unpublished reflections", *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 22(4), pp. 539-560, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1359104517721959>.

¹²⁹ Main, M., y Hesse, E., *op. cit.*

¹³⁰ Jacobvitz, D., Leon, K., y Hazen, N., "Does expectant mothers' unresolved trauma predict frightening/frightened maternal behavior? Risk and protective factors", *Development and Psychopathology*, 18(2), pp. 363-379, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579406060196>; Madigan, S., Bakermans-Kranenburg, M. J., Van Ijzendoorn, M. H., Moran, G., Pederson, D. R., y Benoit, D., "Unresolved states of mind, anomalous parental behavior, and disorganized attachment: A review and meta-analysis of a transmission gap", *Attachment y Human Development*, 8(2), pp. 89-111, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616730600774458>.

¹³¹ Cyr, C., et al., "Attachment security and disorganization in maltreating and high-risk families: A series of meta-analyses".

¹³² Solomon, J., y George, C., "Disorganization of maternal caregiving across two generations", en J. Solomon y C. George (eds.), *Disorganized attachment and caregiving*, pp. 25-51, Guilford Press, 2011.

historia relacional desorganizada.¹³³ Las dificultades de autorregulación en los recién nacidos¹³⁴ y los síntomas infantiles de TDAH también se han asociado con conductas/clasificaciones desorganizadas y pueden representar "falsos positivos" por una variedad de razones.¹³⁵

En particular, la investigación a nivel grupal ha establecido que el apego desorganizado en la infancia es uno de los más potentes predictores del desarrollo posterior. Por ejemplo, la asociación metaanalítica entre el apego desorganizado y los problemas de conducta externalizados ($d = 0.34$), claramente, no es trivial. El apego desorganizado es, en consecuencia, un hecho relevante que no puede ser minusvalorado. Sin embargo, las asociaciones entre apego desorganizado y riesgo de consecuencias negativas (incluidos los problemas de conducta externalizados) aún no son lo suficientemente fuertes como para que el apego desorganizado per se sea tomado como un indicador de patología en la toma de decisiones de los juzgados de familia respecto a casos individuales.¹³⁶ En reconocimiento de la complejidad que rodea al fenómeno del apego desorganizado y su etiología, algunos académicos han revisado sus posiciones anteriores y ahora enfatizan que el apego desorganizado no es en y por sí mismo un indicador de maltrato.¹³⁷

¹³³ Granqvist, P., Hesse, E., Fransson, M., Main, M., Hagekull, B., y Bohlin, G., "Prior participation in the strange situation and overstress jointly facilitate disorganized behaviours: Implications for theory, research and practice", *Attachment y Human Development*, 18(3), pp. 235-249, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2016.1151061>.

¹³⁴ Padrón, E., Carlson, E. A., y Sroufe, L. A., "Frightened versus not frightened disorganized infant attachment: Newborn characteristics and maternal caregiving", *American Journal of Orthopsychiatry*, 84(2), pp. 201-208, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/h0099390>; Spangler, G., Fremmer-Bombik, E., y Grossmann, K., "Social and individual determinants of infant attachment security and disorganization", *Infant Mental Health Journal*, 17(2), pp. 127-139, 1996. Disponible en: [https://doi.org/10.1002/\(SIC\)1097-0355\(199622\)17:2<127::AID-IMHJ3>3.0.CO;2-N](https://doi.org/10.1002/(SIC)1097-0355(199622)17:2<127::AID-IMHJ3>3.0.CO;2-N).

¹³⁵ Forslund, T., Peltola, M. J., y Brocki, K. C., "Disorganized attachment representations, externalizing behavior problems, and socioemotional competences in early school-age", *Attachment y Human Development*, 22(4), pp. 448-473, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1664603>.

¹³⁶ Fearon, R. P., Bakermans-Kranenburg, M. J., Van IJzendoorn, M. H., Lapsley, A. M., y Roisman, G. I., "The significance of insecure attachment and disorganization in the development of children's externalizing behavior: A meta-analytic study", *Child Development*, 81(2), pp. 435-456, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2009.01405.x>.

¹³⁷ Wilkins, D., "Disorganized attachment does not indicate child maltreatment".

La suposición de que un apego inseguro o desorganizado significa un trastorno de apego. El término "trastorno de apego" se ha utilizado en ocasiones en la práctica judicial en el sentido de "apego problemático", que a su vez connota vagamente relaciones de apego que no favorecen el interés superior de niñas y niños.¹³⁸ Sin embargo, "trastorno de apego" es un término técnico cuyo significado es completamente distinto del de apego inseguro o desorganizado. Este concepto técnico tiene su origen en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (DSM) y se refiere a dos afecciones específicas y muy inusuales que se observan con mayor frecuencia en niños y niñas con experiencia de institucionalización.¹³⁹ En la primera afección, "trastorno de apego reactivo" (RAD, por sus siglas en inglés), el niño muestra ausencia de búsqueda de atención hacia cualquier cuidador cuando está en estado de alarma y solo se puede diagnosticar si ha habido una historia de cuidados sumamente inadecuada y si los síntomas han comenzado después de los 9 meses y antes de los 5 años.¹⁴⁰ En la segunda afección, "trastorno de relación social desinhibida", el niño no es socialmente selectivo y se muestra demasiado amigable con personas desconocidas.¹⁴¹

Se ha documentado el uso excesivo y generalizado de diagnósticos de trastorno de apego, así como el uso excesivo del término "trastorno de apego" en ausencia de diagnóstico.¹⁴² Para la gran mayoría de niñas y niños con trastorno del apego reactivo, los síntomas desaparecen cuando

¹³⁸ White, S., et al., *op. cit.*

¹³⁹ Zeanah, C. H., et al., *op. cit.*

¹⁴⁰ Zeanah, C. H., Cheshier, T., Boris, N. W., Walter, H. J., Bukstein, O. G., Bellonci, C., Benson, S., Bussing, R., Chrisman, A., Hamilton, J., Hayek, M., Keable, H., Rockhill, C., Siegel, M., y Stock, S., "Practice parameter for the assessment and treatment of children and adolescents with reactive attachment disorder and disinhibited social engagement disorder", *Journal of the American Academy of Child y Adolescent Psychiatry*, 55(11), pp. 990-1003, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.jaac.2016.08.004>.

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² Allen, B., y Schuengel, C., *op. cit.*; Woolgar M., y Baldock E., "Attachment disorders versus more common problems in looked after and adopted children: Comparing community and expert assessments", *Child and Adolescent Mental Health*, 20(1), pp. 34-40, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/camh.12052>.

se los coloca en un entorno estable de cuidado que hace posible el desarrollo de relaciones de apego selectivas¹⁴³ y que permite la disponibilidad emocional de los cuidadores.¹⁴⁴ Cabe señalar que están circulando las llamadas "terapias de apego" para tratar los trastornos de apego, afirmándose que son efectivas, cuando en realidad no cuentan con evidencia científica.¹⁴⁵ Esto contrasta con los programas de intervención y prevención basados en el apego para el abordaje del apego desorganizado, los cuales han mostrado resultados positivos muy sólidos.¹⁴⁶

III. Factores que favorecen los malentendidos en la traducción de la investigación sobre apego a la práctica judicial

Los profesionales que trabajan en juzgados han reconocido la discrepancia entre las promesas que a veces se han hecho sobre la relevancia de la teoría del apego y la realidad de su relevancia en la práctica en su trabajo.¹⁴⁷ (Aunque tales profesionales generalmente consideren la investigación

¹⁴³ Smyke, A. T., Zeanah, C. H., Gleason, M. M., Drury, S. S., Fox, N. A., Nelson, C. A., y Guthrie, D., "A randomized controlled trial comparing foster care and institutional care for children with signs of reactive attachment disorder", *American Journal of Psychiatry*, 169(5), pp. 508-514, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1176/appi.ajp.2011.11050748>.

¹⁴⁴ Barone, L., Ozturk, Y., y Lionetti, F., "The key role of positive parenting and children's temperament in post-institutionalized children's socio-emotional adjustment after adoption placement. A RCT study", *Social Development*, 28(1), pp. 136-151, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/sode.12329>.

¹⁴⁵ Allen, B., *op. cit.*; Chaffin, M., Hanson, R., Saunders, B. E., Nichols, T., Barnett, D., Zeanah, C., Berliner, L., Egeland, B., Newman, E., Lyon, T., LeTourneau, E., y Miller-Perrin, C., "Report of the APSAC task force on attachment therapy, reactive attachment disorder, and attachment problems", *Child Maltreatment*, 11(1), pp. 76-89, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1077559505283699>; Mercer, J., "Conventional and unconventional perspectives on attachment and attachment problems: Comparisons and implications, 2006-2016", *Child and Adolescent Social Work Journal*, 36(2), pp. 81-95, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10560-017-0511-7>.

¹⁴⁶ Bernard, K., Dozier, M., Bick, J., Lewis-Morrarty, E., Lindhiem, O., y Carlson, E., "Enhancing attachment organization among maltreated children: Results of a randomized control trial", *Child Development*, 83(2), pp. 623-636, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2011.01712.x>; Facompré, C. R., Bernard, K., y Waters, T. E. A., "Effectiveness of interventions in preventing disorganized attachment: A meta-analysis", *Development and Psychopathology*, 30(1), pp. 1-11, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579417000426>.

¹⁴⁷ Robertson, L., y Broadhurst, K., "Introducing social science evidence in family court decision-making and adjudication: Evidence from England and Wales", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 33(2), pp. 181-203, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz002>.

sobre apego como potencialmente valiosa, a menudo desconfían a la hora de trasladar los principios del apego a casos particulares, y les preocupa que jueces y abogados puedan reaccionar con escepticismo ante sus pretensiones de tener conocimientos sobre apego.¹⁴⁸ Es grave la falta de infraestructura formal para ayudar a los profesionales a adaptar las consideraciones del apego a las necesidades de los juzgados, así como para respaldar la conexión entre la investigación y la práctica. Esto contrasta con lo que ocurre en el campo de la medicina, donde las infraestructuras incluyen, por ejemplo, diagnósticos clínicos que son aceptados por todos, protocolos para la práctica de la evaluación, financiación para la investigación sobre el tema y becas para ayudar a los médicos a convertirse en investigadores clínicos. Más allá de este comentario general, hemos identificado además siete factores específicos que sospechamos que han contribuido a los problemas de traducción a la práctica judicial y que hasta ahora han recibido una atención e interés insuficientes.¹⁴⁹

El uso de "evidencia" científica. En ocasiones, en las evaluaciones de interés superior de niños y niñas, la evidencia científica de referencia otorga un valor inadecuado a algunas investigaciones aisladas.¹⁵⁰ Aunque preferibles a las evidencias anecdóticas o no científicas (por ejemplo, un evaluador de apego "simplemente sabe" que un padre concreto es maltratador), las investigaciones individuales tienen un alto riesgo de falsos positivos y negativos, particularmente cuando el tamaño de la muestra es pequeño, como suele ser el caso en la investigación sobre temas aplicados como el apego. La evidencia de la investigación debe tratarse como creíble cuando hay muchos estudios de alta calidad que apuntan a la misma conclusión, particularmente cuando son realizados por diferentes grupos de investigación. Sin embargo, se debe tener precaución, ya

¹⁴⁸ Duschinsky, R., *op. cit.*; North, G., "Assessing for bruises on the soul: Identifying and evidencing childhood emotional abuse", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 41(3), pp. 302-320, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09649069.2019.1627086>.

¹⁴⁹ Una excepción es Garber, B. D., "Attachment methodology in custody evaluation: Four hurdles standing between developmental theory and forensic application", *Journal of Child Custody*, 6(1-2), pp. 38-61, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379410902894841>.

¹⁵⁰ Nielsen, L., *op. cit.*

que a menos que la literatura se analice rigurosamente, la convergencia percibida puede provenir de resultados contrarios o complejos que se ignoran o se minimizan. Lamentablemente, a veces las guías para profesionales han prestado atención a investigaciones concretas sobre apego desorganizado con los resultados más llamativos,¹⁵¹ en lugar de proporcionar una visión de conjunto representativa de toda la investigación existente.

En este sentido, los metaanálisis son importantes, ya que implican una búsqueda sistemática de todos los estudios relevantes, seguida de análisis estadísticos para calcular el promedio de los resultados. Estos estudios pueden responder a preguntas sobre si en realidad existen asociaciones replicables entre las variables, cuán fuertes son estas asociaciones y si están influidas por otras variables.

Los tamaños del efecto metaanalíticos muy grandes pueden ser considerados como claras indicaciones de una elevada probabilidad de que los hallazgos se puedan aplicar a casos individuales, pero los metaanálisis también tienen limitaciones: los resultados están a nivel de grupo y pocas veces se encuentran tamaños del efecto muy grandes, lo que generalmente hace que sean difíciles de extrapolar a casos individuales.¹⁵² Además, a veces hay motivos para sospechar un sesgo de publicación contra hallazgos nulos; incluso los resultados metaanalíticos pueden estar inflados.¹⁵³ Por lo tanto, la evidencia se fortalece cuando los resultados metaanalíticos están respaldados por muestras grandes y por investigación experimental, como sucede en las intervenciones con control aleatorio, en las que es posible contar con datos ordenados temporalmente y llegar a inferencias causales.¹⁵⁴

¹⁵¹ Por ejemplo, Brown, R., y Ward, H., *Decision-making within a child's timeframe: An overview of current research evidence for family justice professionals concerning child development and the impact of maltreatment*, Childhood Wellbeing Research Centre, 2013.

¹⁵² Funder, D. C., y Ozer, D. J., *op. cit.*

¹⁵³ Kvarven, A., Strömmland, E., y Johannesson, M., "Comparing meta-analyses and preregistered multiple-laboratory replication projects", *Nature Human Behaviour*, 4(4), pp. 423-434, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41562-019-0787-z>.

¹⁵⁴ Van IJzendoorn, M. et al., "Institutionalisation and deinstitutionalisation of children I: A systematic and integrative review of evidence regarding effects on development".

Es cierto que los elevados "ideales" científicos descritos anteriormente a menudo pueden ser difíciles de implementar de manera coherente en la práctica judicial. Puede haber, por ejemplo, una falta de metaanálisis y/o ensayos con control aleatorio sobre determinados temas de interés. De hecho, la comunidad de investigación sobre apego no ha profundizado lo suficiente sobre temas y muestras relevantes para la práctica judicial (por ejemplo, asignación de tiempo, pernoctaciones, conflictos entre progenitores y su relación con el apego infantil). En lugar de excluir cualquier aplicación de la investigación sobre apego, los profesionales deben sacar conclusiones responsables de la investigación disponible, identificando estudios de alta calidad y conclusiones en las que convergen dichos estudios. También es probable que no haya ningún conjunto de investigaciones que pueda satisfacer todos los detalles de una disputa individual sobre custodia o protección infantil. Es decir, que habrá momentos en que expertos y jueces tengan que pasar de lo general a lo particular, y a veces incluso ir más allá de los datos existentes. La discusión anterior no pretende excluir cualquier aplicación de la teoría del apego que no esté basada en metaanálisis con grandes tamaños del efecto respaldados por ensayos controlados aleatorios. Sin embargo, instamos a que los jueces y los expertos a los que consultan permanezcan atentos al verdadero estado de la evidencia científica, lo que les ayudará a determinar cuánto peso dar a la evidencia disponible.

La presión para que las decisiones parezcan basadas en la evidencia y la necesidad de contar con profesionales de la psicología. Si bien los tribunales deben ser pragmáticos con los recursos económicos y el tiempo de que disponen, existe una presión creciente para que las decisiones parezcan basadas en evidencias, sean justificables y auditables.¹⁵⁵ Debido a que las decisiones que implican el interés superior de niñas y niños se refieren a previsiones sobre su futuro, resulta atractivo contar con un pronóstico elaborado por algún profesional de la psicología con

¹⁵⁵ Huntington, C., "The empirical turn in family law", *Columbia Law Review*, 118(1), pp. 227-314, 2018.

la debida cualificación. Como se señaló, esto ha allanado el camino para que la teoría del apego ingrese en las salas de juicio.¹⁵⁶ De hecho, se ha descubierto que la teoría del apego es con mucho la teoría más popular entre quienes trabajan profesionalmente con niños y familias que necesitan apoyo.¹⁵⁷ Además, si bien la tarea de juezas y jueces, que siguen su propio criterio y toman las decisiones, es determinar los hechos, dependen de expertos que ponen en relación fuentes fiables de conocimiento con las situaciones de los niños y su previsible futuro.¹⁵⁸ Se puede sospechar que la presión para encontrar evidencias relevantes de cara a la determinación del superior interés de niños y niñas ha contribuido a un cortocircuito entre las preocupaciones sobre la calidad del apego y las evaluaciones del mejor interés, así como a una excesiva confianza en el valor pronóstico de los estilos de apego en casos individuales.

Versiones populares de la teoría del apego. En ocasiones, en guías prácticas dirigidas a trabajadores sociales y profesionales que trabajan en los juzgados se han difundido versiones simplificadas de la teoría del apego basadas en las connotaciones cotidianas de términos como "seguridad", "desorganización" y "apego". Por ejemplo, el apego desorganizado a menudo se caracteriza erróneamente como sentimientos de peligro y abandono psicológico en relación con un cuidador y como un sólido pronóstico de enfermedad mental posterior.¹⁵⁹ De manera similar, una entidad sueca que se ocupa de los derechos infantiles escribe de manera alarmante sobre la desorganización infantil como un factor de riesgo "grave" para problemas de comportamiento externalizados, señalando que "... existe miedo en la relación entre el cuidador y el niño. El niño tiene miedo al cuidador o el cuidador le tiene miedo al niño".¹⁶⁰ Sistemáticamente, tales descripciones implican una caracterización errónea al apego

¹⁵⁶ Mnookin, R., *op. cit.*

¹⁵⁷ Department for Education, *Children in need of help and protection: Call for evidence*, 2018. Disponible en: [-dren-in-need-of-help-and-protection-call-for-evidence](#).

¹⁵⁸ Schneider, C. E., *op. cit.*

¹⁵⁹ Por ejemplo, Brown, R., y Ward, H., *op. cit.*

¹⁶⁰ Barnombudsmannen, *Klara, färdiga, Gå!*, 2007. Disponible en: [diga-ga-2007/](#), p. 84.

desorganizado.¹⁶¹ De forma similar, la orientación entregada a profesionales chilenos que trabajan en la protección de la infancia¹⁶² sugiere el uso de un instrumento para la evaluación del cuidado parental que hace referencia al "apego saludable" y que asimila el apego desorganizado con el trastorno del apego.¹⁶³ Tales descripciones parecen moldeadas por representaciones culturales de la salud y la enfermedad mental —entendida esta última como caos e imprevisibilidad— más que por una adecuada comprensión del apego, incluido el apego desorganizado.¹⁶⁴ Por supuesto, la práctica científica siempre ha estado, hasta cierto punto, influida por valores sociales, pero las versiones popularizadas de la teoría del apego han sido especialmente vulnerables a la presentación de valores sociales como hechos científicos, tal y como lo ejemplifican los juicios de valor sobre los roles de las madres y los padres.¹⁶⁵

Cuando los constructos académicos se asumen sin sus precauciones. Cuando se trasladan a la práctica judicial, los constructos académicos se usan a veces ignorando las precauciones que les son inherentes.¹⁶⁶ lo que puede llevar a un exceso de confianza respecto a las implicaciones de las diferencias individuales en el estilo de apego. A modo de ejemplo, la entrevista sobre estilos de apego¹⁶⁷ a veces se usa para determinar la idoneidad para el acogimiento familiar. Como comenta Granqvist,¹⁶⁸

¹⁶¹ Granqvist, P., et al., "Disorganized attachment in infancy: A review of the phenomenon and its implications for clinicians and policy-makers".

¹⁶² Departamento de Protección de Derechos Servicio Nacional de Menores, *Orientaciones técnicas: línea de acción diagnóstico modalidad diagnóstico ambulatorio, DAM*, 2019. Disponible en: <https://www.sename.cl/web/index.php/documentos-y-orientaciones-tecnicas/>.

¹⁶³ Barudy, J., y Dantagnan, M., *Los desafíos invisibles de ser madre y padre: Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental*, Editorial Gedisa, 2010.

¹⁶⁴ Reijman, S., Foster, S., y Duschinsky, R., "The infant disorganised attachment classification: 'Patterning within the disturbance of coherence'", *Social Science y Medicine*, 200, pp. 52-58, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2017.12.034>.

¹⁶⁵ Para una discusión, vease Duschinsky, *op. cit.*

¹⁶⁶ Nielsen, L., *op. cit.*

¹⁶⁷ Bifulco, A., Jacobs, C., Bunn, A., Thomas, G., y Irving, K., "The attachment style interview (ASI): A support-based adult assessment tool for adoption and fostering practice", *Adoption & Fostering*, 32(3), pp. 33-45, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/030857590803200306>.

¹⁶⁸ Granqvist, P., "Observations of disorganized behaviour yield no magic wand: Response to Shemmings", *Attachment y Human Development*, 18(6), pp. 529-533, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2016.1189994>.

esta medida no ha sido suficientemente validada para evaluar la capacidad para cuidar de otros, y los autores de la medida así lo reconocen. Sin embargo, esta advertencia se ha ignorado en la práctica judicial, como se vio en un caso sueco reciente en el que un par de gemelos fueron sacados de su hogar de acogida permanente después de un año en él, basándose únicamente en la calificación ASI de "inseguros" de los acogedores.¹⁶⁹ De hecho, estos acogedores obtuvieron buenos resultados en todas las demás evaluaciones y los niños parecían estar desarrollándose bien. Otro ejemplo en la práctica de la protección infantil que puede mencionarse es que los académicos han exagerado el solapamiento entre maltrato y apego desorganizado, lo que ha llevado a que trabajadores sociales se sientan autorizados para, en entornos naturales y sin entrenamiento en fiabilidad, tomar conductas desorganizadas como indicadores de maltrato.¹⁷⁰

La credibilidad de las clasificaciones de estilos de apego. Las clasificaciones de estilos de apego se originan en la ciencia del desarrollo y tienen una buena reputación dentro de este contexto. Sin embargo, en ocasiones ha habido un reconocimiento insuficiente de la necesidad de entrenamiento para decidir las adecuadamente, comprender su significado y asegurar su uso apropiado. Esta desafortunada combinación probablemente ha contribuido a la popularidad de las clasificaciones de estilos de apego en las profesiones relacionadas con la protección y bienestar infantil. Por ejemplo, la Junta Nacional Sueca de Salud y Bienestar¹⁷¹ instruye a los profesionales, la mayoría de los cuales carecen de capacitación formal en la teoría y evaluación del apego, a que presten atención a posibles signos de inseguridad y problemas de apego, ejemplificados por niños dependientes y ansiosos, que quieren saber dónde están sus cuidadores y qué están haciendo. Con descripciones tan imprecisas, amplias y clara-

¹⁶⁹ Bunnvik, G., "Lurades till möte–miste barnen", *Jnytt*, 2016. Disponible en: <https://www.jnytt.se/article/lurades-till-mote-miste-barn/>.

¹⁷⁰ Shemmings, D., y Shemmings, Y., *op. cit.*

¹⁷¹ Swedish National Board of Health and Welfare, *Grund-bok i BBIC–Barns Behov i Centrum*, 2018. Disponible en: [-balassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2018-10-20.pdf](https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2018-10-20.pdf); Swedish National Board of Health and Welfare, *Metodstöd för BBIC*, 2018. Disponible en: <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2018-10-21.pdf>.

mente problemáticas, se puede identificar erróneamente como inseguros una amplia gama de comportamientos.

Aunque los conceptos básicos de la teoría del apego suelen ser una parte obligatoria de la formación de los profesionales, la formación especializada en la "evaluación" de la calidad del apego no lo es. Por lo tanto, algunos profesionales que ejercen en los juzgados desconfían de la relevancia de la teoría del apego y hacen caso omiso de su potencial; otros apelan con demasiada confianza a las clasificaciones de apego en sus evaluaciones; otros buscan formación especializada.¹⁷² Si bien los instrumentos para evaluar el apego no se desarrollaron para el estudio diagnóstico y aún no se han validado para tales fines, la búsqueda de formación especializada puede aun así representar la mejor de estas tres posiciones. La formación de especialistas generalmente incluye también información sobre las limitaciones de los instrumentos (por ejemplo, su capacidad limitada para proporcionar diagnósticos y predicciones a nivel individual). Sin medios que les permitan vincular de manera efectiva la investigación y la práctica, como herramientas validadas para el diagnóstico, los profesionales que sienten que hacer clasificaciones de apego les puede ayudar a hacer bien su trabajo se enfrentan actualmente a un callejón sin salida

Confundir los principios con una evaluación equilibrada. Defender determinados principios es a veces problemático cuando se confunden o se enmarcan como una evaluación equilibrada o un consenso científico.¹⁷³ Ejemplos de ello se pueden encontrar en el acalorado debate sobre apego infantil, las decisiones sobre custodia y pernoctación, como se discutió anteriormente. Un número especial de *Family Court Review*¹⁷⁴ estimuló ese

¹⁷² North, G., *op. cit.*

¹⁷³ Emery, R. E., Holtzworth-Munroe, A., Johnston, J. R., Pedro-Carroll, J. L., Pruett, M. K., Saini, M., y Sandler, I., "Bending' evidence for a cause: Scholar-advocacy bias in family law", *Family Court Review*, 54(2), pp. 134-149, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/fcre.12210>.

¹⁷⁴ McIntosh, J., *op. cit.*

debate. En ese número se pidió a un pequeño grupo de conocidos académicos del apego que comentaran cómo se podría usar la teoría del apego, lo que dio lugar a algunas afirmaciones imprudentes. Por ejemplo, hubo quien argumentó que la investigación científica sugiere que debe haber un cuidador principal siempre a cargo de las rutinas a la hora de acostarse.¹⁷⁵ (Como se discutió anteriormente, la evidencia científica convergente no respalda esto.¹⁷⁶ Las apelaciones a la teoría del apego en los juzgados de familia probablemente deberían ser menos parciales, más equilibradas y estar más alineadas con la evidencia convergente, si es que el tribunal recurre a la valoración de expertos en lugar de a los representantes de las partes (por ejemplo, abogados), para quienes ganar el caso a veces puede dejar en segundo plano el enfoque del superior interés del niño o la niña.

IV. Los estándares probatorios para las decisiones judiciales

Si un cuidador es acusado de cometer un delito, el juzgado penal empleará el estándar legal de inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad más allá de toda duda razonable. Sin embargo, este estándar no se emplea en los juzgados de familia para los casos de protección infantil, aunque lo que esté en juego para los padres y los niños involucrados podría ser al menos tan importante como en cualquier caso penal.¹⁷⁷ En cambio, las decisiones se basan en poner sobre la balanza las probabilidades de distintos niveles de riesgo.¹⁷⁸ Aunque la prueba más allá de toda duda razonable pueda ser insostenible, surgen preguntas sobre cómo se deben sopesar las probabilidades, cuándo y cómo la evaluación psicológica puede aportar información relevante al proceso y con qué claridad la inclinación de la balanza llevará a decisiones como la separación de un niño o una niña de sus padres. De hecho, los académicos han enfatizado que esta

¹⁷⁵ Schore, A., y McIntosh, J., *op. cit.*

¹⁷⁶ Lamb, M. E., "A wasted opportunity to engage with the literature on the implications of attachment research for family court professionals"; "Does shared parenting by separated parents affect the adjustment of young children?"

¹⁷⁷ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans, J. J., Steele, M., y Granqvist, P., *op. cit.*

¹⁷⁸ Burns, K., Pösö, T., y Skivenes, M. (eds.), *Child welfare removals by the state: A cross-country analysis of decision-making systems*, Oxford University Press, 2016.

determinación de riesgos no es lo suficientemente estricta y que puede dar lugar a la retirada innecesaria de niños.¹⁷⁹

Se ha defendido que las inversiones en prestación de apoyo familiar se ven cada vez más reducidas en favor de las inversiones para la toma de decisiones sobre protección infantil y en servicios de acogimiento familiar.¹⁸⁰ De hecho, de cara a la toma de decisiones en protección infantil, las dificultades para sopesar la valoración de riesgos, así como las aplicaciones de la teoría del apego basadas en concepciones erróneas, han llevado a veces a sacar a niñas o niños de su hogar sin indicaciones fundadas de alteraciones del desarrollo o de indicadores de maltrato. Por ejemplo, una investigación encontró abundantes referencias a apego inseguro y problemas de apego en informes de protección infantil que contribuyeron a la separación de niños de sus madres con discapacidad intelectual leve, sin que los juzgados cuestionaran la relevancia o la falta de evidencias en las recomendaciones basadas en la teoría del apego.¹⁸¹ Resulta de interés señalar que en aquel momento no había investigaciones publicadas sobre los estilos de apego de hijos e hijas de madres con discapacidad intelectual, habiendo investigaciones posteriores encontrado una distribución de estilos de apego semejante a la que típicamente se encuentra en familias expuestas a considerables factores de riesgo socioeconómico.¹⁸² Además, se ha descubierto que la sensibilidad de estas madres es muy heterogénea e influenciada por la experiencia, así como que las experiencias de trauma y maltrato afectan a la sensibilidad materna más que los déficits intelectuales leves por sí solos.¹⁸³ Desde la perspectiva del apego, es un error romper vínculos afectivos sobre la base de preocupaciones por

¹⁷⁹ Mnookin, R., *op. cit.*

¹⁸⁰ Bilson, A., y Martin, K. E., "Referrals and child protection in England: One in five children referred to children's services and one in nine-teen investigated before the age of five", *British Journal of Social Work*, 47(3), pp. 793-811, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/bjsw/bcw054>; Granqvist, P., *op. cit.*

¹⁸¹ Alexius, K., y Hollander, A., *op. cit.*

¹⁸² Granqvist, P., Forslund, T., Fransson, M., Springer, L., y Lindberg, L., *op. cit.*

¹⁸³ Lindberg, L., Fransson, M., Forslund, T., Springer, L., y Granqvist, P., "Maternal sensitivity in mothers with mild intellectual disabilities is related to experiences of maltreatment and predictive of child attachment: A matched-comparison study", *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 30(3), pp. 445-455, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jar.12300>.

un "apego inseguro". A juzgar por sus secuelas, lo primero (es decir, la retirada de un niño o niña) es generalmente un factor de riesgo mucho más profundo en el desarrollo infantil que lo segundo. Todo esto se ve agravado por la escasez de profesionales expertos a los que recurrir para evaluar el apego. En consecuencia, las guías de buenas prácticas raramente se siguen, lo que hace que la validez de las evaluaciones esté por debajo de lo esperado.

C. Propuestas para el uso de la teoría y la investigación sobre apego en las decisiones de protección y custodia infantil

Habiendo esbozado los problemas relacionados con la aplicación de la teoría y la investigación sobre apego en los juzgados de familia, así como algunas posibles razones para que eso ocurra, pasamos ahora a nuestras propuestas para aplicar la teoría y la investigación sobre apego. Sobre la base de más de medio siglo de investigación, postulamos tres principios del apego que creemos pueden servir de base a los y las profesionales que trabajan en los juzgados. También analizamos la utilidad de las evaluaciones del apego y del comportamiento de los cuidadores de cara a servir de guía para las intervenciones de apoyo y para la toma de decisiones con respecto a la custodia y la protección infantil. Finalmente, sugerimos vías para la investigación colaborativa e interdisciplinaria.

I. Tres principios del apego relevantes para la práctica profesional en los juzgados

La teoría y la investigación sobre apego tienen gran relevancia para comprender los factores que contribuyen al bienestar y desarrollo socio-emocional de los niños, así como para dirigir intervenciones de apoyo. Concretamente, la teoría y la investigación sobre apego son importantes para determinar en qué consisten los cuidados parentales "suficientemente buenos", así como la manera de conseguirlos.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., y Skinner, G. C. M., *op. cit.*

Las niñas y los niños necesitan cuidadores conocidos, que no maltraten y que no desatiendan. El desarrollo de relaciones de apego y los beneficios para el desarrollo psicosocial que pueden derivarse de tales relaciones dependen de que figuras de cuidado concretas, conocidas y no maltratadoras posibiliten la experiencia de relación con una base segura.

El desarrollo y mantenimiento del apego requieren tiempo e interacción. Una primera implicación en los contextos de custodia infantil es que el contacto limitado con un cuidador hace más difícil que un niño o una niña forme, intensifique y mantenga sus expectativas de disponibilidad de ese cuidador en momentos de necesidad.¹⁸⁵ Una segunda implicación en los contextos de protección infantil es que casi todos los cuidados en familia en los que no haya ni maltrato ni negligencia son probablemente mejores que los cuidados institucionales, asociados a relaciones de cuidado sumamente inestables que dan lugar a déficits en el desarrollo y problemas de salud mental infantil.¹⁸⁶ De hecho, estos déficits se encuentran con frecuencia incluso en instituciones que brindan suficiente atención médica y nutricional. Todos estos datos resaltan la importancia de que niñas y niños puedan desarrollar expectativas sobre la disponibilidad como base segura de cuidadores concretos en los que confiar, conocidos, no maltratadores y con una presencia continuada.

La necesidad de continuidad con cuidadores o cuidadoras ya conocidos debe sopesarse cuando hay otros motivos de preocupación. Los sistemas de "aloparentalidad", en los que el cuidado parental es proporcionado por personas distintas de los padres biológicos (por ejemplo, en forma de familia de acogida), pueden ser fundamentales para salvaguardar los derechos e intereses infantiles. Así, el acogimiento familiar de urgencia de buena calidad es sumamente importante cuando el bienestar infantil está en grave peligro y lo mismo vale para el cuidado terapéutico resi-

¹⁸⁵ Lamb, M. E., Sternberg, K. J., y Thompson, R. A., *op. cit.*

¹⁸⁶ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., Goldman, P. S., Fox, N. A., Gunnar, M. R., Johnson, D. E., Nelson, C. A., Reijman, S., Skinner, G. C. M., Zeanah, C. H., y Sonuga-Barke, E. J. S., *op. cit.*

dencial de corta duración en circunstancias excepcionales de urgencia en las que hagan falta procesos terapéuticos que no puedan brindarse en contextos no residenciales.¹⁸⁷ Por otra parte, el acogimiento familiar temporal puede ser una alternativa importante cuando el objetivo final sea la reunificación familiar, así como medidas familiares permanentes de protección (como la tutela o la adopción) cuando la reunificación se considere poco probable. No obstante, planteamos la hipótesis de que la continuidad de los contactos con los cuidadores iniciales sea frecuentemente beneficiosa, a condición de que tales contactos sean seguros para el niño o la niña y no pongan en riesgo su bienestar, ni vayan contra sus deseos explícitamente manifestados. En última instancia, la teoría y la investigación sobre apego enfatizan, como principio general, la importancia de la disponibilidad suficientemente continua de cuidadores conocidos que no maltraten y que no sean negligentes.¹⁸⁸

El valor de la continuidad de cuidados y atenciones "suficientemente buenos". Las expectativas sobre la disponibilidad de una base segura se derivan de relaciones concretas que no se transfieren fácilmente. Por lo tanto, se debe tener un extremo cuidado con la interrupción de las relaciones de apego de niñas y niños.

Constituir una base segura es una propiedad especial de las relaciones concretas y conocidas que requiere de una interacción suficientemente continuada entre niñas o niños y quienes los cuidan y atienden. Por lo tanto, incluso si para un niño o niña concreto otro entorno de cuidado puede ser mejor que el actual en alguna dimensión, la toma de decisiones debe asignar un peso considerable al valor de la continuidad de la atención y cuidado "suficientemente buenos". El resultado es una paradoja: valorar

¹⁸⁷ Dozier, M., Kaufman, J., Kobak, R., O'Connor, T. G., Sagi-Schwartz, A., Scott, S., Schaffer, C., Smetana, J., van IJzendoorn, M. H., y Zeanah, C. H., "Consensus statement on group care for children and adolescents: A statement of policy of the American Orthopsychiatric Association", *American Journal of Orthopsychiatry*, 84(3), pp. 219-225, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/ort0000005>.

¹⁸⁸ Bowlby, J., "Separation of mother and child. Letter to the editor", *The Lancet*, 271(7029), pp. 1070-1071. 1958. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(58\)92031-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(58)92031-2).

a las familias según el estándar del aparente interés superior del niño o la niña puede dañar su verdadero interés superior si entre esos intereses no se incluye el valor de la continuidad de su atención y cuidado. En este sentido, van IJzendoorn et al.¹⁸⁹ han argumentado que, como estándar para evaluar la calidad de la crianza en contextos judiciales, el de los cuidados suficientemente buenos puede ser más adecuado que el del interés superior. El concepto de cuidado "suficientemente bueno", elaborado a partir de Winnicott,¹⁹⁰ significa un nivel adecuado de satisfacción de las necesidades infantiles a lo largo del tiempo. Puede que ese nivel no sea "óptimo", pero es suficiente para satisfacer las necesidades básicas de desarrollo infantil, incluidas, entre otras, necesidades relacionadas con el apego como tener una base segura conocida. Esta línea de razonamiento es similar a la de Goldstein et al.,¹⁹¹ quienes, al introducir el concepto del interés superior del niño o la niña, especificaron que lo que tenían en mente era que los juzgados eligieran la alternativa "menos perjudicial" de las existentes. Sin embargo, no es así como en general se ha interpretado posteriormente la idea de "interés superior". La perspectiva que analizamos se refleja también en una serie de regulaciones en los Estados Unidos y en otros lugares,¹⁹² en las que específicamente se establece que "la continuidad de los cuidados parentales" es uno de los factores a considerar al determinar el interés superior infantil.¹⁹³

Por supuesto, la decisión de separar a un niño o niña de sus padres requiere que exista una convincente evidencia de que hay un serio peligro para su salud y bienestar y de que no hay forma razonable de proteger al niño o la niña sin esa separación. Por ese motivo, los profesionales que trabajan en los juzgados de familia son conscientes desde hace mucho

¹⁸⁹ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., y Skinner, G. C. M., *op. cit.*

¹⁹⁰ Winnicott, D. W., *Playing and reality*, Tavistock Publications Limited, 1971.

¹⁹¹ Goldstein, J., Freud, A., y Solnit, A. J., *op. cit.*

¹⁹² Por ejemplo, Aitani, N., *op. cit.*; The Supreme People's Court of the People's Republic of China, "A number of specific opinions on the handling of child-rearing issues in divorce cases by the People's Courts", *Bulletin of the Supreme People's Court of the People's Republic of China*, (84), 1993. Disponible en: <http://gongbao.court.gov.cn/Details/fe2716845ec32262402a5b14754eef.html>.

¹⁹³ USDHHS, *Determining the best interests of the child: State statutes child welfare information gateway*, 2016.

tiempo del delicado equilibrio entre el riesgo del trauma asociado a la separación y el riesgo de sufrimiento si se permanece en la familia de origen.

Hay que destacar que son varios los procedimientos para asegurar cuidados familiares seguros, con continuidad y suficientemente buenos, habiéndose desarrollado por parte de investigadoras e investigadores sobre apego intervenciones que pueden ayudar a los padres a lograr esa calidad.¹⁹⁴ Algunos de esos programas de intervención se han evaluado mediante ensayos controlados aleatorios, lo que permite conclusiones claras sobre las relaciones causales entre las intervenciones y los resultados. Los resultados son alentadores, con numerosos estudios y metaanálisis que demuestran efectos favorables de la intervención tanto sobre la calidad de cuidados y atenciones,¹⁹⁵ como sobre la calidad del apego infantil.¹⁹⁶ Las intervenciones también son eficaces atendiendo a su duración, con tratamientos que suelen oscilar entre 6 y 10 sesiones.¹⁹⁷ Sin embargo, se necesita más investigación para determinar si las intervenciones basadas en el apego consiguen reducir la probabilidad de que niñas y niños tengan que ser sacados de su familia.¹⁹⁸

Los beneficios potenciales de las intervenciones de apoyo a la familia pueden contrastarse con las adversas trayectorias evolutivas a menudo

¹⁹⁴ Dozier, M., Bernard, K., y Roben, C., "Attachment and biobehavioral catch-up", en H. Steele y M. Steele (eds.), *Handbook of attachment-based interventions*, pp. 27-49, Guilford Press, 2017; Steele, H., y Steele, M., *op. cit.*

¹⁹⁵ Por ejemplo, en relación con la sensibilidad, Juffer, E., Bakermans-Kranenburg, M. J., y van IJzendoorn, M. H., "Pairing attachment theory and social learning theory in video-feedback intervention to promote positive parenting", *Current Opinion in Psychology*, 15, pp. 189-194, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.copsyc.2017.03.012>; Moss, E., Dubois-Comtois, K., Cyr, C., Tarabulsy, G. M., St-Laurent, D., y Bernier, A., "Efficacy of a home-visiting intervention aimed at improving maternal sensitivity, child attachment, and behavioral out-comes for maltreated children: A randomized control trial", *Development and Psychopathology*, 23(1), pp. 195-210, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579410000738>.

¹⁹⁶ Bernard, K., Dozier, M., Bick, J., Lewis-Morrarty, E., Lindhiem, O., y Carlson, E., *op. cit.*; Stronach, E. P., Toth, S. L., Rogosch, F., y Cicchetti, D., "Preventive interventions and sustained attachment security in maltreated children", *D&P*, 25, pp. 919-930, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579413000278>.

¹⁹⁷ Bakermans-Kranenburg et al., *op. cit.*

¹⁹⁸ Cyr, C., Dubois-Comtois, K., Paquette, D., Lopez, L., y Bifgras, M., "An attachment-based parental capacity assessment to orient decision-making in child protection cases: A randomized control trial", *Child Maltreatment*, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1077559520967995>.

asociadas con cuidados fuera del hogar (por ejemplo, atención institucional, acogimientos familiares inestables).¹⁹⁹ La adopción y el acogimiento familiar de larga duración son una excepción a esta afirmación,²⁰⁰ ya que permiten, y con frecuencia consiguen, brindar una atención y unos cuidados seguros, continuos y suficientemente buenos. Sin embargo, otras alternativas de cuidado fuera del hogar y de larga duración han mostrado una sólida relación con una amplia gama de problemas, incluyendo "maltrato, abuso de drogas, comportamiento suicida, morbilidad psiquiátrica, desempleo, bajo rendimiento escolar, maternidad o paternidad adolescente ... incluso después de controlar variables que pudieran interferir en los resultados".²⁰¹

Las negativas trayectorias de desarrollo asociadas al cuidado a largo plazo fuera del hogar no deben atribuirse automáticamente a la separación per se. El riesgo está frecuentemente en factores asociados con la atención fuera del hogar. Por ejemplo, es probable que los resultados adversos se deban en parte al alto riesgo inherente a alternativas de cuidado inestables y con riesgo de ruptura (por ejemplo, el niño o niña acaba volviendo a su familia para después ser separado de nuevo). Con variaciones entre países, entre un quinto y dos tercios de todas las alternativas de cuidado fuera del hogar fracasan prematuramente,²⁰² con algunas investigaciones que informan

¹⁹⁹ Berlin, M., Vinnerljung, B., y Hjern, A., "School performance in primary school and psychosocial problems in young adulthood among care leavers from long term foster care", *Children and Youth Services Review*, 33(12), pp. 2489-2497, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2011.08.024>.

²⁰⁰ Palacios, J., Adroher, S., Brodzinsky, D. M., Grotevant, H. D., Johnson, D. E., Juffer, F., Martínez-Mora, L., Muhamedrahimov, R. J., Selwyn, J., Simmonds, J., y Tarren-Sweeney, M., "Adoption in the service of child protection: An international interdisciplinary perspective", *Psychology, Public Policy, and Law*, 25(2), pp. 57-72, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000192>.

²⁰¹ Van IJzendoorn, M. H., Steele, M., y Granqvist, P., "On exactitude in science: A map of the empire the size of the empire", *Infant Mental Health Journal*, 39(6), p. 653, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21751>.

²⁰² Konijn, C., Admiraal, S., Baart, S., van Rooij, F, Stams, G-J., Colonnese, C., Lindauer, R., y Assink, M., "Foster care placement instability: A meta-analytic review", *Children and Youth Services Review*, 96, pp. 483-499, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2018.12.002>; Oosterman, M., y Schuengel, C., "Autonomic reactivity of children to separation and reunion with foster parents", *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 46(9), pp. 1196-1203, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1097/chi.0b013e3180ca839f>; Sallnäs, M., Vinnerljung, B., y Kyle Westermarck, K., "Breakdown of teen-age placements in Swedish foster and residential

de datos semejantes en los fracasos en adopción.²⁰³ Esto implica una nueva ruptura en las relaciones de apego de niños y niñas que ya eran vulnerables, una inestabilidad que refuerza en ellos la experiencia de desconfianza respecto a la base segura conocida. De hecho, se ha demostrado que niñas y niños con mucha inestabilidad de cuidados tienen un riesgo particularmente alto de consecuencias negativas sobre su desarrollo, incluidas tasas marcadamente más altas de problemas de comportamiento tanto externalizado como internalizado,²⁰⁴ así como una función ejecutiva más pobre.²⁰⁵ Desde la perspectiva del apego, los juzgados deben priorizar la continuidad de las relaciones de cuidado suficientemente buenas, siendo conscientes de los riesgos inherentes a las soluciones temporales.

El valor de la continuidad de cuidados suficientemente buenos también debería tomarse en consideración cuidadosamente cuando se plantea la situación, común en muchos países, de devolver a niñas y niños de la estabilidad de sus familias de acogida de largo plazo a sus padres biológicos una vez que su capacidad de cuidado se considera mejorada (por lo general, ligeramente). El derecho de los padres biológicos a sus hijos biológicos no debe prevalecer automáticamente sobre el derecho infantil a un cuidado continuo y suficientemente bueno, especialmente cuando

care", *Child y Family Social Work*, 9(2), pp. 141-152, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1365-2206.2004.00309.x>; Wulczyn, F., Kogan, J., y Harden, B. J., "Placement stability and movement trajectories", *Social Service Review*, 77(2), pp. 212-236, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/373906>.

²⁰³ Palacios, J., Rolock, N., Selwyn J., y Barbosa-Ducharme, M., "Adoption breakdown: Concept, research and implications", *Research on Social Work Practice*, 29(2), pp. 130-142, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1049731518783852>.

²⁰⁴ Newton, R. R., Litrownik, A. J., y Landsverk, J. A., "Children and youth in foster care: disentangling the relationship between problem behaviors and number of placements", *Child Abuse & Neglect*, 24(10), pp. 1363-1374, 2000. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0145-2134\(00\)00189-7](https://doi.org/10.1016/S0145-2134(00)00189-7); Toussaint, E., Florin, A., Schneider, B., y Bacro, F., "Les problèmes de comportement, les représentations d'attachement et le parcours de placement d'enfants relevant de la protection de l'enfance", *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, 66(6), pp. 335-343, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.neurenf.2018.07.011>.

²⁰⁵ Lewis, E. E., Dozier, M., Ackerman, J., y Sepulveda-Kozakowski, S., "The effect of placement instability on adopted children's inhibitory control abilities and oppositional behavior", *Developmental Psychology*, 43(6), pp. 1415-1427, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.43.6.1415>.

niñas y niños han pasado un tiempo considerable en hogares de acogida estables y que funcionan bien desde una edad temprana.

Para que no haya malentendidos, reconocemos sin dudar que sacar a niñas y niños de su hogar para llevarlos a otro (incluso de forma temporal) es a veces necesario, está totalmente justificado y salva vidas. Cuando el acogimiento familiar resulta inevitable, es imperativo que quienes acogen reciban desde el primer momento intervenciones de apoyo basadas en la evidencia para disminuir el riesgo de ruptura del acogimiento. De hecho, el insuficiente apoyo a quienes acogen es otra de las causas de las consecuencias negativas asociadas con algunas formas de acogimiento familiar. Niñas y niños que han recibido maltrato pueden comportarse de manera que dé lugar a conductas insensibles y no cariñosas por parte de sus acogedores, lo que a su vez aumenta el riesgo de conflicto, rechazo y fracaso del acogimiento. La investigación disponible sugiere que las intervenciones basadas en el apego pueden ser eficaces para aumentar la sensibilidad de quienes acogen hacia quienes son acogidos,²⁰⁶ facilitando de diversas maneras su desarrollo favorable.²⁰⁷ Sin embargo, cabe señalar que la investigación hasta ahora no ha podido demostrar que tales intervenciones por sí solas reduzcan los riesgos de ruptura en el acogimiento.²⁰⁸

²⁰⁶ Bick, J., y Dozier, M., "The effectiveness of an attachment-based intervention in promoting foster mothers' sensitivity toward foster infants", *Infant Mental Health Journal*, 34(2), pp. 95-103, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21373>; Dozier, M., Lindhiem, O., Lewis, E., Bick, J., Bernard, K., y Peloso, E., "Effects of a foster parent training program on young children's attachment behaviors: Preliminary evidence from a randomized clinical trial", *Child and Adolescent Social Work Journal*, 26(4), pp. 321-332, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10560-009-0165-1>.

²⁰⁷ Bernard, K., Lee, A. H., y Dozier, M., "Effects of the ABC intervention on foster children's receptive vocabulary: Follow-up results from a randomized clinical trial", *Child Maltreatment*, 22(2), pp. 174-179, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1077559517691126>; Dozier, M., Peloso, E., Lewis, E., Laurenceau, J., y Levine, S., "Effects of an attachment-based intervention of the cortisol production of infants and toddlers in foster care", *Development and Psychopathology*, 20(3), pp. 845-859, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579408000400>; Lind, T., Raby, K. L., Caron, E. B., Roben, C. K. P., y Dozier, M., "Enhancing executive functioning among toddlers in foster care with an attachment-based intervention", *Development and Psychopathology*, 29(2), pp. 575-586, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579417000190>.

²⁰⁸ Schoemaker, N. K., Wentholt, W. G., Goemans, A., Vermeer, H. J., Juffer, F., y Alink, L. R., "A meta-analytic review of parenting interventions in foster care and adoption", *Development and Psychopathology*, 32(3), pp. 1149-1172, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579419000798>.

La decisión de llevar a un niño a un hogar de acogida también debe implicar apoyo para él y su familia biológica durante todo el proceso de separación. Dichas intervenciones deben comenzar en el momento en que se toma la decisión de retirar al niño y deben centrarse en preparar la salida, ayudar al niño y a su familia a comprender las razones de la separación y tranquilizarlos sobre la posibilidad de mantenerse en contacto.²⁰⁹ En términos del apego, tales intervenciones pueden no solo reducir el estrés del niño y de quienes le cuidan; el mantenimiento del contacto durante el acogimiento también debe proporcionar a los niños la disponibilidad de una base segura mientras se familiarizan con sus acogedores.

También queremos llamar la atención respecto a factores estructurales que de hecho pueden incrementar el riesgo de inestabilidad en acogimientos temporales. En algunos países, niñas y niños cuidados por familias que no son la suya tienen que cambiar de familia si su estatus cambia, como sucede al pasar de un acogimiento temporal a uno permanente o de uno permanente a adopción. Esto sucede porque las familias han sido inscritas o evaluadas para un cierto tipo de medida de protección. Nos preocupa que el hecho de saber que un niño o una niña va a cambiar de situación reduzca de forma no consciente la capacidad o voluntad de los acogedores para esforzarse por él o ella.

Por último, los esfuerzos para preservar y apoyar a las familias dependen de un compromiso financiero suficiente y de recursos sociales que apoyen a cuidadores y familias en un sentido más amplio, porque la capacidad de brindar un cuidado lo suficientemente bueno debe verse en contexto. Los problemas de salud mental, el abuso de sustancias, el desempleo, la falta de oportunidades de educación o atención médica y la falta de una vivienda segura dificultan que los cuidadores brinden un cuidado lo suficientemente bueno, especialmente si estas condiciones se agravan.

²⁰⁹ Cassibba, R., y Cavanna, D., "L'affidamento familiare tra teoria e realtà: opportunità, incongruenze e contraddizioni [The foster care between theory and reality: Opportunities, inconsistencies and contradictions]", *Psicologia Clinica dello Sviluppo*, 2, pp. 373-382, 2018.

Aunque estos factores de riesgo están fuera del control de los juzgados de familia, pueden influir sobre las decisiones que toman. Por ejemplo, son relevantes cuando se evalúa la probabilidad de que un cuidador o cuidadora pueda ser capaz de proporcionar un cuidado suficientemente bueno. En consecuencia, los responsables de la formulación de políticas harían bien en seguir la advertencia de Bowlby (1951): "Así como los niños dependen absolutamente de sus padres para su sustento, en todas las comunidades, excepto en las más primitivas, los padres ... dependen de la sociedad en su conjunto para su suficiencia económica. Si una comunidad valora a sus hijos, debe tratar cuidadosamente a sus padres" (p. 84).

Una red de relaciones de apego como activo en la infancia y adolescencia. Disponer de relaciones de apego adicionales puede ser una ventaja para niños, niñas y adolescentes. No suelen perturbar las relaciones de apego existentes, excepto cuando ponen en riesgo las relaciones previas o bloquean el acceso a ellas. El principio de que una red de relaciones de apego en la infancia y la adolescencia es valiosa tiene implicaciones para las decisiones sobre temas de custodia: sugiere que es deseable disponer de tiempo suficiente para el desarrollo y el mantenimiento de las relaciones de apego con ambos progenitores, excepto cuando se determinen riesgos para el bienestar y la seguridad infantil o cuando uno de los padres opte por "quedarse al margen". Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta la edad del niño o la niña, así como la implicación previa de cada progenitor en su cuidado. Por lo tanto, ni la teoría ni los datos de investigación sobre apego sugieren ninguna regla "óptima" simple y generalizable para la asignación de tiempos, ni ninguna cantidad mínima concreta de tiempo necesario con cada cuidador. Sencillamente, no hay suficientes investigaciones empíricas para dar una respuesta simple a estas preguntas y las respuestas dependerán probablemente de los contextos de desarrollo de cada caso.

La teoría y la investigación sobre el valor de una red de relaciones de apego sugieren que niñas y niños pueden beneficiarse de una distribución de tiempo razonablemente equitativa. Suponiendo que ambos progenitores

quieran pasar el mismo tiempo y que no haya altos niveles de conflicto interparental, la asignación de un tiempo semejante con cada uno puede constituir un objetivo a largo plazo.²¹⁰ Esta conclusión se ve respaldada por un dato de investigación según el cual la frecuencia de contacto con el "segundo progenitor" después del divorcio es un predictor de la calidad del contacto y la relación en momentos evolutivos posteriores.²¹¹ El principio también subraya el valor de las soluciones creativas para mantener el acceso a los cuidadores. Una madre o un padre adolescente con problemas puede, por ejemplo, ir a vivir con una familia de acogida junto con su hija o hijo, con la posibilidad de que ambos puedan ser atendidos juntos.²¹²

El principio de que una red de relaciones de apego es valiosa también tiene relevancia para la protección infantil. Mantener las relaciones de apego tanto con acogedoras y acogedores como con madres y padres biológicos suele constituir uno de los principales objetivos del acogimiento familiar, y la investigación ha indicado que se puede ayudar a quienes son acogidos para que desarrollen y mantengan relaciones de apego tanto con sus padres biológicos como con quienes los acogen sin que se produzca un conflicto de lealtades.²¹³ Quienes acogen pueden ayudar a quienes son acogidos a explorar sus expectativas sobre las relaciones de apego y a desarrollar una mayor capacidad para hacer uso de otros en momentos de necesidad, gracias a su experiencia con cuidadores disponibles.²¹⁴ El principio también puede informar el proceso de transición de los hogares de acogida a las familias adoptivas. En la actualidad, este proceso es con demasiada frecuencia abrupto y el contacto con la familia de acogida suele

²¹⁰ Bacro et al., *op. cit.*

²¹¹ Steinbach, *op. cit.*

²¹² Child Welfare Information Gateway, *Concurrent planning for permanency for children*, Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2017.

²¹³ Maaskant, A. M., van Rooij, F. B., Bos, H. M. W., y Hermanns, J. M. A., "The wellbeing of foster children and their relationship with foster parents and biological parents: A child's perspective", *Journal of Social Work Practice*, 30(4), pp. 379-395, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02650533.2015.1092952>.

²¹⁴ Cassibba, R., y Cavanna, D., *op. cit.*

interrumpirse a veces para siempre.²¹⁵ Por el contrario, las transiciones deberían permitir un solapamiento sustancial de los cuidados entre quienes han estado acogiendo y quienes van a adoptar, así como el mantenimiento del contacto con acogedoras y acogedores, de modo que no se interrumpa la disponibilidad de un "refugio seguro" mientras niñas y niños desarrollan expectativas sobre la disponibilidad de sus adoptantes. Salvo en casos de riesgo de graves perjuicios, es difícil imaginar alguna circunstancia en la que el cambio abrupto de un niño o niña de una familia a otra respete su interés superior. Lo mismo ocurre con las transiciones de la familia acogedora a la biológica.

Otra implicación se refiere a abuelas y abuelos, nuevas parejas de madres o padres, relaciones con hermanas, hermanos y miembros de la familia extensa. En China, por ejemplo, el contacto de los niños con los abuelos puede utilizarse para tomar decisiones sobre custodia infantil (Tribunal Popular Supremo de la República Popular China [The Supreme People's Court of the People's Republic of China, 1993]). Desde la perspectiva del apego, lo que más importa es si el niño o la niña ha desarrollado expectativas de una relación segura con esas personas, lo que a veces ocurre y a veces no. Las relaciones con acogedoras y acogedores pueden proporcionar una función de regulación emocional semejante a la de las relaciones padres-hijos²¹⁶ y se ha demostrado que niñas y niños acogidos pueden desarrollar relaciones de apego seguras con acogedoras y acogedores en un plazo de 6 a 12 meses.²¹⁷

Sin embargo, se necesitan más datos de investigación sobre la rapidez con la que una determinada relación favorece la función reguladora de

²¹⁵ Boswell, S., y Cudmore, L., "Understanding the 'blind spot' when children move from foster care into adoption", *Journal of Child Psychotherapy*, 43(2), pp. 243-257, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/0075417X.2017.1323946>.

²¹⁶ Oosterman, M., Schuengel, C., Slot, N. W., Bullens, R. A., y Doreleijers, T. A., "Disruptions in foster care: A review and meta-analysis", *Children and Youth Services Review*, 29(1), pp. 53-76, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2006.07.003>.

²¹⁷ Lang, K., Bovenschen, I., Gabler, S., Zimmermann, J., Nowacki, K., Kliewer, J., y Spangler, G., "Foster children's attachment security in the first year after placement: A longitudinal study of predictors", *Early Childhood Research Quarterly*, 36, pp. 269-280, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ecresq.2015.12.019>.

las emociones y no sabemos si la relación preexistente con una tía o un tío, una abuela o un abuelo, en comparación con adoptantes o acogedores desconocidos, favorece un más rápido establecimiento de relaciones de apego seguras. También sabemos poco sobre cómo y cuándo hermanas y hermanos mayores pueden proporcionar relaciones seguras, así como si esas relaciones tienen los mismos beneficios que la seguridad ofrecida por los adultos y si tiene algún coste para las hermanas o hermanos mayores. En un inusual estudio sobre el apego entre hermanos llevado a cabo en Zambia, donde los hermanos mayores desempeñan un papel importante en el cuidado de los hermanos menores, la mayoría de los niños había desarrollado una relación de apego con su hermana o hermano mayor (72%), aunque el apego inseguro se dio con más frecuencia que el seguro.²¹⁸

El acogimiento por miembros de la familia, así como la decisión de que los hermanos sean acogidos juntos, se puede justificar por múltiples motivos, no sólo por razones de apego (por ejemplo, la conservación de la identidad cultural). Se ha estimado que aproximadamente dos tercios de las niñas y niños acogidos fuera del hogar tienen hermanos²¹⁹ y se sabe que las relaciones entre hermanos tienden a tener un fuerte significado emocional y a menudo constituyen las relaciones más duraderas en la vida de una persona. Independientemente de que hermanas y hermanos hayan desarrollado relaciones de apego entre sí, suelen existir fuertes relaciones afiliativas entre ellos y el hecho de ser colocados juntos puede proporcionarles tanto una sensación de continuidad con su familia, como una sensación de seguridad en su tránsito por el acogimiento familiar. Estar juntos también suele ser el deseo explícito de niñas y niños.²²⁰

²¹⁸ Mooya, H., Sichimba, F., y Bakermans-Kranenburg, M., "Infant-mother and infant-sibling attachment in Zambia", *Attachment y Human Development*, 18(6), pp. 618-635, 2016. Disponible en: <https://doi-org.ezproxy.its.uu.se/10.1080/14616734.2016.1235216>.

²¹⁹ Wulczyn, F., y Zimmerman, E., "Sibling placements in longitudinal perspective", *Children and Youth Services Review*, 27(7), pp. 741-763, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2004.12.017>.

²²⁰ Hill, L., Gilligan, R., y Connelly, G., "How did kinship care emerge as a significant form of placement for children in care? A comparative study of the experience in Ireland and Scotland", *Children and Youth Services Review*, 117, 104368, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2019.06.003>.

II. Evaluaciones del estilo de apego y provisión de un "refugio seguro"

La mayoría de quienes investigamos sobre apego coincidimos en que la evaluación de la calidad del apego puede ser útil para la toma de decisiones que sean beneficiosas para el bienestar infantil. Sin embargo, hay diferentes opiniones entre los investigadores del apego —autoras y autores de este artículo incluidos— con respecto a su utilidad para la toma de decisiones sobre la protección y la custodia infantil. En concreto, hay diferentes opiniones sobre la validez de las medidas de apego para tales circunstancias. Una de las razones de esta falta de consenso probablemente se deba a nuestras diferentes experiencias sobre cómo se están utilizando las escalas de valoración del apego para la toma de decisiones en nuestros respectivos países. Estas variaciones de un país a otro probablemente se derivan de los muy diferentes medios con que cuentan los juzgados de familia y sus profesionales, así como las diferencias de un país a otro en los factores que contribuyen a los malentendidos discutidos anteriormente. En lo que todas y todos estamos de acuerdo, sin embargo, es en que la evaluación de la capacidad adulta para proporcionar una relación segura debe tener mayor prioridad que las evaluaciones del estilo de apego infantil.

Evaluación del estilo de apego y protección infantil. Mientras que algunos investigadores del apego han defendido el uso de escalas de evaluación del estilo de apego en los juzgados de familia,²²¹ otros han advertido contra su uso en este contexto.²²² La falta de consenso se debe a varios factores. En primer lugar, depende de los diferentes puntos de vista respecto a las propiedades psicométricas de las medidas de apego de que

²²¹ Por ejemplo, Crittenden, P. M., Farnfield, S., Landini, A., y Grey, B., "Assessing attachment for family court decision making", *Journal of Forensic Practice*, 15(4), pp. 237-248, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/JFP-08-2012-0002>; Isaacs, M. B., George, C., y Marvin, R. S., "Utilizing attachment measures in child custody evaluations: Incremental validity", *Journal of Child Custody*, 6(1-2), pp. 139-162, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379410902894882>.

²²² Van IJzendoorn, M. H., Bakermans, J. J., Steele, M., y Granqvist, P., *op. cit.*; Van IJzendoorn, M. H., Steele, M., y Granqvist, P., *op. cit.*

disponemos. Como se discutió anteriormente, las medidas de apego, al igual que muchos otros instrumentos psicológicos, actualmente tienen una sensibilidad y una especificidad insuficientes para el diagnóstico y el pronóstico a nivel individual. Más concretamente, los instrumentos de evaluación del apego utilizados de forma aislada no son apropiados para determinar el cuidado que reciben niñas o niños concretos, para hacer pronósticos concretos o el tipo de cuidado que niñas o niños concretos deberían recibir.²²³

En consecuencia, algunos de nosotros sostenemos que los juzgados de familia deberían ser cautelosos a la hora de admitir como prueba cualquier evaluación de la calidad del apego de una única relación adulto-niño. Mientras tanto, se necesita más investigación para mejorar las propiedades de diagnóstico (sensibilidad y especificidad) de los instrumentos de apego y evaluar su utilidad para informar la toma de decisiones de los juzgados de familia. Si consideramos las evidencias científicas disponibles, en realidad no sabemos si las medidas de apego mejoran la evaluación y la toma de decisiones de los tribunales de familia en comparación con la "evaluación habitual" (que es bastante variable entre regiones y países). Por lo tanto, la defensa de las evaluaciones del estilo de apego en este contexto²²⁴ parece prematura.²²⁵ Del mismo modo, actualmente desconocemos si las evaluaciones de apego son mejores que la evaluación habitual para separar claramente la influencia de las relaciones de la que tienen otros factores relevantes, tales como la desnutrición, los trastornos del desarrollo, la discapacidad intelectual y el uso de medicamentos. Por lo tanto, un punto urgente en la agenda de investigación es el de la validez incremental —en qué medida una nueva prueba añade información relevante a la que se puede obtener con los métodos previos más sencillos—.

²²³ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans, J. J., Steele, M., y Granqvist, P., *op. cit.*

²²⁴ Marvin, R. S., y Schutz, B. M., "One component of an evidence-based approach to the use of attachment research in child custody evaluations", *Journal of Child Custody*, 6(1-2), pp. 113-138, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379410902894874>; Spieker, S. J., y Crittenden, P. M., "Can attachment inform decision-making in child protection and forensic settings?", *Infant Mental Health Journal*, 39(6), pp. 625-641, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21746>.

²²⁵ Van IJzendoorn, M. H., Bakermans, J. J., Steele, M., y Granqvist, P., *op. cit.*

Por otro lado, con o sin el uso de evaluaciones psicológicas, los juzgados de familia tienen que tomar decisiones difíciles. La evaluación psicológica puede ciertamente ser preferible a no llevar a cabo ninguna evaluación estandarizada, lo que aumenta el riesgo de que se tomen decisiones basadas en sesgos profesionales. Por lo tanto, algunos creemos que la evaluación del apego puede ser informativa si se utiliza de forma responsable. Es decir, hay que servirse de diferentes pruebas de evaluación para maximizar su validez y garantizar que no se dé a una de ellas un valor inadecuado a expensas de otras consideraciones. Más concretamente, las medidas de estilo de apego nunca deben utilizarse de forma aislada, sino que deben formar parte de una batería de evaluación más amplia que incluya también la evaluación directa de las conductas de quienes cuidan de niñas y niños. De hecho, pensamos que la evaluación de los comportamientos de cuidado, atención y relación debería ser el objetivo principal, siendo las evaluaciones del apego infantil un posible complemento: por encima de todo, lo primero que deberíamos valorar sería la capacidad de quienes cuidan para comprender y responder eficazmente a las necesidades del niño o la niña, para conocerlos y valorarlos y para responsabilizarse de forma continuada de la relación entre ellos. Es crucial entender que, aunque el estilo de apego suele ser lo que recibe más atención, la teoría del apego es, en su esencia, una teoría que enfatiza la importancia de la atención y los cuidados sensibles.²²⁶

Además, si las evaluaciones de apego se van a utilizar como base para la toma de decisiones judiciales, deben ser empleadas en más de una ocasión y llevadas a cabo por profesionales adecuadamente formados en su utilización. Profesionales sin la adecuada formación específica no deberían desarrollar sus propias escalas de valoración o utilizar métodos insuficientemente validados desarrollados por otros y luego hacer referencia a la supuesta calidad del apego infantil en las recomendaciones para la toma de decisión judicial. La validez de las medidas de apego depende de que se sigan los protocolos estandarizados en su aplicación y su codificación.

²²⁶ Ainsworth, M. S., y Bowlby, J., *op. cit.*

Puesto que tanto aplicación como codificación son difíciles, el uso de las medidas de apego suele requerir una amplia formación, así como la superación de pruebas de fiabilidad para la codificación. También es frecuente que se utilice la codificación hecha por otra persona para garantizar la fiabilidad de una codificación. Como se ha comentado anteriormente, hay una serie de factores que pueden hacer que niñas y niños se comporten a veces de forma no representativa (por ejemplo, enfermedad, separaciones recientes y estrés excesivo). La norma anterior de utilizar medidas de estilo de apego junto con otras medidas y de examinar el apego en más de una ocasión está en consonancia con las directrices para la evaluación psicológica en protección infantil.²²⁷

Por último, las y los profesionales deben tener cuidado y no centrarse demasiado en las clasificaciones categóricas per se (seguridad-inseguridad, organización-desorganización), clasificaciones que llevan aparejados problemas similares a los de los diagnósticos por categorías en psicología y psiquiatría, en el sentido de que reducen los matices. Por ejemplo, niñas o niños a quienes se clasifica como con apego desorganizado pueden diferir notablemente entre sí con respecto a la intensidad (por ejemplo, una puntuación de 5 o 9 en una escala continua de desorganización) y qué subtipos de conductas desorganizadas presentan (por ejemplo, conductas motrices extrañas o temor al cuidador o cuidadora). Más allá de las clasificaciones, se han desarrollado y validado escalas de observación que proporcionan una puntuación continua más precisa de las conductas tanto infantiles como adultas, como el Attachment Q Sort (AQS);²²⁸

²²⁷ Por ejemplo, American Psychological Association (APA), "Guidelines for psychological evaluations in child protection matters", *The American Psychologist*, 68(1), pp. 20-31, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/a0029891>.

²²⁸ Waters, E., y Deane, K. E., "Defining and assessing individual differences in attachment relationships: Q-methodology and the organization of behavior in infancy and early childhood", *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 50(1-2), pp. 41-65, 1985. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-8624.00176>; Van IJzendoorn, M. H., Vereijken, C. M., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Marianne Riksen-Walraven, J., "Assessing attachment security with the attachment Q sort: Meta-analytic evidence for the validity of the observer AQS", *Child Development*, 75(4), pp. 1188-1213, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2004.00733.x>.

el Maternal Behavior Q Sort (MBQ),²²⁹ o el Coding Interactive Behavior System (CIB).²³⁰

Es importante destacar que los instrumentos para la evaluación del apego están diseñados y validados para situaciones estandarizadas. Además, tanto las evaluaciones del apego como las de interacción cuidadores-niños se usan normalmente en situaciones de estrés leve o moderado. Sin embargo, la evaluación en contextos forenses se realiza a menudo en circunstancias de gran carga emocional para cuidadores y niños, a veces en el curso de los procesos de separación conflictiva entre ellos. La influencia del estrés en unas situaciones y otras es un potencial factor de influencia no controlada²³¹ y actualmente no hay ninguna investigación sobre la validez de las medidas de apego en circunstancias de alto estrés. Por lo tanto, hacemos hincapié en que se desconoce la validez de las evaluaciones del estilo de apego y las conductas de cuidado en tales circunstancias. Somos conscientes de que las evaluaciones deben realizarse a veces en circunstancias estresantes y que algunos instrumentos para valorar las capacidades de cuidado que no están suficientemente validadas para este contexto pueden representar la mejor alternativa disponible. Sin embargo, estas lagunas en el conocimiento actual deberían limitar el peso que se da a dichas pruebas y, según algunos de nosotros, las observaciones no estandarizadas realizadas por profesionales experimentados ofrecen al menos un conocimiento igual de creíble, si no más.

La evaluación de la capacidad de una persona para mejorar sus habilidades de cuidado infantil puede constituir una solución a este dilema. Más concretamente, el potencial para proporcionar unos cuidados y una atención suficientemente buenos es el resultado que se busca, y las evaluaciones pueden valorar si un cuidador o una cuidadora es capaz de mejorar

²²⁹ Pederson, D. R., Moran, G., Sitko, C., Campbell, K., Ghesquire, K., y Acton, H., "Maternal sensitivity and the security of infant-mother attachment: A Q-sort study", *Child Development*, 61(6), pp. 1974-1983, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1130851>.

²³⁰ Feldman, R., *Coding interactive behavior manual*, Unpublished manual, 1998.

²³¹ Smith, G., Coffino, B., Van Horn, P., y Lieberman, A., *op. cit.*

hasta alcanzar ese nivel. Las familias pueden, por ejemplo, recibir una intervención dirigida a evitar la disciplina estricta y sustituirla por una atención sensible y coherente, y las conductas de cuidadores y niños pueden ser evaluadas antes y después de la intervención como una indicación de la capacidad de los cuidadores para beneficiarse de los apoyos recibidos. Es importante destacar que estas intervenciones pueden ser breves, lo que hace que el enfoque sea factible en un corto plazo de tiempo. Los resultados iniciales de este enfoque, que consiste en valorar la "capacidad de cambio", han indicado una mejor validez predictiva de lo que se puede conseguir con padres y niños que la evaluación habitual.²³² Sin embargo, la eficacia de estas intervenciones puede depender de factores contextuales que influyen en la receptividad del cuidador o cuidadora. Por ejemplo, si estos experimentan niveles de estrés muy elevados debido a un riesgo muy elevado de perder la custodia de sus hijos, puede que no sean capaces de beneficiarse de las intervenciones. De hecho, un reciente estudio con técnicas de control aleatorio de familias estudiadas al final del proceso forense, a las que se dio una intervención de este tipo como última oportunidad después de una intervención de apoyo domiciliario, no encontró ninguna diferencia en capacidad predictiva en comparación con la evaluación habitual.²³³

Aunque se necesita más evidencia científica, las intervenciones deben llevarse a cabo prioritariamente en una fase inicial del proceso de investigación, administrándose de forma compasiva y como apoyo más que como "último recurso". Además, hay que reconocer que la respuesta de una cuidadora o un cuidador a una intervención concreta también puede estar en función tanto de su idoneidad, como de la calidad de su

²³² Cyr, C., Dubois-Comtois, M. G., Poulin, C., Pascuzzo, K., Losier, V., Dumais, M., St-Laurent, D., y Moss, E., "Attachment theory in the assessment and promotion of parental competency in child protection cases", en A. Muela (ed.), *Child abuse and neglect: A multidimensional approach*, pp. 63-86, InTech Open, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.5772/48771>.

²³³ Van der Asdonk, S., de Haan, W. D., van Berkel, S. R., van IJzendoorn, M. H., Rippe, R. C. A., Schuengel, C., Kuiper, C., Lindauer, R. J. L., Overbeek, M., y Alink, L. R. A., "Effectiveness of an attachment-based intervention for the assessment of parenting capacities in maltreating families: A randomized controlled trial", *Infant Mental Health Journal*, 41(6), pp. 821-835, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21874>.

aplicación: si alguien no responde a una intervención basada en evidencia, puede responder a otra, tomando en consideración la edad de la niña o niño, su necesidad de estabilidad y las posibilidades de espera en la toma de decisiones.

Evaluación de la calidad del apego y custodia infantil. Algunos estudiosos han sugerido que la evaluación del estilo de apego puede ayudar a tomar decisiones que afectan a la custodia y al reparto de tiempo o han contemplado el uso de estas evaluaciones para tal fin por parte de juezas y jueces.²³⁴ Defender esto es desaconsejable porque actualmente se desconoce si, o en qué medida, niñas y niños se benefician de pasar más tiempo con un progenitor con el que se sienten seguros que con otro con el que se sienten inseguros. Además, privar a un niño o una niña de forma significativa de tiempo con un progenitor es en sí mismo un factor de riesgo de inseguridad y desorganización en esa relación.²³⁵ Volviendo a la distinción entre la calidad del apego y la calidad general de la relación, la inseguridad no significa que un niño no se beneficie de la relación con un progenitor. Aunque la inseguridad haga más probables dificultades a largo plazo en algunos aspectos del desarrollo, no es patológica. Por lo tanto, un énfasis excesivo en el apego seguro puede privar a niñas y niños de tiempo con cuidadores que pueden ser beneficiosos en otros aspectos. Por último, no sabemos hasta qué punto las evaluaciones del estilo de apego son válidas durante los litigios por la custodia cuando madres y padres están sometidos a una mayor ansiedad debido al conflicto que se está dirimiendo y sus repercusiones.

En los litigios judiciales sobre custodia de hijas e hijos, los juzgados de familia suelen trabajar con adultos que están heridos, centrados en sus

²³⁴ Por ejemplo, Aitani, N., *op. cit.*; Kohm, L. M., *op. cit.*

²³⁵ Hazen, N. L., Allen, S. D., Christopher, C. H., Umemura, T., y Jacobvitz, D. B., "Very extensive nonmaternal care predicts mother-infant attachment disorganization: Convergent evidence from two samples", *Development and Psychopathology*, 27(3), pp. 649-661, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579414000893>; Umemura, T., y Jacobvitz, D. B., "Nonmaternal care hours and temperament predict infants' proximity-seeking behavior and attachment subgroups", *Infant Behavior and Development*, 37(3), pp. 352-365, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.infbeh.2014.05.007>.

propias necesidades, y a veces motivados por hacer daño al otro progenitor. Los niños pueden quedar atrapados en medio de esos conflictos enconados y los procesos contenciosos pueden exacerbar aún más los conflictos y empeorar las cosas. De hecho, desde hace mucho tiempo se sostiene que uno de los aspectos más perjudiciales del divorcio para niñas y niños es que sean testigos del conflicto interparental observado antes, durante y después del divorcio.²³⁶ De hecho, el conflicto marital crónico se ha relacionado con un mayor riesgo de apego desorganizado.²³⁷ Los juzgados pueden desempeñar un papel importante en dar forma a la dinámica de relaciones entre los cuidadores y el proceso legal debería alentarlos a resolver los conflictos entre ellos sin necesidad de una resolución formal.²³⁸ Por lo tanto, la claridad en la toma de decisiones sobre custodia y asignación de tiempos, incluida la forma en que se evalúan las cuestiones relacionadas con el apego infantil, puede mejorar la capacidad de los cuidadores para cooperar en la resolución de sus conflictos e influir en si luchan o no por la custodia exclusiva. Por ejemplo, si se deja claro que los juzgados deciden sobre la base de los principios de apego desarrollados anteriormente, incluida la importancia de una red de relaciones de apego y el contacto continuado con cada una de las figuras de apego, esto puede influir en la conciencia de cada cuidador sobre la importancia que el otro tiene para la niña o el niño. A su vez, esto puede aumentar la motivación de los cuidadores para cooperar, evitando que luchen por la custodia exclusiva. Además, saber que juzgados y tribunales no basan sus decisiones sobre custodia y asignación de tiempo en la supuesta calidad del apego infantil con cada cuidador puede reducir las peleas por la custodia exclusiva basadas en tales referencias.

Si el conflicto posterior al divorcio no puede resolverse y los progenitores son incapaces de encontrar una forma de cooperar suficientemente

²³⁶ Amato, P. R., y Keith, B., *op. cit.*; Kalmijn, M., "Father-child contact, interparental conflict, and depressive symptoms among children of divorced parents", *European Sociological Review*, 32(1), pp. 68-80, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/est/jcv095>.

²³⁷ Owen, M. T., y Cox, M. J., "Marital conflict and the development of infant-parent attachment relationships", *Journal of Family Psychology*, 11(2), pp. 152-164, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0893-3200.11.2.152>.

²³⁸ Mnookin, R., *op. cit.*; Pruett, M. K., et al., *op. cit.*

aceptable, la custodia exclusiva puede resultar inevitable como último recurso. Sin embargo, la decisión sobre la distribución del tiempo puede aún garantizar que niñas y niños pasen suficiente tiempo con ambos progenitores para el desarrollo y mantenimiento de las relaciones de apego. Siguiendo la noción de "parentalidad cooperativa",²³⁹ a la hora de tomar decisiones sobre custodia infantil algunos países, como Suecia, tienen en cuenta la capacidad de madres y padres para cooperar en los temas que afectan a sus hijas e hijos. Si no hay más remedio que tomar una decisión relativa a la custodia infantil, se da importancia a hasta qué punto uno de los progenitores ha facilitado o dificultado el contacto del niño o la niña con el otro progenitor. Por ejemplo, si uno de los progenitores ha obstaculizado el contacto del niño con el otro y las transiciones de uno a otro, mientras que el otro progenitor ha facilitado el contacto y las transiciones, la custodia se suele conceder al progenitor que ha demostrado más capacidad para actuar en interés de la niña o el niño. Por supuesto, este principio también debe comunicarse y aplicarse con cautela para evitar que los cuidadores divorciados se abstengan de discutir sobre la atención a sus hijas e hijos por miedo a ser percibidos como no cooperadores.

Evaluación del apego, provisión de un "refugio seguro" e identificación y orientación de la intervención. Si el apego inseguro parece estar presente en la relación de una niña o un niño con un cuidador, es mejor no ignorarlo, pues puede ayudar a identificar intervenciones de apoyo. Sin embargo, de cara a determinar esas intervenciones, consideramos que la evaluación de la capacidad de un cuidador o cuidadora para proporcionar un "refugio seguro" al niño en situaciones de estrés es más valiosa que la información sobre el estilo de apego infantil per se, particularmente cuando la preocupación fundamental es la de asegurar los mejores cuidados posibles. Estas evaluaciones de "refugio seguro" se han desarrollado para niñas y niños de distintas edades, pudiendo ser llevadas a cabo en situaciones naturales,²⁴⁰ aunque su aplicación en la práctica no

²³⁹ Boyan, S., y Termini, A. M., *Cooperative parenting and divorce: Shielding your child from conflict-a parent guide to effective co-parenting*, Active Parenting Publishers, 1999.

²⁴⁰ Farnfield, S., y Holmes, P. (eds.), *The Routledge handbook of attachment: Assessment*, Routledge, 2014; Madigan, S., *Beyond the academic silo: Collaboration and community partnerships in attachment research*, Paper presented at the International Attachment Conference, Vancouver, Canada, 2019.

ha sido todavía adecuadamente validada. En temas que afectan a la protección y la custodia infantil, los obstáculos para la provisión de un "refugio seguro" también son de especial importancia a la hora de identificar y orientar las intervenciones de apoyo (por ejemplo, las intervenciones para mejorar la atención y el cuidado infantil). Además, los problemas con la precisión diagnóstica de las evaluaciones son considerablemente menos graves cuando se utilizan para orientar las intervenciones de apoyo que cuando su objetivo es decidir si hay o no que sacar a una niña o un niño de su familia.²⁴¹ Aunque madres y padres pueden seguir temiendo que sus hijos acaben saliendo del hogar, al hacerles entender que el objetivo de la intervención es apoyarles en sus tareas parentales se consiguen contextos de tensión leve/moderada o más naturales, similares a los utilizados en el desarrollo y validación de los instrumentos de valoración.

A modo de ejemplo, los indicios de estilo de apego evitativo pueden dar pistas sobre las expectativas del niño o niña en su relación. Saber que hay una elevada probabilidad de que espere ser rechazado o rechazada cuando necesite ayuda (es decir, apego inseguro-evitativo) puede ayudar a tomar decisiones sobre los apoyos a prestar a los cuidadores, sean padres biológicos o acogedores.²⁴² Pero sería aún más útil una evaluación de las capacidades de atención y cuidado que constatará que la capacidad de los cuidadores para proporcionar un "refugio seguro" se ve limitada por su rechazo a las conductas infantiles destinadas a conseguir su atención y cuidado. Esto es más directo, y por lo tanto más relevante, que una evaluación del estilo de apego infantil.

²⁴¹ Para un argumento similar, véase Faigman, D. L., Monahan, J., y Slobogin, C., "Group to individual (G2i) inference in scientific expert testimony", *The University of Chicago Law Review*, 81(2), pp. 417-480, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2298909>.

²⁴² Brumariu, L. E., Giuseppone, K. R., Kerns, K. A., Van de Walle, M., Bureau, J.-F., Bosmans, G., y Lyons-Ruth, K., "Middle childhood attachment strategies: Validation of an observational measure", *Attachment y Human Development*, 20(5), pp. 491-513, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2018.1433696>; Green, J., Stanley, C., Smith, V., y Goldwyn, R., "A new method of evaluating attachment representations in young school-age children: The Manchester Child Attachment Story Task", *Attachment y Human Development*, 2(1), pp. 48-70, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/146167300361318>.

Con esta información, los profesionales pueden ayudar a la familia a identificar cuándo el niño o la niña lo está pasando mal, aunque no lo demuestre abiertamente, y cómo responder de forma adecuada. Además, y de especial importancia en acogimiento y adopción, explicar a los nuevos cuidadores que la historia previa de relaciones puede predisponer al niño o niña a ciertos comportamientos puede ayudarles a regular sus sentimientos de estar siendo rechazados por una niña o un niño que no acude a ellos cuando lo pasa mal, haciendo más probable su disponibilidad.²⁴³ Por el contrario, saber que es muy probable que una niña o un niño esperen que los adultos estén disponibles cuando les muestran que lo están pasando muy mal y que necesitan altos niveles de disponibilidad (es decir, apego inseguro-resistente) sugeriría recomendaciones diferentes. Sin embargo, una vez más, la evaluación de las capacidades reales de atención y cuidado observadas directamente proporcionaría una información más sólida y menos inferencial. Las intervenciones profesionales pueden entonces encaminarse a apoyar a la familia a responder de forma coherente, mostrando su disponibilidad incondicional, con independencia de que la angustia infantil se exprese en mayor o menor medida. La evaluación de las representaciones de apego adulto también puede ser útil para orientar los apoyos a prestar. Por ejemplo, las representaciones de apego seguras en quienes adoptan a niñas y niños procedentes de instituciones se han relacionado con una mayor probabilidad de apego infantil seguro.²⁴⁴

III. Investigación futura

Sin duda, los profesionales que trabajan en estos temas pueden fácilmente identificar asuntos sobre los que es necesaria más investigación.

²⁴³ Stovall, K. C., y Dozier M., "The development of attachment in new relationships: Single subject analyses for ten foster infants", *Development and Psychopathology*, 12(2), pp. 133-156, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/>.

²⁴⁴ Barone, L., Lionetti, F., y Green, J., "A matter of attachment? How adoptive parents foster post-institutionalized children's social and emotional adjustment", *Attachment y Human Development*, 19(4), pp. 323-339, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2017.130671>.

Como comunidad de investigadores, estamos deseosos de entablar un diálogo con las y los profesionales que están en la práctica y buscamos oportunidades para iniciativas de investigación colaborativas y coconstruidas. Por nuestra parte, percibimos una especial necesidad de investigación colaborativa sobre los temas que mencionaremos a continuación. La investigación colaborativa que nos gustaría puede idealmente ayudar a cerrar la brecha existente entre investigación y práctica profesional, así como construir los puentes que faciliten una más precisa transferencia de conocimientos.²⁴⁵

Influencia de las decisiones judiciales sobre la calidad del apego.

Hay buenas razones para creer que las decisiones relativas a la custodia y la protección infantil influyen sobre la calidad del apego infantil, pero actualmente hay muy pocas evidencias empíricas. En lo que respecta a los casos de custodia, es necesario investigar si las diferencias en la asignación de tiempo se asocian a diferencias en el apego infantil. Por ejemplo, ¿se asocian la custodia compartida y la asignación equitativa de tiempo con una mayor presencia de apego seguro que la custodia exclusiva y la asignación desigual del tiempo? Las investigaciones que se necesitan deberían también tomar en consideración factores que, como el conflicto interparental, pueden influir en la asociación entre la asignación de tiempo y el apego infantil.

En lo que respecta a la protección infantil, la investigación debería examinar si, y en qué circunstancias, retirar a niñas y niños de sus familias biológicas se asocia a niveles más altos de seguridad de apego que la preservación familiar. Aunque varios estudios han examinado las relaciones de apego de los niños con sus adoptantes o acogedores,²⁴⁶ la investigación

²⁴⁵ Nicolini, D., Mengis, J., y Swan, J., "Understanding the role of objects in cross-disciplinary collaboration", *Organization Science*, 23(3), pp. 612-629, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1287/orsc.1110.0664>.

²⁴⁶ Por ejemplo, Gabler, S., Bovenschen, I., Lang, K., Zimmermann, J., Nowacki, K., Kliewer, J., y Spangler, G., "Foster children's attachment security and behavior problems in the first six months of placement: Associations with foster parents' stress and sensitivity", *Attachment & Human Development*, 16(5), pp. 479-498, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2014.91175>;

podría comparar el apego con estas figuras alternativas con el apego a madres y padres biológicos que recibieran intervenciones de apoyo. La investigación debería tomar en consideración la posible relevancia del tipo de maltrato o la edad en la que estas cosas suceden. Del mismo modo, sería necesario investigar si, y en qué circunstancias, la reunificación familiar tras los cuidados en familias alternativas se asocia con mayores tasas de seguridad de apego que si los niños permanecieran con esas familias. Las respuestas a estas preguntas serían de crucial importancia para que los juzgados pudieran cumplir con su objetivo de apoyar el interés superior de niñas y niños, así como garantizar que reciban atenciones de calidad suficiente. Incluso si la seguridad del apego es sólo una parte más de una relación positiva entre los niños y quienes de ellos cuidan, es una parte importante.

Los tres principios del apego y la práctica judicial. Hemos destacado la necesidad que niñas y niños tienen de disponer de cuidadores habituales que no sean maltratadores ni negligentes, la importancia de la continuidad de relaciones de suficientemente buena calidad y también de una red de relaciones de apego como principios fundamentales de la teoría del apego y el estudio científico del desarrollo humano. ¿Puede el conocimiento de estos principios mejorar la práctica judicial y la evaluación de los profesionales del trabajo social y la salud mental infantil en relación con asuntos clave para el bienestar infantil tales como la calidad de la atención y el cuidado, la continuidad de relaciones de calidad suficientemente buena o el riesgo de malos tratos posteriores? Además de abordar estos asuntos clave, deseáramos que la investigación abordara las siguientes cuestiones, relacionadas con todo lo anterior, pero más concretas:

- ¿Son adecuadas las evaluaciones del apego para orientar la toma de decisiones y resulta la inclusión de esas medidas mejor que la evaluación habitual? Por ejemplo, ¿son mejores las decisiones basadas en evaluaciones

Van den Dries, L., Juffer, F., Van IJzendoorn, M. H., y Bakermans-Kranenburg, M. J., "Fostering security? A meta-analysis of attachment in ad-adopted children", *Children and Youth Services Review*, 31(3), pp. 410-421, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2008.09.008>.

del apego que las decisiones que no se basan en esas evaluaciones? En el mismo sentido, ¿son más eficaces las intervenciones y decisiones basadas en evaluaciones de la calidad de cuidados y el apego para mejorar la calidad de esos cuidados y el desarrollo infantil que las intervenciones y decisiones no basadas en dichas evaluaciones?

- ¿Son suficientemente fiables y válidas las evaluaciones de la capacidad de cambio de madres y padres tras intervenciones breves? ¿Cómo afecta su miedo y desesperación a la validez de dichas evaluaciones?

- En contextos forenses, ¿tienen mayor capacidad predictiva varias evaluaciones de atención y cuidado que una sola evaluación? Si es así, ¿son más rentables las evaluaciones múltiples que las evaluaciones únicas? Las evaluaciones de la atención y cuidado parentales (y del apego) son caras. Pero también lo son las intervenciones ineficaces y los cuidados en familias alternativas. Sería importante realizar una evaluación de los potenciales beneficios económicos de llevar a cabo evaluaciones múltiples con perspectiva de desarrollo humano y de eficacia en términos de economía de la salud.

- ¿Cómo influye en el desarrollo del apego durante los primeros años de vida el hecho de alternar entre hogares tras la separación de los padres? ¿Dependen el desarrollo y la calidad del apego de la frecuencia de los contactos y/o de pasar o no las noches con uno de ellos? ¿La solución en la que es el niño o la niña quien permanece en el hogar familiar y son los padres separados los que rotan para estar allí facilita el desarrollo y el mantenimiento de relaciones de apego seguras? Además, ¿está moderada la respuesta a estas preguntas por el nivel de conflicto y cooperación entre los padres o por la edad de niñas y niños? ¿Cómo se pueden usar todos estos conocimientos para la toma de decisiones judiciales?

- En los casos de acogimiento o adopción conjunta de hermanos en los que el hermano o hermana mayor actúa como referente de seguridad, ¿se producen perjuicios y/o beneficios para el hermano o la hermana mayor

a lo largo del tiempo, y es esa situación beneficiosa y/o perjudicial para el hermano o la hermana menor a lo largo del tiempo?

- En términos de desarrollo de apego seguro y de otros indicadores de desarrollo saludable (incluida la protección de la identidad cultural), ¿son más beneficiosos los cuidados proporcionados por familiares que los que pueden aportar personas desconocidas?

Responder a estas y otras preguntas igualmente pertinentes, identificadas por los profesionales de la salud mental, del derecho y de la investigación sería mucho más fácil en el marco de una mayor colaboración entre todas esas disciplinas. Las preguntas de investigación planteadas conjuntamente y la elaboración conjunta de la aplicación en la práctica de los datos de investigación tendrían el potencial de mejorar tanto la investigación como las actuaciones profesionales.²⁴⁷ En resumen, invitamos al diálogo y a poner en marcha esfuerzos de coconstrucción.

D. Conclusión

Los juzgados de familia se enfrentan al enorme reto de tomar difíciles decisiones que pueden cambiar el curso de la vida de las personas y que a veces pueden salvar vidas. Tales decisiones exigen la toma en consideración de las consecuencias sobre el futuro de niños y niñas. Hemos defendido la importancia de la teoría y la investigación sobre apego en beneficio de niñas y niños y de quienes de ellos cuidan. Más concretamente, hemos hecho hincapié en tres principios fundamentales basados en el apego que pueden ser útiles de cara a la toma de decisiones judiciales: la necesidad infantil de cuidados en familia y sin presencia de malos tratos, el valor de la continuidad de las buenas relaciones y los beneficios de las redes de relaciones de apego. Además, hemos destacado que la evaluación

²⁴⁷ Madigan, S., *Beyond the academic silo: Collaboration and community partnerships in attachment research*; Van IJzendoorn, M. H., "Commentary: Addressing the replication and translation crises taking one step forward, two steps back? A plea for slow experimental research instead of fast "participatory" studies".

de la calidad de los cuidados y del apego ayuda a una mejor toma de decisiones. Los datos también han demostrado que las relaciones de apego se ven beneficiadas por las intervenciones en las relaciones basadas en evidencia.

Hemos resaltado que la evaluación de los estilos de apego desarrolladas para la investigación grupal tiene una sensibilidad y una especificidad limitadas a nivel de niños y cuidadores individuales. Por lo tanto, muchos investigadores del apego creen que las clasificaciones de estilos de apego no deberían utilizarse para orientar la toma de decisiones relativas a la custodia y la protección infantil, debiendo la evaluación centrarse, en cambio, en la conducta y las capacidades parentales. Sin embargo, otros investigadores e investigadoras del apego creen que la evaluación del tipo y calidad del apego puede ser útil en este contexto, defendiendo —demás de otras consideraciones importantes— que tales valoraciones deben formar parte de protocolos de evaluación más amplios que también incluyan las conductas y capacidades parentales.

Por último, hemos sugerido vías de colaboración entre quienes investigamos sobre apego y quienes trabajan, como académicos o como profesionales, en los juzgados de familia. Esperamos que la colaboración entre estas diferentes disciplinas facilite el trabajo en este importante ámbito de la ciencia aplicada.

Bibliografía

- Abraham, E., y Feldman, R., "The neurobiology of human allomaternal care: Implications for fathering, coparenting, and children's social development", *Physiology y Behavior*, 193(Pt A), pp. 25-34, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.physbeh.2017.12.034>.
- Ainsworth M. D. S., Bell S. M. y Stayton D. J., Infantmother attachment and social development, en J. M. Richards (ed.), *The integration of a child into a social world*, pp. 99-135, Cambridge University Press, 1974.

- Ainsworth, M. D. S., Blehar, M. C., Waters, E., y Wall, S. N., *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*, Psychology Press, 1978/2015.
- Ainsworth, M. S., y Bowlby, J., "An ethological approach to personality development", *American Psychologist*, 46(4), pp. 333-341, 1991. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0003-066X.46.4.333>.
- Aitani, N., "A new psychological method for determining child custody", *Journal of Human Environmental Studies*, 13(1), pp. 77-85, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.4189/she.13.77>.
- Alexius, K., y Hollander, A., "Care assessments concerning involuntary removal of children from intellectually disabled parents", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 36(3), pp. 295-310, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09649069.2014.933591>.
- Allen, B., "Misperceptions of reactive attachment disorders persist: Poor methods and unsupported conclusions", *Research in Developmental Disabilities*, pp. 77, 24-29, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ridd.2018.03.012>.
- Allen, B., y Schuengel, C., "Attachment disorders diagnosed by community practitioners: A replication and extension", *Child and Adolescent Mental Health*, 25(1), pp. 4-10, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/camh.12338>.
- Amato, P. R., y Keith, B., "Parental divorce and the well-being of children: A meta-analysis", *Psychological Bulletin*, 110(1), pp. 26-46, 1991. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0033-2909.110.1.26>.
- American Psychological Association (APA), "Guidelines for psychological evaluations in child protection matters", *The American Psychologist*, 68(1), pp. 20-31, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/a0029891>.

- Artis, J. E., "Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine", *Law & Society Review*, 38(4), pp. 769-806, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.0023-9216.2004.00066.x>.
- Bachmann, C. J., Beecham, J., O'Connor, T. G., Scott, A., Briskman, J., y Scott, S., "The cost of love: Financial consequences of insecure attachment in antisocial youth", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 60(12), pp. 1343-1350, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jcpp.13103>.
- Bacro, F., Forslund, T., y Granqvist, P., "Children's multiple attachment relationships and representations in different family contexts", en T. Forslund y R. Duschinsky (eds.), *Attachment: A reader*, Wiley, 2020.
- Bacro, F., y Macario de Medeiros, J. M., "Externalizing behavior and attachment disorganization in children of different-sex separated parents: The protective role of joint physical custody", *Scandinavian Journal of Psychology*, 62(1), pp. 74-81, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/sjop.12681>.
- Bakermans-Kranenburg, M. J., van Ijzendoorn, M. H., y Juffer, F., "Less is more: Meta-analyses of sensitivity and attachment interventions in early childhood", *Psychological Bulletin*, 129(2), pp. 195-215, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0033-2909.129.2.195>.
- Barnombudsmannen, *Klara, färdiga, Gå!*, 2007. Disponible en: diga-ga-2007/.
- Barone, L., Lionetti, F., y Green, J., "A matter of attachment? How adoptive parents foster post-institutionalized children's social and emotional adjustment", *Attachment y Human Development*, 19(4), pp. 323-339, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2017.1306714>.

Barone, L., Ozturk, Y., y Lionetti, F., "The key role of positive parenting and children's temperament in post-institutionalized children's socio-emotional adjustment after adoption placement. A RCT study", *Social Development*, 28(1), pp. 136-151, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/sode.12329>.

Barudy, J., y Dantagnan, M., *Los desafíos invisibles de ser madre y padre: Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental*, Editorial Gedisa, 2010.

Belsky, J., "Attachment, mating, and parenting: An evolutionary interpretation", *Human Nature*, 8(4), pp. 361-381, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF02913039>.

Belsky, J., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Van IJzendoorn, M. H., "For better and for worse: Differential susceptibility to environmental influences", *Current Directions in Psychological Science*, 16(6), pp. 300-304, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8721.2007.00525.x>.

Belsky, J., y Rovine, M., "Temperament and attachment security in the strange situation: An empirical rapprochement", *Child Development*, 58(3), pp. 787-795, 1987. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1130215>.

Berlin, M., Vinnerljung, B., y Hjern, A., "School performance in primary school and psychosocial problems in young adulthood among care leavers from long term foster care", *Children and Youth Services Review*, 33(12), pp. 2489-2497, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.chilyouth.2011.08.024>.

Bernard, K., Dozier, M., Bick, J., Lewis-Morrarty, E., Lindhiem, O., y Carlson, E., "Enhancing attachment organization among maltreated children: Results of a randomized control trial", *Child Development*,

83(2), pp. 623-636, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2011.01712.x>.

Bernard, K., Lee, A. H., y Dozier, M., "Effects of the ABC intervention on foster children's receptive vocabulary: Follow-up results from a randomized clinical trial", *Child Maltreatment*, 22(2), pp. 174-179, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1077559517691126>.

Bernier, A., y Meins, E., "A threshold approach to understanding the origins of attachment disorganization", *Developmental Psychology*, 44(4), pp. 969-982, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.44.4.969>.

Bick, J., y Dozier, M. (2013). The effectiveness of an attachment-based intervention in promoting foster mothers' sensitivity toward foster infants. *Infant Mental Health Journal*, 34(2), 95-103. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21373>.

Bifulco, A., Jacobs, C., Bunn, A., Thomas, G., y Irving, K., "The attachment style interview (ASI): A support-based adult assessment tool for adoption and fostering practice", *Adoption & Fostering*, 32(3), pp. 33-45, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/030857590803200306>.

Bilson, A., y Martin, K. E., "Referrals and child protection in England: One in five children referred to children's services and one in nineteen investigated before the age of five", *British Journal of Social Work*, 47(3), pp. 793-811, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/bjsw/bcw054>.

Boldt, L.J., Kochanska, G., Yoon, J. E., y Nordling, J. K., "Children's attachment to both parents from toddler age to middle childhood: Links to adaptive and maladaptive outcomes", *Attachment y Human Development*, 16(3), pp. 211-229, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2014.889181>.

Boswell, S., y Cudmore, L., "Understanding the 'blind spot' when children move from foster care into adoption", *Journal of Child Psychotherapy*, 43(2), pp. 243-257, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/0075417X.2017.1323946>.

Bowlby, J. (1951). *Maternal care and mental health* (Vol. 2). World Health Organization. Disponible en: <https://doi.org/10.5694/j.1326-5377.1951.tb68285.x>.

Bowlby, J., "Separation of mother and child. Letter to the editor", *The Lancet*, 271(7029), pp. 1070-1071. 1958. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(58\)92031-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(58)92031-2).

Bowlby, J., *Attachment and loss: Attachment*, Pimlico, 1969/1982.

Bowlby, J., *Attachment and loss: Separation*, Pimlico 1973.

Bowlby, J., *Attachment and loss: Loss*, Pimlico, 1980.

Bowlby, J., Robertson, J., y Rosenbluth, D., "A two-year-old goes to hospital", *The Psychoanalytic Study of the Child*, 7(1), pp. 82-94, 1952. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00797308.1952.11823154>.

Boyan, S., y Termini, A. M., *Cooperative parenting and divorce: Shielding your child from conflict-a parent guide to effective co-parenting*, Active Parenting Publishers, 1999.

Brown, G. L., Schoppe-Sullivan, S. J., Mangelsdorf, S. C., y Neff, C., "Observed and reported supportive coparenting as predictors of infant-mother and infant-father attachment security", *Early Child Development and Care*, 180(1-2), pp. 121-137, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/03004430903415015>.

Brown, R., y Ward, H., *Decision-making within a child's timeframe: An overview of current research evidence for family justice professionals*

concerning child development and the impact of maltreatment,
Childhood Wellbeing Research Centre, 2013.

Brumariu, L. E., Giuseppone, K. R., Kerns, K. A., Van de Walle, M., Bureau, J.-F., Bosmans, G., y Lyons-Ruth, K., "Middle childhood attachment strategies: Validation of an observational measure", *Attachment y Human Development*, 20(5), pp. 491-513, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2018.1433696>.

Bullens, R. A. R., "Diagnostiek van hechting van een pleegkind: Stie-fkind binnen de diagnostiek?", en C. Schuengel, N. W. Slot, y R. A. R. Bullens (eds.), *Gehechtheid en kindbescherming*, pp. 55-74, SWP, 2003.

Bunnvik, G., "Lurades till möte-miste barnen", *Jnytt*, 2016. Disponible en: <https://www.jnytt.se/article/lurades-till-mote-miste-barn/>.

Burns, K., Pösö, T., y Skivenes, M. (eds.), *Child welfare removals by the state: A cross-country analysis of decision-making systems*, Oxford University Press, 2016.

Byrne, J. G., O'Connor, T. G., Marvin, R. S., y Whelan, W. F., "Practitioner review: The contribution of attachment theory to child custody assessments", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 46(2), pp. 115-127, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1469-7610.2004.00396.x>.

Carlson, V., Cicchetti, D., Barnett, D., y Braunwald, K., "Disorganized/disoriented attachment relationships in maltreated infants", *Developmental Psychology*, 25(4), 525-531, 1989. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.25.4.525>.

Cassibba, R., y Cavanna, D., "L'affidamento familiare tra teoria e re-altà: opportunità, incongruenze e contraddizioni [The foster care between

theory and reality: Opportunities, inconsistencies and contradictions]", *Psicologia Clinica dello Sviluppo*, 2, pp. 373-382, 2018.

Chaffin, M., Hanson, R., Saunders, B. E., Nichols, T., Barnett, D., Zeanah, C., Berliner, L., Egeland, B., Newman, E., Lyon, T., LeTourneau, E., y Miller-Perrin, C., "Report of the APSAC task force on attachment therapy, reactive attachment disorder, and attachment problems", *Child Maltreatment*, 11(1), pp. 76-89, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1077559505283699>.

Cheadle, J. E., Amato, P. R., y King, V., "Patterns of nonresident father contact", *Demography*, 47(1), pp. 205-225, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/dem.0.0084>.

Child Welfare Information Gateway, *Concurrent planning for permanency for children*, Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2017.

Cowan, P. A., y Cowan, C. P., "Introduction: Bringing dads back into the family", *Attachment y Human Development*, 21(5), pp. 419-425, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1582594>.

Crittenden, P. M., y Baim, C., "Using assessment of attachment in child care proceedings to guide intervention", En L. Dixon, D. F Perkins, 2017.

C. Hamilton-Giachritsis, y L. A. Craig (eds.), *What works in child protection: An evidenced based approach to assessment and intervention in care proceedings*, pp. 385-402. Wiley Blackwell Publishing.

Crittenden, P. M., Farnfield, S., Landini, A., y Grey, B., "Assessing attachment for family court decision making", *Journal of Forensic Practice*, 15(4), pp. 237-248, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/JFP-08-2012-0002>.

- Cyr, C., Dubois-Comtois, K., Paquette, D., Lopez, L., y Bifgras, M., "An attachment-based parental capacity assessment to orient decision-making in child protection cases: A randomized control trial", *Child Maltreatment*, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1077559520967995>.
- Cyr, C., Dubois-Comtois, M. G., Poulin, C., Pascuzzo, K., Losier, V., Dumais, M., St-Laurent, D., y Moss, E., "Attachment theory in the assessment and promotion of parental competency in child protection cases", en A. Muela (ed.), *Child abuse and neglect: A multi-dimensional approach*, pp. 63-86, InTech Open, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.5772/48771>.
- Cyr, C., Euser, E. M., Bakermans-Kranenburg, M., y van IJzendoorn, M., "Attachment security and disorganization in maltreating and high-risk families: A series of meta-analyses", *Development and Psychopathology*, 22(1), pp. 87-108, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579409990289>.
- Dagan, O., y Sagi-Schwartz, A., "Early attachment network to mother and father: An unsettled issue", *Child Development Perspectives*, 12(2), pp. 115-121, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdep.12272>.
- De Wolff, M. S., y Van IJzendoorn, M. H., "Sensitivity and attachment: A meta-analysis on parental antecedents of infant attachment", *Child Development*, 68(4), pp. 571-591, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.1997.tb04218.x>.
- Departamento de Protección de Derechos Servicio Nacional de Menores, *Orientaciones técnicas: línea de acción diagnóstico modalidad diagnóstico ambulatorio*, DAM, 2019. Disponible en: <https://www.sename.cl/web/index.php/documentos-y-orientaciones-tecnicas/>.

Department for Education, *Children in need of help and protection: Call for evidence*, 2018. Disponible en: [-dren-in-need-of-help-and-protection-call-for-evidence](#).

Department of Health, *Assessing children in need and their families: Practice guidance*. The Stationery Office, 2000.

Dozier, M., Bernard, K., y Roben, C., "Attachment and biobehavioral catch-up", en H. Steele y M. Steele (eds.), *Handbook of attachment-based interventions*, pp. 27-49, Guilford Press, 2017.

Dozier, M., Kaufman, J., Kobak, R., O'Connor, T. G., Sagi-Schwartz, A., Scott, S., Schauffer, C., Smetana, J., van IJzendoorn, M. H., y Zeanah, C. H., "Consensus statement on group care for children and adolescents: A statement of policy of the American Orthopsychiatric Association", *American Journal of Orthopsychiatry*, 84(3), pp. 219-225, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/ort0000005>.

Dozier, M., Lindhiem, O., Lewis, E., Bick, J., Bernard, K., y Peloso, E. (2009). Effects of a foster parent training program on young children's attachment behaviors: Preliminary evidence from a randomized clinical trial. *Child and Adolescent Social Work Journal*, 26(4), 321-332. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10560-009-0165-1>.

Dozier, M., Peloso, E., Lewis, E., Laurenceau, J., y Levine, S., "Effects of an attachment-based intervention of the cortisol production of infants and toddlers in foster care", *Development and Psychopathology*, 20(3), pp. 845-859, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579408000400>.

Duschinsky, R., *Cornerstones of attachment research*, Oxford University Press, 2020.

Egeland, B., Jacobvitz, D., y Sroufe, L.A., "Breaking the cycle of abuse", *Child Development*, 59(4), pp. 1080-1088, 1988. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1130274>.

Emery, R. E., Holtzworth-Munroe, A., Johnston, J. R., Pedro-Carroll, J. L., Pruett, M. K., Saini, M., y Sandler, I., "Bending' evidence for a cause: Scholar-advocacy bias in family law", *Family Court Review*, 54(2), pp. 134-149, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/fcre.12210>.

Emery, R. E., Otto, R. K., y O'donohue, W. T., "A critical assessment of child custody evaluations: Limited science and a flawed system", *Psychological Science in the Public Interest*, 6(1), pp. 1-29. 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1529-1006.2005.00020.x>.

Fabricius, W. V., y Suh, G. W. (2017). Should infants and toddlers have frequent overnight parenting time with fathers? The policy debate and new data. *Psychology, Public Policy, and Law*, 23(1), 68-84. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000108>

Facompré, C. R., Bernard, K., y Waters, T. E. A., "Effectiveness of interventions in preventing disorganized attachment: A meta-analysis", *Development and Psychopathology*, 30(1), pp. 1-11, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579417000426>.

Faigman, D. L., Monahan, J., y Slobogin, C., "Group to individual (G2i) inference in scientific expert testimony", *The University of Chicago Law Review*, 81(2), pp. 417-480, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2298909>.

Faigman, D. L., Slobogin, C., y Monahan, J., "Gatekeeping science: Using the structure of scientific research to distinguish between admissibility and weight in expert testimony", *Northwestern University Law Review*, 110(4), pp. 859-904, 2016.

- Farnfield, S., y Holmes, P. (eds.), *"The Routledge handbook of attachment: Assessment"*, Routledge, 2014.
- Fearon, R. P., Bakermans-Kranenburg, M. J., Van IJzendoorn, M. H., Lapsley, A. M., y Roisman, G. I., "The significance of insecure attachment and disorganization in the development of children's externalizing behavior: A meta-analytic study", *Child Development*, 81(2), pp. 435-456, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2009.01405.x>.
- Fearon, R. M. P., y Belsky, J., "Precursors of attachment security", en J. Cassidy y P. Shaver (eds.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 291-313, Guilford Press, 2016.
- Feldman, R., *Coding interactive behavior manual*, Unpublished manual, 1998.
- Feldman, R., Bamberger, E., y Kanat-Maymon, Y., "Parent-specific reciprocity from infancy to adolescence shapes children's social competence and dialogical skills", *Attachment y Human Development*, 15(4), pp. 407-423, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2013.782650>.
- Feldman, R., Braun, K., y Champagne, F. A., "The neural mechanisms and consequences of paternal caregiving", *Nature Reviews Neuroscience*, 20(4), pp. 205-224, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41583-019-0124-6>.
- Feldman, R., y Masalha, S., "The role of culture in moderating the links between early ecological risk and young children's adaptation", *Development and Psychopathology*, 19(1), pp. 1-21, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579407070010>.
- Font, S. A., y Gershoff, E. T., *Foster care and best interests of the child: Integrating research, policy, and practice*. Springer, 2020.

- Forslund, T., Peltola, M. J., y Brocki, K. C., "Disorganized attachment representations, externalizing behavior problems, and socioemotional competences in early school-age", *Attachment y Human Development*, 22(4), pp. 448-473, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1664603>.
- Funder, D. C., y Ozer, D. J., "Evaluating effect size in psychological research: Sense and nonsense", *Advances in Methods and Practices in Psychological Science*, 2(2), pp. 156-168, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/2515245919847202>.
- Gabler, S., Bovenschen, I., Lang, K., Zimmermann, J., Nowacki, K., Kliewer, J., y Spangler, G., "Foster children's attachment security and behavior problems in the first six months of placement: Associations with foster parents' stress and sensitivity", *Attachment & Human Development*, 16(5), pp. 479-498, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2014.911757>.
- Garber, B. D., "Attachment methodology in custody evaluation: Four hurdles standing between developmental theory and forensic application", *Journal of Child Custody*, 6(1-2), pp. 38-61, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379410902894841>.
- Gauthier, Y., Fortin, G., y Jéliu, G., "Clinical application of attachment theory in permanency planning for children in foster care: The importance of continuity of care", *Infant Mental Health Journal*, 25(4), pp. 379-396, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.20012>.
- George, C., y Solomon, J., "The caregiving system: A behavioral systems approach to parenting. *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*", 2, pp. 833-856, 2008.
- GM v. Carmarthenshire County Council (2018) EWFC 36. Disponible en: https://www.familylaw.co.uk/docs/rtf-files/GM_v_Carmarthenshire_County_Council__2018__EWFC_36.rtf

Goldstein, J., Freud, A., y Solnit, A. J., *Beyond the best interests of the child*, Free Press, 1973.

Granqvist, P., "Observations of disorganized behaviour yield no magic wand: Response to Shemmings", *Attachment y Human Development*, 18(6), pp. 529-533, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2016.1189994>.

Granqvist, P., Forslund, T., Fransson, M., Springer, L., y Lindberg, L., "Mothers with intellectual disability, their experiences of maltreatment, and their children's attachment representations: A small-group matched comparison study", *Attachment y Human Development*, 16(5), pp. 417-436, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2014.926946>.

Granqvist, P., Hesse, E., Fransson, M., Main, M., Hagekull, B., y Bohlin, G., "Prior participation in the strange situation and overstress jointly facilitate disorganized behaviours: Implications for theory, research and practice", *Attachment y Human Development*, 18(3), pp. 235-249, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2016.1151061>.

Granqvist, P., Sroufe, L. A., Dozier, M., Hesse, E., Steele, M., van IJzendoorn, M., Solomon, J., Schuengel, C., Fearon, P., Bakermans-Kranenburg, M., Steele, H., Cassidy, J., Carlson, E., Madigan, S., Jacobvitz, D., Foster, S., Behrens, K., Rifkin-Graboi, A., Gribneau, N., ... y Duschinsky, R., "Disorganized attachment in infancy: A review of the phenomenon and its implications for clinicians and policy-makers", *Attachment y Human Development*, 19(6), pp. 534-558, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2017.1354040>.

Green, J., Stanley, C., Smith, V., y Goldwyn, R., "A new method of evaluating attachment representations in young school-age children: The Manchester Child Attachment Story Task", *Attachment y Human*

Development, 2(1), pp. 48-70, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/146167300361318>.

Groh, A. M., Fearon, R. P., van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Roisman, G. I., "Attachment in the early life course: Meta-analytic evidence for its role in socioemotional development", *Child Development Perspectives*, 11(1), pp. 70-76, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdep.12213>.

Groh, A. M., Narayan, A. J., Bakermans-Kranenburg, M. J., Roisman, G. I., Vaughn, B. E., Fearon, R. P., y van IJzendoorn, M. H., "Attachment and temperament in the early life course: A meta-analytic review", *Child Development*, 88(3), pp. 770-795, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdev.12677>.

Grossmann, K., *Attachment and divorce: Facts, myths and dilemmas in custody disputes*, 6th International Attachment Conference, Pavia, Italy, 2013.

Grossmann, K., Grossmann, K. E., Kindler, H., y Zimmermann, P., "A wider view of attachment and exploration: The influence of mothers and fathers on the development of psychological security from infancy to young adulthood", en J. Cassidy y P. R. Shaver (eds.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 857-879, The Guilford Press, 2008.

Hacker, D. y Halperin Kaddari, R., "The ruling rules in custody disputers- On the dangers of the parental sameness illusion in a gendered reality", *Mishpat and Mimshal*, 15, pp. 91-170, 2013.

Harmer, A. L., y Goodman-Delahunty, J., Practitioners' opinions of best interests of the child in Australian legislation. *Psychiatry, Psychology and Law*, 21(2), pp. 251-271, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13218719.2013.808977>.

- Harwood, I., "Creative use of gender while addressing early attachment, trauma, and cross-cultural issues in a cotherapy group", *Psychoanalytic Inquiry*, 23(5), pp. 697-712, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/07351692309349060>.
- Hazen, N. L., Allen, S. D., Christopher, C. H., Umemura, T., y Jacobvitz, D. B., "Very extensive nonmaternal care predicts mother-infant attachment disorganization: Convergent evidence from two samples", *Development y Psychopathology*, 27(3), pp. 649-661, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579414000893>.
- Hill, L., Gilligan, R., y Connelly, G., "How did kinship care emerge as a significant form of placement for children in care? A comparative study of the experience in Ireland and Scotland", *Children and Youth Services Review*, 117, 104368, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2019.06.003>.
- Hrdy, S. B., *Mothers and others*, Harvard University Press, 2011.
- Huntington, C., "The empirical turn in family law", *Columbia Law Review*, 118(1), pp. 227-314, 2018.
- Isaacs, M. B., George, C., y Marvin, R. S., "Utilizing attachment measures in child custody evaluations: Incremental validity", *Journal of Child Custody*, 6(1-2), pp. 139-162, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379410902894882>.
- Jacobs, S., "The hidden gender bias behind the best interest of the child standard in custody decisions", *Georgia State University Law Review*, 13(3), pp. 845-902, 1997.
- Jacobvitz, D., Leon, K., y Hazen, N., "Does expectant mothers' unresolved trauma predict frightening/frightened maternal behavior? Risk and protective factors", *Development and Psychopathology*, 18(2),

pp. 363-379, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579406060196>.

Joels, T. y Sagi-Schwartz, A., "Mom, dad, and what about me, I need you both': Facts, myths and hopes in custody disputes", *Din Udvarim [Haifa Law Review]*, 6, pp. 375-404, 2012 [Hebrew].

Juffer, F., Bakermans-Kranenburg, M. J., y van IJzendoorn, M. H., "Pairing attachment theory and social learning theory in video-feedback intervention to promote positive parenting", *Current Opinion in Psychology*, 15, pp. 189-194, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.copsyc.2017.03.012>.

Kalmijn, M., "Father-child contact, interparental conflict, and depressive symptoms among children of divorced parents", *European Sociological Review*, 32(1), pp. 68-80, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/esr/jcv095>.

Kelly, J. B., y Lamb, M. E., "Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children", *Family and Conciliation Court Review*, 38(3), pp. 297-311, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.2000.tb00577.x>.

Kelly, J. B., y Lamb, M. E., "Developmental issues in relocation cases involving young children: When, whether, and how?", *Journal of Family Psychology*, 17(2), pp. 193-205, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0893-3200.17.2.193>.

Kohm, L. M., "Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence", *Journal of Law y Family Studies*, 10, pp. 337-376, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1957143>.

Konijn, C., Admiraal, S., Baart, S., van Rooij, F., Stams, G-J., Colonesi, C., Lindauer, R., y Assink, M., "Foster care placement instability:

- A meta-analytic review", *Children and Youth Services Review*, 96, pp. 483-499, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2018.12.002>.
- Kvarven, A., Strømland, E., y Johannesson, M., "Comparing meta-analyses and preregistered multiple-laboratory replication projects", *Nature Human Behaviour*, 4(4), pp. 423-434, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41562-019-0787-z>.
- Lamb, M. E., "A wasted opportunity to engage with the literature on the implications of attachment research for family court professionals", *Family Court Review*, 50(3), pp. 481-485, 2012. Disponible en: 1617.2012.01463.x.
- Lamb, M. "Does shared parenting by separated parents affect the adjustment of young children?", *Journal of Child Custody*, 15(1), pp. 16-25, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379418.2018.1425105>.
- Lamb, M. E., Sternberg, K. J., y Thompson, R. A., "The effects of divorce and custody arrangements on children's behavior, development, and adjustment", *Family and Conciliation Courts Review*, 35(4), pp. 393-404, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.1997.tb00482.x>.
- Lang, K., Bovenschen, I., Gabler, S., Zimmermann, J., Nowacki, K., Kliewer, J., y Spangler, G., "Foster children's attachment security in the first year after placement: A longitudinal study of predictors", *Early Childhood Research Quarterly*, 36, pp. 269-280, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ecresq.2015.12.019>.
- Lewis, E. E., Dozier, M., Ackerman, J., y Sepulveda-Kozakowski, S., "The effect of placement instability on adopted children's inhibitory control abilities and oppositional behavior", *Developmental*

Psychology, 43(6), pp. 1415-1427, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0012-1649.43.6.1415>.

Lind, T., Raby, K. L., Caron, E. B., Roben, C. K. P., y Dozier, M., "Enhancing executive functioning among toddlers in foster care with an attachment-based intervention", *Development and Psychopathology*, 29(2), pp. 575-586, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579417000190>.

Lindberg, L., Fransson, M., Forslund, T., Springer, L., y Granqvist, P., "Maternal sensitivity in mothers with mild intellectual disabilities is related to experiences of maltreatment and predictive of child attachment: A matched-comparison study", *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 30(3), pp. 445-455, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jar.12300>.

Lionetti, F., Pastore, M., y Barone, L., "Attachment in institutionalized children: A review and meta-analysis", *Child Abuse y Neglect*, 42, pp. 135-145, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2015.02.013>.

Lucassen, N., Tharner, A., Van Ijzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Volling, B. L., Verhulst, F. C., Lambregtse-Van den Berg, y Tiemeier, H., "The association between paternal sensitivity and infant-father attachment security: A meta-analysis of three decades of research", *Journal of Family Psychology*, 25(6), pp. 986-992, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/a0025855>.

Lux, U., y Walper, S., "A systemic perspective on children's emotional insecurity in relation to father: Links to parenting, interparental conflict and children's social well-being", *Attachment y Human Development*, 21(5), pp. 467-484, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1582597>.

- Lyons-Ruth, K., y Jacobvitz, D., "Attachment disorganization from infancy to adulthood: Neurobiological correlates, parenting contexts, and pathways to disorder", en J. Cassidy y P. R. Shaver (3ds.), *Handbook of attachment: Theory, research and clinical applications*, pp. 667-695, Guilford Press, 2016.
- Maaskant, A. M., van Rooij, F. B., Bos, H. M. W., y Hermanns, J. M. A., "The wellbeing of foster children and their relationship with foster parents and biological parents: A child's perspective", *Journal of Social Work Practice*, 30(4), pp. 379-395, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02650533.2015.1092952>.
- Madigan, S., *Beyond the academic silo: Collaboration and community partnerships in attachment research*, Paper presented at the International Attachment Conference, Vancouver, Canada, 2019.
- Madigan, S., Bakermans-Kranenburg, M. J., Van Ijzendoorn, M. H., Moran, G., Pederson, D. R., y Benoit, D., "Unresolved states of mind, anomalous parental behavior, and disorganized attachment: A review and meta-analysis of a transmission gap", *Attachment y Human Development*, 8(2), pp. 89-111, 2006. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616730600774458>.
- Main, M., "Cross-cultural studies of attachment organization: Recent studies, changing methodologies, and the concept of conditional strategies", *Human Development*, 33(1), pp. 48-61, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.1159/000276502>.
- Main, M., y Hesse, E., "Parents' unresolved traumatic experiences are related to infant disorganized attachment status: Is frightened and/or frightening parental behavior the linking mechanism?", en M. T. Greenberg, D. Cicchetti, y E. M. Cummings (eds.), *The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation series on mental health and*

development. Attachment in the preschool years: Theory, research, and intervention, pp. 161-182, University of Chicago Press, 1990.

- Main, M., Hesse, E., y Hesse, S., "Attachment theory and research: Overview with suggested applications to child custody", *Family Court Review*, 49(3), pp. 426-463, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2011.01383.x>.
- Main, M., y Solomon, J., "Discovery of an insecure-disorganized/disoriented attachment pattern", en T. B. Brazelton y M. W. Yogman (eds.), *Affective development in infancy*, pp. 95-124, Ablex Publishing, 1986.
- Marvin, R. S., y Schutz, B. M., "One component of an evidence-based approach to the use of attachment research in child custody evaluations", *Journal of Child Custody*, 6(1-2), pp. 113-138, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15379410902894874>.
- McIntosh, J., "Guest editor's introduction to special issue on attachment theory, separation and divorce: Forging coherent understandings for family law", *Family Court Review*, 49(3), pp. 418-425, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2011.01382.x>.
- McIntosh, J. E., Smyth, B. M., y Kelaher, M., "Overnight care patterns following parental separation: Associations with emotion regulation in infants and young children", *Journal of Family Studies*, 19(3), pp. 224-239, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.5172/jfs.2013.19.3.224>.
- McIntosh, J. E., Smyth, B. M., y Kelaher, M. A., "Responding to concerns about a study of infant overnight care postseparation, with comments on consensus: Reply to Warshak", *Psychology, Public Policy, and Law*, 21(1), pp. 111-119, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/h0101018>.

- Mercer, J., "Conventional and unconventional perspectives on attachment and attachment problems: Comparisons and implications, 2006-2016", *Child and Adolescent Social Work Journal*, 36(2), pp. 81-95, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10560-017-0511-7>.
- Mesman, J., Van IJzendoorn, M. H., y Sagi-Schwartz, A., "Cross-cultural patterns of attachment: Universal and contextual dimensions", en J. Cassidy y P. Shaver (eds.) *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 852-877, Guilford Press, 2016.
- Mnookin, R. H., "Child-custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy", *Law y Contemporary Problems*, 39(3), pp. 226-293, 1975. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1191273>.
- Mnookin, R., "Child custody revisited", *Law y Contemporary Problems*, 77(1), pp. 249-274, 2014.
- Mooya, H., Sichimba, F., y Bakermans-Kranenburg, M., "Infant-mother and infant-sibling attachment in Zambia", *Attachment y Human Development*, 18(6), pp. 618-635, 2016. Disponible en: <https://doi-org.ezproxy.its.uu.se/10.1080/14616734.2016.1235216>.
- Moss, E., Dubois-Comtois, K., Cyr, C., Tarabulsy, G. M., St-Laurent, D., y Bernier, A., "Efficacy of a home-visiting intervention aimed at improving maternal sensitivity, child attachment, and behavioral out-comes for maltreated children: A randomized control trial", *Development and Psychopathology*, 23(1), pp. 195-210, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579410000738>.
- Neal, T. M., Slobogin, C., Saks, M. J., Faigman, D. L., y Geisinger, K. F., "Psychological assessments in legal contexts: Are courts keeping 'junk science' out of the courtroom?", *Psychological Science in the Public Interest*, 20(3), pp. 135-164, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1529100619888860>.

- Newton, R. R., Litrownik, A. J., y Landsverk, J. A., "Children and youth in foster care: disentangling the relationship between problem behaviors and number of placements", *Child Abuse & Neglect*, 24(10), pp. 1363-1374, 2000. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0145-2134\(00\)00189-7](https://doi.org/10.1016/S0145-2134(00)00189-7).
- Nicolini, D., Mengis, J., y Swan, J., "Understanding the role of objects in cross-disciplinary collaboration", *Organization Science*, 23(3), pp. 612-629, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1287/orsc.1110.0664>.
- Nielsen, L., "Woozles: Their role in custody law reform, parenting plans, and family court", *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(2), pp. 164-180, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000004>.
- North, G., "Assessing for bruises on the soul: Identifying and evidencing childhood emotional abuse", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 41(3), pp. 302-320, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/09649069.2019.1627086>.
- Oosterman, M., y Schuengel, C., "Autonomic reactivity of children to separation and reunion with foster parents", *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 46(9), pp. 1196-1203, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1097/chi.0b013e3180ca839f>.
- Oosterman, M., Schuengel, C., Slot, N. W., Bullens, R. A., y Doreleijers, T. A., "Disruptions in foster care: A review and meta-analysis", *Children and Youth Services Review*, 29(1), pp. 53-76, 2007. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2006.07.003>.
- Owen, M. T., y Cox, M. J., "Marital conflict and the development of infant-parent attachment relationships", *Journal of Family Psychology*,

11(2), pp. 152-164, 1997. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0893-3200.11.2.152>.

Padrón, E., Carlson, E. A., y Sroufe, L. A., "Frightened versus not frightened disorganized infant attachment: Newborn characteristics and maternal caregiving", *American Journal of Orthopsychiatry*, 84(2), pp. 201-208, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/h0099390>.

Palacios, J., Adroher, S., Brodzinsky, D. M., Grotevant, H. D., Johnson, D. E., Juffer, F., Martinez-Mora, L., Muhamedrahimov, R. J., Selwyn, J., Simmonds, J., y Tarren-Sweeney, M., "Adoption in the service of child protection: An international interdisciplinary perspective", *Psychology, Public Policy, and Law*, 25(2), pp. 57-72, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000192>.

Palacios, J., Rolock, N., Selwyn J., y Barbosa-Ducharme, M., "Adoption breakdown: Concept, research and implications", *Research on Social Work Practice*, 29(2), pp. 130-142, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1049731518783852>.

Pederson, D., y Moran, G., "A categorical description of infant-mother relationships in the home and its relation to Q-sort measures of infant-mother interaction", *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 60(2-3), pp. 111-132, 1995. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1166174>.

Pederson, D. R., Moran, G., Sitko, C., Campbell, K., Ghesquire, K., y Acton, H., "Maternal sensitivity and the security of infant-mother attachment: A Q-sort study", *Child Development*, 61(6), pp. 1974-1983, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1130851>.

Posada, G., Lu, T., Trumbell, J., Kaloustian, G., Trudel, M., Plata, S., Peña, P., Perez, J., Tereno, S., Dugravier, R., Coppola, G., Costantini, A.,

- Cassibba, R., Kondo-Ikemura, K., Noblega, M., Haya, M. I., Pedraglio, C., Verissimo, M., Santos, ... Lay, K. L., "Is the secure base phenomenon evident here, there, and anywhere? A cross-cultural study of child behavior and experts' definitions", *Child Development*, 84(6), pp. 1896-1905, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdev.12084>.
- Posada, G., Trumbell, J., Noblega, J., Plata, S., Peña, P., y Carbonell, O. A., "Maternal sensitivity and child secure base use in early childhood: Studies in different cultural contexts", *Child Development*, 87(1), pp. 297-311, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/cdev.12454>.
- Pruett, M. K., Cowan, C. P., Cowan, P. A., Pradhan, L., Robins, S., y Pruet, K. D., "Supporting father involvement in the context of separation and divorce", en L. Drozd, M. Saini, y N. Olesen (eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court*, pp. 85-117, Oxford University Press, 2016.
- Raub, J. M., Carson, N. J., Cook, B. L., Wyshak, G., y Hauser, B. B., "Predictors of custody and visitation decisions by a family court clinic", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, 41(2), pp. 206-218, 2013.
- Reijman, S., Foster, S., y Duschinsky, R., "The infant disorganised attachment classification: 'Patterning within the disturbance of coherence'", *Social Science y Medicine*, 200, pp. 52-58, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2017.12.034>.
- Robertson, L., y Broadhurst, K., "Introducing social science evidence in family court decision-making and adjudication: Evidence from England and Wales", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 33(2), pp. 181-203, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz002>.

Sagi, A., van IJzendoorn, M. H., Aviezer, O., Donnell, F., y Maysseless, O., "Sleeping out of home in a kibbutz communal arrangement: It makes a difference for infant-mother attachment", *Child Development*, 65(4), pp. 992-1004, 1994. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1131299>.

Sallnäs, M., Vinnerljung, B., y Kyhle Westermark, K., "Breakdown of teen-age placements in Swedish foster and residential care", *Child y Family Social Work*, 9(2), pp. 141-152, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1365-2206.2004.00309.x>.

Salter, E. K., "Deciding for a child: A comprehensive analysis of the best interest standard", *Theoretical Medicine and Bioethics*, 33(3), pp. 179-198, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11017-012-9219-z>.

Saunders, R., Jacobvitz, D., Zaccagnino, M., Beverung, L., y Hazen, N., "Pathways to earned-security: The role of alternative support figures", *Attachment & Human Development*, 13(4), pp. 403-420, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2011.584405>.

Schneider, C. E., "Discretion, rules, and law: Child custody and the UMDA's best-interest standard", *Michigan Law Review*, 89(8), pp. 2215-2298, 1991. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1289368>.

Schoemaker, N. K., Wentholt, W. G., Goemans, A., Vermeer, H. J., Juffer, E., y Alink, L. R., "A meta-analytic review of parenting interventions in foster care and adoption", *Development and Psychopathology*, 32(3), pp. 1149-1172, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579419000798>.

Schofield, G., y Walsh, J., "Young carers-or children in need of care? Decision making for children of parents with mental health problems", *Child y Family Law Quarterly*, 22, pp. 223-233, 2010.

Schore, A., y McIntosh, J., "Family law and the neuroscience of attachment", *Family Court Review*, 49(3), pp. 501-512. 2011. Disponible en: 1617.2011.01387.x.

Schuengel, C., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Van IJzendoorn, M. H., "Frightening maternal behavior linking unresolved loss and disorganized infant attachment", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 67(1), pp. 54-63, 1999. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/0022-006X.67.1.54>.

Scott, E. S., y Emery, R. E., "Gender politics and child custody: The puzzling persistence of the best-interest standard", *Law y Contemporary Problems*, 77(1), pp. 69-108, 2014.

Scott, S., Briskman, J., Woolgar, M., Humayun, S., y O'Connor, T. M., "Attachment in adolescence: Overlap with parenting and unique prediction of behavioural adjustment", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 52(10), pp. 1052-1062, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1469-7610.2011.02453.x>.

Shemmings, D., "Why social workers shouldn't use 'attachment' in their records and reports", *Community Care*, 2018. Disponible en: [cords-reports/](https://www.communitycare.co.uk/2018/05/24/attachment-theory-in-social-work-records/).

Shemmings, D., y Shemmings, Y., *Understanding disorganized attachment: Theory and practice for working with children and adults*, Jessica Kingsley Publishers, 2011.

Simpson, J., y Belsky, J., "Attachment theory within a modern evolutionary framework", en J. Cassidy y P. Shaver (eds.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, pp. 91-116 Guilford Press, 2016.

Skivenes, M., y Sørdsal, L. M., "The child's best interest principle across child protection jurisdictions", en A. Falch-Eriksen y E. Backe-

Hansen (eds.), *Human rights in child protection*, pp. 59-88, Palgrave Macmillan, 2018.

Smith, G., Coffino, B., Van Horn, P., y Lieberman, A., "Attachment and child custody: The importance of available parents", en K. Kuehne y L. Drozd (eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court*, pp. 5-24, Oxford University Press, 2012.

Smyke, A. T., Zeanah, C. H., Gleason, M. M., Drury, S. S., Fox, N. A., Nelson, C. A., y Guthrie, D., "A randomized controlled trial comparing foster care and institutional care for children with signs of reactive attachment disorder", *American Journal of Psychiatry*, 169(5), pp. 508-514, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1176/appi.ajp.2011.11050748>.

Solomon, J., "An attachment theory framework for planning infant and toddler visitation", en L. Gunsberg y P. Hymowitz (eds.), *Handbook of divorce and custody*, pp. 259-278, Routledge, 2013.

Solomon, J., Duschinsky, R., Bakkum, L., y Schuengel, C., "Toward an architecture of attachment disorganization: John Bowlby's published and unpublished reflections", *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 22(4), pp. 539-560, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1359104517721959>.

Solomon, J., y George, C., "The development of attachment in separated and divorced families: Effects of overnight visitation, parent, and couple variables", *Attachment & Human Development*, 1(1), pp. 1-33, 1999. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616739900134011>.

Solomon, J., y George, C., "Disorganization of maternal caregiving across two generations", en J. Solomon y C. George (eds.), *Disorganized attachment and caregiving*, pp. 25-51, Guilford Press, 2011.

- Spangler, G., Fremmer-Bombik, E., y Grossmann, K., "Social and individual determinants of infant attachment security and disorganization", *Infant Mental Health Journal*, 17(2), pp. 127-139, 1996. Disponible en: [https://doi.org/10.1002/\(SIC 1\)1097-0355\(199622\)17:2<127::AID-IMHJ3>3.0.CO;2-N](https://doi.org/10.1002/(SIC 1)1097-0355(199622)17:2<127::AID-IMHJ3>3.0.CO;2-N).
- Spieker, S. J., y Crittenden, P. M., "Can attachment inform decision-making in child protection and forensic settings?", *Infant Mental Health Journal*, 39(6), pp. 625-641, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21746>.
- Sroufe, A., y McIntosh, J., "Divorce and attachment relationships: The longitudinal journey", *Family Court Review*, 49(3), pp. 464-473, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2011.01384.x>.
- Star, S. L., "This is not a boundary object: Reflections on the origin of a concept", *Science, Technology, & Human Values*, 35(5), pp. 601-617, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0162243910377624>.
- Steele, H., Murphy, A., Bonuck, K., Meissner, P., y Steele, M. (2019). Randomized control trial report on the effectiveness of Group Attachment-Based Intervention (GABI©): Improvements in the parent-child relationship not seen in the control group. *Development and Psychopathology*, 31(1), 203-217. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579418001621>
- Steele, H., y Steele, M. (eds.), *Handbook of attachment-based interventions*, Guilford Press, 2017.
- Steinbach, A., "Children's and parents' well-being in joint physical custody: A literature review", *Family Process*, 58(2), pp. 353-369, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/famp.12372>.

Stovall, K. C., y Dozier M., "The development of attachment in new relationships: Single subject analyses for ten foster infants", *Development and Psychopathology*, 12(2), pp. 133-156, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579400002029>.

Stronach, E. P., Toth, S. L., Rogosch, F., y Cicchetti, D., "Preventive interventions and sustained attachment security in maltreated children", *D&P*, 25, pp. 919-930, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579413000278>.

Swedish National Board of Health and Welfare, *Grund-bok i BBIC–Barns Behov i Centrum*, 2018. Disponible en: [-balassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2018-10-20.pdf](https://www.svepubl.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2018-10-20.pdf).

Swedish National Board of Health and Welfare, *Metodstöd för BBIC*, 2018. Disponible en: <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2018-10-21.pdf>.

Tan, E. S., McIntosh, J. E., Kothe, E. J., Opie, J. E., y Olsson, C. A., "Couple relationship quality and offspring attachment security: A systematic review with meta-analysis", *Attachment y Human Development*, 20(4), pp. 349-377, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2017.1401651>.

The National People's Congress of the People's Republic of China, "Divorce", en *Civil Code of the People's Republic of China* (Chapter 4, § 1084 y 1086), 2020. Disponible en: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/75ba6483b8344591abd07917e1d25cc8.shtml>.

The Supreme People's Court of the People's Republic of China, "A number of specific opinions on the handling of child-rearing issues in divorce cases by the People's Courts", *Bulletin of the Supreme People's Court of the People's Republic of China*, (84), 1993. Disponible en: <http://gongbao.court.gov.cn/Details/fe2716845ec32262402a-5b14754eef.html>.

- Tornello, S. L., Emery, R., Rowen, J., Potter, D., Ocker, B. y Xu, Y., "Overnight custody arrangements, attachment, and adjustment among very young children", *Journal of Marriage and Family*, 75(4), pp. 871-885, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/jomf.12045>.
- Toussaint, E., Florin, A., Schneider, B., y Bacro, F., "Les problèmes de comportement, les représentations d'attachement et le parcours de placement d'enfants relevant de la protection de l'enfance", *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, 66(6), pp. 335-343, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.neurenf.2018.07.011>.
- Umemura, T., y Jacobvitz, D. B., "Nonmaternal care hours and temperament predict infants' proximity-seeking behavior and attachment subgroups", *Infant Behavior and Development*, 37(3), pp. 352-365, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.infbeh.2014.05.007>.
- Umemura, T., Jacobvitz, D., Messina, S., y Hazen, N., "Do toddlers prefer the primary caregiver or the parent with whom they feel more secure? The role of toddler emotion", *Infant Behavior and Development*, 36(1), pp. 102-114, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.infbeh.2012.10.003>.
- UN General Assembly, Convention on the rights of the child, *United Nations Treaty Series*, 1577, 1989.
- USDHHS, *Determining the best interests of the child: State statutes child welfare information gateway*, 2016.
- Van der Asdonk, S., de Haan, W. D., van Berkel, S. R., van IJzendoorn, M. H., Rippe, R. C. A., Schuengel, C., Kuiper, C., Lindauer, R. J. L., Overbeek, M., y Alink, L. R. A., "Effectiveness of an attachment-based intervention for the assessment of parenting capacities in maltreating families: A randomized controlled trial", *Infant Mental Health Journal*, 41(6), pp. 821-835, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21874>.

- Van den Dries, L., Juffer, F., Van IJzendoorn, M. H., y Bakermans-Kranenburg, M. J., "Fostering security? A meta-analysis of attachment in ad-adopted children", *Children and Youth Services Review*, 31(3), pp. 410-421, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2008.09.008>.
- Van IJzendoorn, M. H., "Attachment in social networks: Toward an evolutionary social network model", *Human Development*, 48(1-2), pp. 85-88, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1159/000083218>.
- Van IJzendoorn, M. H., "Commentary: Addressing the replication and translation crises taking one step forward, two steps back? A plea for slow experimental research instead of fast "participatory" studies", en S. Hein y J. Weeland (eds.), *Randomized controlled trials (RCTs) in clinical and community settings: Challenges, alternatives and supplementary designs. New Directions for Child and Adolescent Development*, 167, pp. 133-140, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/cad.20308>.
- Van IJzendoorn, M. H., y Bakermans-Kranenburg, M. J., "Integrating temperament and attachment", en M. Zentner y R. L. Shiner (eds.), *Handbook of temperament*, pp. 403-424, Guilford Press, 2012.
- Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., Goldman, P. S., Fox, N. A., Gunnar, M. R., Johnson, D. E., Nelson, C. A., Reijman, S., Skinner, G. C. M., Zeanah, C. H., y Sonuga-Barke, E. J. S., "Institutionalisation and deinstitutionalisation of children I: A systematic and integrative review of evidence regarding effects on development", *The Lancet Psychiatry*, 7(8), pp. 703-720, 2020. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(19\)30399-2](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(19)30399-2).
- Van IJzendoorn, M. H., Bakermans-Kranenburg, M. J., Duschinsky, R., y Skinner, G. C. M., "Legislation in search of "good-enough" care

- arrangements for the child: A quest for continuity of care", en J. G. Dwyer (ed.), *The Oxford handbook of children and the law*, Oxford University Press, 2019.
- Van IJzendoorn, M. H., Bakermans, J. J., Steele, M., y Granqvist, P., "Diagnostic use of Crittenden's attachment measures in Family Court is not beyond a reasonable doubt", *Infant Mental Health Journal*, 39(6), pp. 642-646, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21747>.
- Van IJzendoorn, M. H., Sagi, A., y Lambermon, M. W. E., "The multiple caregiver paradox: Data from Holland and Israel", *New Directions for Child Development*, 57, pp. 5-25, 1992. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/cd.23219925703>.
- Van IJzendoorn, M. H., Schuengel, C., y Bakermans-Kranenburg, M. J., "Disorganized attachment in early childhood: Meta-analysis of precursors, concomitants, and sequelae", *Development and Psychopathology*, 11(2), pp. 225-250, 1999. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0954579499002035>.
- Van IJzendoorn, M. H., Steele, M., y Granqvist, P., "On exactitude in science: A map of the empire the size of the empire", *Infant Mental Health Journal*, 39(6), 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/imhj.21751>.
- Van IJzendoorn, M. H., Vereijken, C. M., Bakermans-Kranenburg, M. J., y Marianne Riksen-Walraven, J., "Assessing attachment security with the attachment Q sort: Meta-analytic evidence for the validity of the observer AQS", *Child Development*, 75(4), pp. 1188-1213, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2004.00733.x>.
- Vaughn, B. E., Posada, G., y Verissimo, M., "Secure base scripts and social competence in preschool children", *Attachment & Human*

Development, 21(3), 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14616734.2019.1575545>.

Warshak, R. A., "Social science and parenting plans for young children: A consensus report", *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(1), pp. 46-67, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1037/law0000005>.

Waters, E., y Deane, K. E., "Defining and assessing individual differences in attachment relationships: Q-methodology and the organization of behavior in infancy and early childhood", *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 50(1-2), pp. 41-65, 1985. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-8624.00176>.

Waters, E., Merrick, S., Treboux, D., Crowell, J., y Albersheim, L., "Attachment security in infancy and early adulthood: A twenty-year longitudinal study", *Child Development*, 71(3), pp. 684-689, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1467-8624.00176>.

White, S., Gibson, M., Wastell, D. y Walsh, P., *Reassessing attachment theory in child welfare*, Psychology Press, 2019.

Wilkins, D., "Disorganized attachment indicates maltreatment: How is this link useful for child protection social workers?", *Journal of Social Work Practice*, 26(1), pp. 15-30, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02650533.2011.598228>.

Wilkins, D., "Disorganized attachment does not indicate child maltreatment", *Journal of Social Work Practice*, 35(2), pp. 219-220, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02650533.2020.1787364>.

Winnicott, D. W., *Playing and reality*, Tavistock Publications Limited, 1971.

Woolgar M., y Baldock E., "Attachment disorders versus more common problems in looked after and adopted children: Comparing

community and expert assessments", *Child and Adolescent Mental Health*, 20(1), pp. 34-40, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/camh.12052>.

Wulczyn, F., Kogan, J., y Harden, B. J., "Placement stability and movement trajectories", *Social Service Review*, 77(2), pp. 212-236, 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/373906>.

Wulczyn, F., y Zimmerman, E., "Sibling placements in longitudinal perspective", *Children and Youth Services Review*, 27(7), pp. 741-763, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2004.12.017>.

Zeanah, C. H., Cheshier, T., Boris, N. W., Walter, H. J., Bukstein, O. G., Bellonci, C., Benson, S., Bussing, R., Chrisman, A., Hamilton, J., Hayek, M., Keable, H., Rockhill, C., Siegel, M., y Stock, S., "Practice parameter for the assessment and treatment of children and adolescents with reactive attachment disorder and disinhibited social engagement disorder", *Journal of the American Academy of Child y Adolescent Psychiatry*, 55(11), pp. 990-1003, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.jaac.2016.08.004>.

Zeanah, C. H., Larrieu, J. A., Heller, S. S., y Valliere, J., "Infant-parent relationship assessment", en C. H. Zeanah (ed.), *Handbook of infant mental health*, pp. 222-235, Guilford Press, 2000.

Zeanah, C. H., Smyke, A. T., Koga, S. F., Carlson, E., y Bucharest Early Intervention Project Core Group, "Attachment in institutionalized and community children in Romania", *Child Development*, 76(5), pp. 1015-1028, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2005.00894.x>.

Zimmermann, P., "Bindung an den Vater: Eine andere Bindung? [Attachment to father: A different attachment?]", en P. Zimmermann y

G. Spangler (eds.), *Feinfühliges Herausforderung: Bindung in Familie, Kita, Kinderheim und Jugendhilfe*, pp. 191-206, Psychosozial-Verlag, 2017.

Filiación de autores y autoras

Tommie Forslund

Department of Psychology, Stockholm University, Stockholm, Sweden;
SUF Resource Center, Region Uppsala, Uppsala, Sweden.

Pehr Granqvist

Department of Psychology, Stockholm University, Stockholm, Sweden.

Marinus H. van Ijzendoorn

Department of Psychology, Education and Child Studies, Erasmus University Rotterdam, Rotterdam, The Netherlands.

Avi Sagi-Schwartz

School of Psychological Sciences and Center of the Study of Child Development, University of Haifa, Haifa, Israel.

Danya Glaser

Great Ormond Street Hospital, London, UK; Department of Clinical, Educational and Health Psychology, University College London, London, UK.

Miriam Steele

Psychology Department, The New School, New York, NY, USA.

Mårten Hammarlund

Department of Psychology, Stockholm University, Stockholm, Sweden.

Carlo Schuengel

Faculty of Behavioural and Movement Sciences, Clinical Child and Family Studies, Vrije Universiteit Amsterdam, The Netherlands.

Marian J. Bakermans-Kranenburg

Faculty of Behavioural and Movement Sciences, Clinical Child and Family Studies, Vrije Universiteit Amsterdam, The Netherlands.

Howard Steele

Psychology Department, The New School, New York, NY, USA.

Phillip R. Shaver

University of California, Davis, CA, USA.

Ulrike Lux

Department Families and Family Policies, German Youth Institute, Munich, Germany.

John Simmonds

British Association for Adoption and Fostering at Coram (CoramBAAF), London, UK.

Deborah Jacobvitz

Department of Human Development and Family Sciences, University of Texas at Austin, USA.

Ashley M. Groh

Department of Psychology, University of Missouri-Columbia, USA.

Kristin Bernard

Department of Psychology, Stony Brook University, New York, USA.

Chantal Cyr

Département de Psychologie, Université du Québec à Montréal, Québec, Canada.

Nancy L. Hazen

Department of Human Development and Family Sciences, University of Texas at Austin, USA.

Sarah Foster

Department of Social Work, Education and Community Wellbeing, Northumbria University, Newcastle, UK.

Elia Psouni¹⁷,

Department of Psychology, Lund University, Sweden.

Philip A. Cowan¹⁸,

Department of Psychology, University of California, Berkeley, USA.

Carolyn Pape Cowan

Department of Psychology, University of California, Berkeley, USA.

Anne Rifkin-Graboi¹⁹,

Singapore Institute for Clinical Sciences (SICS, Agency for Science and Technology (A*STAR), Singapore.

David Wilkins

School of Social Sciences, Cardiff University, UK.

Blaise Pierrehumbert

University of Lausanne, Switzerland.

George M. Tarabulsy

School of Psychology, Laval University, Québec City, Canada.

Rodrigo A. Cárcamo

Departamento de Psicología, Universidad de Magallanes, Punta Arenas, Chile.

Zhengyan Wang

Research Centre for Child Development, Beijing Key Laboratory of Learning and Cognition, School of Psychology, Capital Normal University, Beijing, China.

Xi Liang

Research Centre for Child Development, Beijing Key Laboratory of Learning and Cognition, School of Psychology, Capital Normal University, Beijing, China.

Maria Kázmierczak

Institute of Psychology, Faculty of Social Sciences, University of Gdansk, Poland.

Paulina Pawlicka

Institute of Psychology, Faculty of Social Sciences, University of Gdansk, Poland.

Lilian Ayiro

Department of Educational Psychology, Maseno University, Kisumu, Kenya.

Tamara Chansa

Department of Psychology, University of Zambia, Lusaka, Zambia.

Francis Sichimba

Department of Psychology, University of Zambia, Lusaka, Zambia.

Haatembo Mooya

Department of Psychology, University of Zambia, Lusaka, Zambia.

Loyola McLean

Brain and Mind Centre, Faculty of Medicine and Health, The University of Sydney, Australia.

Manuela Verissimo

William James Center for Research, ISPA-Instituto Universitário, Lisboa, Portugal.

Sonia Gojman-de-Millán

Centro de investigación del Seminario de Sociopsicoanálisis, Ciudad de México, México.

Marlene M. Moretti

Department of Psychology, Simon Fraser University, Vancouver, Canada.

Fabien Bacro

Faculté de Psychologie, Université de Nantes, France.

Mikko J. Peltola

Human Information Processing Laboratory, Psychology, Faculty of Social Sciences, Tampere University, Finland.

Megan Galbally

College of Science, Health, Education and Engineering, Murdoch University, Australia; School of Medicine, University of Notre Dame, Fremantle, Australia; King Edward Memorial Hospital, Subiaco, Australia.

Kiyomi Kondo-Ikemura

Department of Psychology, Teikyo University, Tokyo, Japan.

Kazuko Y. Behrens

Department of Social & Behavioral Sciences, State University of New York Polytechnic Institute, Utica, New York, USA.

Stephen Scott³⁹,

Institute of Psychiatry, Psychology and Neuroscience, Kings's College London, UK.

Andrés Fresno Rodríguez

Departamento de Psicología, Universidad de Talca, Chile.

Rosario Spencer

Departamento de Psicología, Universidad de Talca, Chile.

Germán Posada

Department of Human Development and Family Studies, Purdue University, West Lafayette, USA.

Rosalinda Cassibba

Department of Educational Sciences, Psychology, Communication, University of Bari, Italy.

Neus Barrantes-Vidal

Departament de Psicologia Clínica i de la Salut, Universitat Autònoma de Barcelona, España; Sant Pere Claver-Fundació Sanitària, Barcelona, España; Centro de Investigación Biomédica en Red Salud Mental (CIBERSAM), Barcelona, España.

Jesús Palacios

Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación, Universidad de Sevilla, España.

Lavinia Barone

Department of Brain and Behavioral Sciences, Lab of Attachment and Parenting-LAG, University of Pavia, Italy.

Sheri Madigan⁴

Department of Psychology, University of Calgary, Canada; Alberta Children's Hospital Research Institute, Calgary, Canada.

Karen Mason-Jones

Center for Health & Community, University of California, USA.

Sophie Reijman

Department of Public Health and Primary Care, University of Cambridge, UK.

Femmie Juffer

Centre for Child and Family Studies, Leiden University, The Netherlands.

R. Pasco Fearon

Research Department of Clinical, Educational and Health Psychology, University College London, UK.

Annie Bernier

Département de Psychologie, Université de Montréal, Canada.

Dante Cicchetti

Institute of Child Development and Department of Psychiatry, University of Minnesota, USA.

Glenn I. Roisman

Institute of Child Development, University of Minnesota, USA.

Jude Cassidy

Department of Psychology, University of Maryland, USA

Heinz Kindler

German Youth Institute, Munich, Germany.

Peter Zimmerman

Department of Psychology/Developmental Psychology, University of Wuppertal, Germany.

Ruth Feldman

Baruch Ivcher School of Psychology, Interdisciplinary Center, Herzliya, Israel; Child Study Center, Yale University, USA.

Gottfried Spangle

Department of Psychology, Friedrich-Alexander-University of Erlangen-Nuremberg, Erlangen, Germany.

Charles H. Zeanah

Institute of Infant and Early Childhood Mental Health, Tulane University School of Medicine, New Orleans, USA.

Mary Dozier

Department of Psychological and Brain Sciences, University of Delaware, USA.

Jay Belsky

Department of Human Ecology, University of California, USA.

Michael E. Lamb

Department of Psychology, University of Cambridge, UK.

Robbie Duschinsky

Department of Psychology, University of Cambridge, UK.

CAPÍTULO 4

Aportaciones del trabajo social forense en los litigios civiles en los ámbitos de familia y salud, aportaciones desde Catalunya (España)

Eva Giralt*

* Trabajadora social forense. Consultora máster universitario de Trabajo Social Sanitario. Estudios de Ciencias de la Salud, UOC. Docente en el Postgrado de Peritaje Social de la Universitat de Vic. Miembro de la Comisión de Garantías y Evaluación de la Eutanasia de la Generalitat de Catalunya. Coordinadora de la Comisión de Trabajo Social Forense del Colegio Oficial de Trabajo Social de Cataluña. Miembro de la Junta de la Asociación Nacional Española de Trabajo Social en Ejercicio Libre. Miembro de la Comisión de Infancia y Familia del Colegio Oficial de Trabajo Social de Cataluña.

SUMARIO: A. Sobre el trabajo social forense en España; B. El trabajo social forense en los litigios en rupturas familiares con niños, niñas y adolescentes. C. El trabajo social forense en los en la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; I. Antecedentes de la Ley 8/2021; II. Nuevo escenario para las personas con discapacidad como consecuencia de la Ley 8/2021; III. El trabajo social forense y la Ley 8/2021; D. Metodología en el trabajo social forense. Paquete técnico; E. Conclusiones.

El trabajo social forense es la aplicación de la disciplina del trabajo social a interrogantes del proceso judicial en el ámbito civil, penal y administrativo mediante el diagnóstico social. Es un medio de prueba para evaluar la condición individual, familiar, económica y sociocultural de una persona en una situación determinada para un proceso judicial, determinando, si es el caso, el daño social.

La práctica socio forense supone la sistematización de la información de hechos o actos obtenidos con consecuencias jurídicas directas o indirectas de la intervención de la voluntad de los sujetos jurídicos, a través de sus opiniones fundadas y motivadas sobre su interpretación profesional con toda la rigurosidad a partir de la metodología de trabajo social requerida, actividad única y exclusiva de las y los profesionales graduados en trabajo social.¹

¹ Bautista Bautista, C., Castro Guerrero, S. N. y Aguillón León, I., *El peritaje social en México: responsabilidad ético-moral, penal y civil de Trabajo Social en el desempeño de funciones periciales desde el secreto profesional*, México, Consejo Editorial UA del Estado de Hidalgo, 2021, pp. 153-197.

Por tanto, el peritaje social permite hacer un estudio en profundidad sobre la persona y su entorno, explorando aquellos sistemas en los cuales interacciona el sujeto, con la finalidad de completar el vaciado de la información del expediente judicial aplicando las técnicas y herramientas científicas propias de la disciplina, evaluando técnicamente los resultados y emitiendo un dictamen.

La práctica socioforense en España se realiza tanto por la vía pública, mediante equipos de asesoramiento técnico propios de juzgados, como por la vía privada y el libre ejercicio de la profesión, lo que se denomina perito de parte.

A. Sobre el trabajo social forense en España

Ya en 1917, Richmond² se refería a los tribunales y hospitales como lugar de ejercicio del trabajo social. Las primeras experiencias del trabajo social con el sistema judicial se enmarcan en la *probatio*, siendo ésta la medida aplicada a los y las jóvenes anglosajones similar a la medida de libertad vigilada que se ejerce hoy en los juzgados de personas menores de edad españoles. Ya entonces se remarcaba la dificultad de ejercer la profesión en un ámbito ajeno al trabajo social clásico y lo definía así:

Los tribunales modernos recurren a los especialistas de determinadas disciplinas no ya como testigos expertos citados por la acusación o la defensa para demostrar [...] sino como asesores imparciales del propio tribunal que no sirven a ninguno de los dos bandos de una causa o controversia, sino que tratan de buscar el punto de posible encuentro entre los intereses de la sociedad y los del individuo en cuestión.³

Concretamente en España sucedió algo similar, como explica Pilar Ruiz cuando remarca que los y las profesionales del trabajo social ya en 1931

² Richmond, M., *El caso social Individual. El diagnóstico social. Textos seleccionados*, Madrid, Talasa, 1995.

³ *Op. cit.*, pp. 157-158.

intervenían en los tribunales de menores perteneciente al Consejo Superior de Protección de Menores de la época. "Las funciones que se ejercían desde nuestra disciplina eran la de estudio, tratamiento, apoyo y control en las cuestiones de protección y reforma de menores de edad que hubieran sido condenados por delito".⁴

Pero el nacimiento moderno del trabajo social forense en España tiene lugar con la Ley 30/81, que regula la forma en que las personas españolas podían separarse, divorciarse o anular su matrimonio, desarrollando los artículos 32 y 39 de la Constitución Española de 1978. La manera como las personas iban a separar sus caminos le pareció al legislador, y a la administración de justicia del momento, que podía generar espacios de desigualdad y conflicto en los cuales se vieran perjudicadas personas vulnerables. De ahí la necesidad de situar a profesionales del trabajo social en ese camino de vulnerabilidad.⁵

Desde entonces y hasta la actualidad el trabajo social forense se ha ido haciendo hueco en los juzgados españoles, siendo reconocido como una disciplina indispensable al dar luz a los magistrados para la decisión de litigios familiares en sus inicios, y penales o administrativos posteriormente. Formando parte de los equipos psicosociales en las jurisdicciones de familia, vigilancia penitenciaria, soporte a la discapacidad, violencia de género y penal, los y las profesionales del trabajo social forense han desarrollado la práctica de la probatoria notablemente, aunque falta mucho recorrido en el desarrollo teórico de la profesión si lo comparamos con el trabajo implementado, asignatura pendiente en este país.

Es necesario apuntar en este texto que en España hay un sistema político organizado en comunidades autónomas, las cuales cuentan con competencias propias en numerosas materias y ámbitos. Bien es cierto que

⁴ Ruiz Rodríguez, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio oficial de Trabajadores sociales de Málaga, 2013, p. 19.

⁵ Soto, R., *El trabajo social forense. M1: Breve historia moderna del trabajo social forense en España. La razón de ser del trabajo social forense. La distinción entre los roles de perito y de figura auxiliar de lo judicial. Su ejercicio en los juzgados españoles*, Madrid, Consejo General de Trabajo Social, 2020, pp. 1-3.

ámbitos como la salud, la justicia o la seguridad social son competencia del Estado central, la gestión de algunos servicios y sus procedimientos son competencia de la comunidad autónoma. En el caso del sistema judicial y Catalunya, los equipos de asesoramiento técnico de los juzgados, así como los y las peritos de oficio, dependen y son competencia del Gobierno de la Comunidad, es decir, la Generalitat de Catalunya, tanto en la gestión del personal, como en la presupuestaria y de procedimientos. En cambio, todo lo referente a los procedimientos judiciales y estructura judicial, así como su personal —jueces, magistrados y fiscales— dependen y son competencia del Estado central. Es importante esta apreciación porque cuando en este texto se mencione en algún momento a los equipos de asesoramiento técnico, se referirá a la organización y características propias de la comunidad autónoma de Catalunya. También, por regla general, salvo que se especifique que es en el ámbito nacional, las experiencias y procedimientos citados corresponden a prácticas realizadas en la Comunidad Autónoma de Catalunya.

El Trabajo Social Forense en España tiene tres modalidades:

- 1) El trabajador o la trabajadora social que interviene como perito en los equipos interdisciplinares dentro de la administración de justicia actuando a petición del juez o tribunal. Son profesionales que dependen de la propia administración como EATAF (Equipos de Asesoramiento Técnico de Atención a la Familia) y los EATP (Equipos de Asesoramiento Técnico Penal).
- 2) El trabajador o la trabajadora social que interviene como perito de oficio gestionada desde los juzgados a demanda de éstos o de alguna de las partes.
- 3) La perita o el perito extrajudicial o privado, que es quien responde a una demanda privada y directa hecha por alguna de las partes implicadas en un litigio aportando un estudio en profundidad sobre la persona y su entorno y explorando todos aquellos sistemas con los cuales interacciona el sujeto con el fin de emitir un

dictamen y completar el expediente judicial. Esta modalidad amplía considerablemente los ámbitos de actuación, y aumenta la aportación de elementos importantes y genuinos de la profesión que facilitan la toma de decisiones.

Los ámbitos en los que un peritaje social forense es necesario se incluyen en litigios de lo civil, penal, administrativo y social.⁶

Ámbito civil

Familia. Es el ámbito más conocido y habitual en el que el peritaje social forense es utilizado. Comprende divorcios matrimoniales, régimen de visitas, pensiones alimentarias, procesos de guarda y custodia, adopciones o modificaciones de la capacidad. Pero también existen otros casos, como emancipaciones, cambios de sexo o cualquier situación en que la víctima es menor de edad y se vea afectada en sus condiciones personales, familiares, económicas o de habitabilidad en que debería ser imprescindible el peritaje social.

Salud. Soporte a la discapacidad para la capacidad jurídica, abortos, cambios de sexo, negligencias médicas, accidentes de tráfico. Estos supuestos comportan no sólo perjuicios médicos o psicológicos, sino también sociales, ya sea en la cotidianidad o en la relación con los suprasistemas del individuo.

Ámbito penal

Adultos. Todos aquellos aspectos relacionados con los factores modificadores de la responsabilidad penal, proposición de penas privativas de libertad por la realización de medidas alternativas, indultos y recursos a grados de clasificación penitenciaria. Así como aquellos aspectos necesarios en la fase de investigación que puedan ayudar a esclarecer lo

⁶ Giralt i Padilla, E. y otros, *Peritaje y prueba pericial. El trabajo social forense*, Barcelona, Bosch Procesal, 2017, pp. 551-558.

sucedido, como es el caso, por ejemplo, de peritajes sociales en situaciones de abusos sexuales, maltratos, negligencias médicas, violencia doméstica o maltrato infantil, delitos de odio, así como cualquier tipología delictiva recogida en el Código Penal y penal del menor de edad (Ley Orgánica Penal del Menor), susceptibles de un peritaje social forense.

Justicia juvenil. Todo lo citado en el párrafo anterior y lo relacionado con el sistema familiar del menor de edad, hábitos, habilidades y relaciones sociales de éste, que puedan ayudar a determinar la mejor medida educativa a aplicar.

Ámbito administrativo y social

Empresa. En el ámbito laboral se producen accidentes laborales, siniestros, negligencias en la seguridad, despidos improcedentes, acoso laboral o *mobbing* empresarial. Todos estos sucesos producen cambios en la condición individual, familiar, económica, laboral y social de las personas que han de ser estudiados, valorados y recompensados.

Sociales. Cualquier delito contra la dignidad de la persona.

En este texto se tratarán dos tipos de ejercicio del trabajo social forense en los litigios del ámbito civil, el de familia y el de salud. Se intentará, con las exigencias de un trabajo conciso y sintético, plasmar todo aquello referente a lo que atiende y aporta el peritaje social en procesos civiles, teniendo en cuenta también sus límites de actuación. Se tratarán por tanto los procesos forenses en las rupturas familiares con niños, niñas y adolescentes, y los procesos judiciales en los apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

B. El trabajo social forense en los litigios en rupturas familiares con niños, niñas y adolescentes

El objeto de la pericia designada por el juez en los litigios de rupturas familiares en las que hay descendientes menores de edad tiene múltiples

posibilidades en su solicitud, el más habitual es el de estudiar, evaluar y proponer la mejor medida sobre la guardia y custodia de los hijos y las hijas y todo aquello que conlleva la fórmula propuesta en el interés superior del menor de edad. Para éstas y otras evaluaciones, es primordial conjugar la organización familiar objeto del estudio y su sistema de relaciones parentofiliales con los conceptos jurídico y psicosociales existentes bajo la premisa inseparable del mejor interés superior del menor de edad. Esta máxima que a primera vista podría valorarse de obviedad y sencillez, es lo que requiere del ejercicio de profesionales del trabajo social con elevada preparación y especialidad en este tipo de estudios.

Por lo tanto, y con la intención explícita de concreción y síntesis de exponer la base de estudio del trabajo social en estos procesos en los juzgados españoles y concretamente en la Comunidad de Catalunya, tendremos en cuenta, sobre todo, los siguientes aspectos.

La legislación vigente

La legislación aplicable en los supuestos de litigios de custodia de menores de edad, será la siguiente:

- 1) Recomendación 11/1998 del Consejo de Europa, sobre mediación familiar.
- 2) Reglamento de la CE 2201/2003 en el que se defiende un cambio de términos en la regulación de los procedimientos de ruptura matrimonial.
- 3) Recomendación 19/2006 del Consejo de Europa a los Estados Miembros, relativa a las políticas dirigidas a sustentar una parentalidad positiva.
- 4) Constitución Española de 1978.
- 5) Código Civil, capítulos IX y X del Título IV del Libro I.

- 6) Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- 7) Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- 8) Ley Orgánica 21/87, de 17 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- 9) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de divorcio.
- 10) Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- 11) Real Decreto 1322/81, de 3 de julio, de creación de los Juzgados de Familia.
- 12) Ley 25/10, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, referido a la persona y la familia.
- 13) Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència.
- 14) Llei orgànica 8/2021 de protecció integral a la infància i adolescència davant la violència.
- 15) Sentencias del Tribunal Supremo.

Destacaremos algunos artículos de la Ley del Código Civil Catalán, pero no es la intención darles una jerarquía en la importancia y atención a estos artículos concretos, sino centrar el tema de la guarda y custodia de descendientes menores de edad.

a. En la sección segunda sobre el cuidado de los hijos y las hijas, en su artículo 233-8 sobre la responsabilidad parental, la ley relativa a la persona y a la familia 25/2010 del 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Catalunya⁷ dice:

1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades que los/las progenitores/as tienen hacia

⁷ Desde que la Generalidad de Cataluña recuperó la competencia legislativa en materia civil, el Parlamento de Cataluña ha llevado a cabo una tarea remarcable en el ámbito del derecho de la persona y de familia. Inicialmente, la Ley 13/1984, de 20 de marzo, adaptó la Compilación a los principios constitucionales de igualdad jurídica de los cónyuges y de equiparación jurídica de los hijos dentro y fuera del matrimonio, a la vez que incorporaba el texto compilado al ordenamiento catalán. Poco después, se emprendió una etapa de adecuación del derecho civil a las nuevas realidades familiares, en la que se combinaron la técnica de las leyes especiales —las leyes 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones; 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela y las instituciones tutelares; 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre, y 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes— con la reforma de la Compilación, por medio de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. De esta forma fue perfilándose un cuerpo normativo muy completo en el ámbito del derecho civil que, siguiendo el camino marcado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, condujo a su codificación sectorial, con la aprobación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Pese a todo, por razones diversas, algunas instituciones quedaron fuera del Código de familia: por ejemplo, las uniones estables de pareja, reguladas por la Ley 10/1998, de 15 de julio. La actuación legislativa del Parlamento en materia de persona y familia, sin embargo, no se agotó en el Código de familia, sino que alcanzó otros hitos muy significativos, como la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes, y la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. Además, abordó realidades más concretas, como en la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, y problemas específicos de determinados ámbitos, como en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica. Posteriormente, la Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, del Código de familia, de la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y de la Ley 40/1991, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela, eliminó las diferencias en cuanto a la posibilidad de adopción conjunta por parejas formadas por personas del mismo sexo. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera del Código civil de Cataluña, el libro segundo debe incluir la regulación de la persona física, las materias comprendidas en la Ley 9/1998 y las leyes especiales de este ámbito. Por ello, desde su creación, el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña comenzó a trabajar en las tareas de revisión, armonización y sistematización de la legislación en materia familiar entendida en un sentido amplio, es decir, abarcando la regulación de la persona física. Pese a lo establecido por el artículo 6 de la Ley 29/2002, la integración del derecho de la persona y de la familia en el Código Civil no se ha hecho mediante una propuesta de modificaciones de adición, supresión o nueva redacción de las normas vigentes, previendo una refundición ulterior en el nuevo libro segundo. Se ha optado, por contra, por presentar un texto alternativo íntegro, lo que evita las dificultades inherentes a una refundición posterior y permite contextualizar las numerosas e importantes novedades que se introducen al aprobar el libro segundo.

sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.

2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.

3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los/las progenitores/as, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.

b. En la misma sección, en su artículo 233-11 sobre los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda, especifica:

i. Para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda, hay que tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los criterios y las circunstancias siguientes ponderados conjuntamente:

1. La vinculación afectiva entre los hijos y las hijas y cada uno de los/las progenitores/as, y también las relaciones con las otras personas que conviven en los hogares respectivos.

2. La aptitud de los/las progenitores/as para garantizar el bienestar de los hijos y las hijas y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

3. La actitud de cada uno de los/las progenitores/as para cooperar con el otro con el fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos y las hijas, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

4. El tiempo que cada uno de los/las progenitores/as había dedicado a la atención de los hijos y las hijas antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

5. La opinión expresada por los hijos y las hijas.
 6. Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
 7. La situación de los domicilios de los/las progenitores/as, y los horarios y las actividades de los hijos y las hijas y de los/las progenitores/as.
- ii. En la atribución de la guarda, no se pueden separar los hermanos y las hermanas, a menos que las circunstancias lo justifiquen.
 - iii. En interés de los hijos y las hijas, no se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista. Tampoco se puede atribuir la guarda al progenitor, ni se puede establecer ningún régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, mientras se encuentre incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal.
 - iv. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer, de forma motivada, un régimen de estancias, relación o comunicaciones en interés de la persona menor, una vez escuchada, si tiene capacidad natural suficiente.

El interés superior del menor de edad

Cabe también concretar este tan nombrado concepto, ya que es el tuétano del contexto del proceso de estudio y valoración. La Convención

sobre los Derechos de los Niños y las Niñas⁸ define el principio del interés superior del menor de edad como

aquel conjunto de acciones procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores de edad. Se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.

El interés superior de niños, niñas y adolescentes es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento:

- 1) Se trata del derecho del menor de edad a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- 2) Es un principio porque si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.
- 3) Es una norma de procedimiento, ya que siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores de edad, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales.

⁸ UNICEF, Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos, 1989. Disponible en: <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,a%20los%20gobiernos%20a%20cumplirlos.>

Elementos para la valoración

El conflicto parental, la motivación y el proyecto parental, las circunstancias personales, las competencias parentales y el trato del estudio en la individualidad de cada niño y niña, serán los principales elementos de valoración que el o la profesional del trabajo social forense deberá definir y estudiar. Con esto, el o la profesional podrá detectar con qué indicadores de riesgo y de protección cuenta la familia y así poder diagnosticar para la evaluación posterior.

- 1) En cuanto al conflicto parental, se deberá detectar y estudiar cuál es el posicionamiento de los progenitores y las progenitoras respecto del conflicto; para ello se debe conocer qué visión tienen, cuál es el grado de aceptación de la situación, la capacidad para llegar a consensos, cuál ha sido el camino para la elaboración del conflicto, qué tipo de comunicación utilizan y con qué grado de asunción de responsabilidad cuentan, entre otras. También habrá que estudiar qué imagen tienen del otro progenitor, así como qué capacidad tienen de validar al otro en su papel parental. Por último, se debe tener en cuenta a aquellos miembros de la familia o personas cercanas de las que existe una implicación o participación en el conflicto.
- 2) En cuanto a la motivación y el proyecto de custodia, en el proceso de estudio se atenderán indicadores como cuál es la descripción del proyecto custodio que hace cada progenitor, cuál es su fundamentación, la concordancia entre realidad-situación-demanda familiar y qué intereses tienen cimentados el bienestar de los hijos y las hijas comunes.
- 3) En lo que respecta a las circunstancias personales de los progenitores y las progenitoras, habrá que atender a los indicadores sociales, económicos, de vivienda y de salud física y psíquica. Debemos estudiar el sistema ambiental de la familia y su percepción, a través de los diferentes subsistemas que interaccionan

con la familia y que contienen roles, normas y reglas que dan forma al desarrollo psicológico de ésta y a su dinámica relacional (microsistema, mesosistema, exosistema, macrosistema y cronosistema).⁹ Se estudiarán los ámbitos laboral y económico, así como las condiciones de habitabilidad, sus espacios y las personas con quienes conviven. En cuanto a la salud de los progenitores y las progenitoras, lo que respecta a trastornos, disfunciones, enfermedades, tratamientos, afectaciones en las actividades de la vida diaria y sus efectos en el ejercicio de la parentalidad.

- 4) Las competencias parentales, entendidas como aquellas capacidades para cuidar de los hijos y las hijas y dar las respuestas adecuadas a sus necesidades. Son las competencias que refieren a la capacidad de las personas para generar y coordinar respuestas (afecto, cognición, comunicación y comportamiento) flexibles y adaptativas a corto y a largo plazo ante las demandas asociadas a la realización de sus tareas vitales y generar estrategias para aprovechar las oportunidades que les brindan.¹⁰ Se deberá entonces estudiar la capacidad de flexibilidad y de adaptabilidad de los progenitores y las progenitoras en la tarea de ser padres de acuerdo con las necesidades evolutivas y educativas de los hijos y las hijas, y las habilidades para aprovechar las oportunidades, apoyos y recursos que les ofrecen los sistemas de influencia y dentro de los estándares legales de la sociedad en la que viven. Esto conllevará a la exploración de la biografía familiar, la implicación y dedicación a los hijos y las hijas, los hábitos, las nuevas parejas, los estilos parentales, las limitaciones, las potencialidades, las capacidades para resolver conflictos, las afectaciones de otras problemáticas, estilos educativos en cuanto a sus conductas y consecuencias, etc.

⁹ Bronfenbrenner, Urie y Morris, P. A., "The bioecological model of human development", en Damon, W., *Handbook of child psychology*, vol. 1. Nueva York, Wiley & Sons, 1998, pp. 993-1027.

¹⁰ Masten, A. S.; Curtis, W. J., *Integrating competence and psychopathology: Pathways toward a comprehensive science of adaptation indevelopment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 529-550.

- 5) Las hijas y los hijos. Será fundamental explorar indicadores como la situación personal de cada hijo e hija, los ajustes a los diferentes contextos, como el escolar, el social o familiar, el impacto de la separación, las sobrecargas sufridas, los cambios significativos en la cotidianidad, la exposición a situaciones e informaciones inadecuadas, la autoinculpación, el ajuste a la nueva organización familiar, la implicación en las discrepancias de los adultos, la participación activa en los conflictos parentales, conflictos de lealtades, polarizaciones de la imagen materna o paterna y las necesidades particulares de cada niño, niña o adolescente.

Éstos serán los mínimos imprescindibles para un estudio y valoración forense rigurosa y adecuada.

Es importante remarcar también que en lo referente a la familia, su concepto y significación, éstos no son fijos, sino todo lo contrario. Es un concepto que, sobre todo en los últimos 50 años, está en constante evolución y sus tipologías van generando nuevos modelos necesarios que dan mayor capacidad y riqueza organizativa. La familia refleja en sus nuevas estructuras las transformaciones sociales más significativas, como la legalización del divorcio, la incorporación de la mujer al mundo laboral, la equiparación de derechos y deberes, el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales y tantos otros. Esto supone una constante adaptación de los y las profesionales forenses para analizar las nuevas organizaciones familiares y sus posibilidades, así como enfrentarse a constantes retos, como divorcios que conllevan núcleos en diferentes países o ciudades lejanas entre sí en cuanto a los núcleos se refiere.

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, la tipología en las custodias también ha sufrido modificaciones, como es lógico. Simplificando mucho, en España anteriormente se contemplaban las posibilidades siguientes: custodia exclusiva a un progenitor; custodia partida cuando se dividía la convivencia de los hermanos; custodia repartida cuando los progenitores partían el tiempo con los hijos y las hijas, y la custodia conjunta. Actualmente se

contemplan tres tipos de custodias únicamente: la exclusiva, que se considera en excepcionales ocasiones; la repartida, y la custodia compartida (término que se considera desde 2010). Esta última es la que se recomienda en la actualidad siempre que el análisis y el diagnóstico permitan evaluarla y proponerla, ya que la anterior parecida, la custodia repartida, hace caer el peso de la parentalidad en el tiempo que se custodia a los hijos y las hijas, en cambio, la custodia compartida supone centrar el peso en el compromiso, fórmula que aborda la posibilidad de trabajar por un alto grado de corresponsabilidad y coparentalidad por el bien de los menores de edad. Así, tal como se ha comentado anteriormente, los litigios en cuestión de custodias presentan constantes retos que suponen creatividad y plasticidad para contemplar diferentes formas de organización familiar que permitan la custodia más adecuada a cada situación analizando las posibilidades y limitaciones que supone cada una de ellas. Ejemplo de esto es la posibilidad que se está tratando actualmente en algunos casos, como es la custodia nido, que consiste en tener una residencia donde descendientes custodios viven siempre y son los progenitores quienes se trasladan en el tiempo estipulado, entre otras fórmulas.

Teniendo en cuenta todo esto, el análisis de la plasticidad y los recursos emotivos, cognitivos y sociales de los progenitores y las progenitoras, junto con la capacidad de vinculación y empatía, supondrán elementos imprescindibles para poder plantear una nueva organización para el nuevo sistema familiar, que permita garantizar el interés superior de los menores de edad y adaptarse a las particularidades de cada familia junto con sus modelos de crianza y socialización.

Por último, en lo que respecta a lo que todo trabajador social forense debe tener en cuenta en el proceso, es necesario que el análisis pueda definir también el tipo de divorcio que se ha establecido. Teniendo en cuenta que cuando se tienen hijos e hijas el divorcio no es un acto con el que finaliza una relación, cabe explorar y diagnosticar qué tipo de ruptura ha sentado las bases de la relación en cuanto a la separación. Es decir, el divorcio no supone un fin, sino una transformación del

sistema familiar en cuanto a los hijos y las hijas, se pasa de un estado de coparentalidad en el núcleo de convivencia a una coparentalidad en diferentes núcleos de convivencia, suponiendo con ello que es necesario analizar cómo entienden y viven esta transformación los propios progenitores. Es cuando hablaremos de divorcios funcionales o disfuncionales dependiendo de las dinámicas establecidas y empleadas en todo el proceso gestante del divorcio y el actual.

Las diferencias principales que nos permiten detectar esta tipología son:

El divorcio funcional se caracteriza por la existencia de dolor por la pérdida, ausencia de intermediarios litigantes, disputas y desacuerdos transitorios, implicación periférica de familiares, límites claros, dificultades transitorias a la hora de cuidar y dar atención a los hijos y las hijas, reconocimiento de la propia responsabilidad parental y en el conflicto, elaboración de la pérdida y una voluntad para adaptarse a la nueva situación familiar todo y las dificultades.

El divorcio disfuncional, en cambio, se caracteriza por una carencia absoluta de renacimiento de la responsabilidad parental y el conflicto, por la imposibilidad de atender a los hijos y las hijas, por tener intermediarios litigantes, vivir en un estancamiento de la etapa de "lucha", tener discusiones y enfrentamientos constantes y permanentes, tener la necesidad de rivalizar y ganar, por la búsqueda permanente de culpables sin aceptar la nueva situación y reorganización familiar y tener los límites confusos y difusos.

Con la finalidad de poner un punto de practicidad al texto, a continuación se expone un cuadro en el que se observa, en la práctica, qué aporta y suma el peritaje social en el sistema judicial ante un proceso civil de toma de decisión ante una custodia¹¹

¹¹ El valor añadido que aporta el peritaje social a los criterios recogidos en la ley tiene el fin de poder llegar a un criterio objetivo, fidedigno e imparcial. En Cataluña, la Ley 25/2010 de 29 de julio,

Cuadro 1. Aportes del peritaje social al sistema judicial ante un proceso civil de custodia

Criterios legislativos	El peritaje social puede añadir información sobre:
<p>Vinculación afectiva entre los hijos y las hijas y cada uno de los progenitores y las progenitoras, y también con otras personas que convivan en los hogares respectivos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Valoración técnica profesional extraída de la observación de la interacción parentofilial. • Tipo de soporte externo. • Contrastación de información a través de coordinaciones con servicios (escuelas, servicios sociales, servicios de salud). • Exploración de menores de edad por expertos especialistas.
<p>Aptitud de los progenitores y las progenitoras para garantizar el bienestar de los hijos y las hijas y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con la edad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Estudio y valoración de las competencias parentales de ambos padres (habilidades personales —afectivas, emocionales, sociales— y habilidades y competencias parentales-afectivas (capacidad de cuidado afectivo) educativas (habilidad promoción autonomía, para establecer rutinas, hábitos y límites adecuados a la edad), protectoras (ofrecimiento de respuestas parentales ajustadas a las necesidades de los hijos y las hijas y a su edad). • Contrastación de información a través de coordinaciones con servicios.
<p>La actitud de cada uno de los progenitores y las progenitoras para cooperar con el otro con el fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos y las hijas, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Habilidad para poder promocionar positivamente al otro progenitor y su entorno, tipo de parentalidad ejercida por los progenitores y las progenitoras. • Estado de la comunicación entre los progenitores y las progenitoras. • Capacidad autorreflexiva y ubicación de la responsabilidad. • Contrastación de información a través de coordinaciones con servicios.

del libro segundo del Código Civil, relativo a la persona y a la familia, establece en su artículo 233-11 los criterios que la autoridad judicial deberá tener en cuenta para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda de los hijos en casos de nulidad de matrimonio, divorcio o separación judicial. El juez deberá tener presente el plan de parentalidad presentado por los progenitores y las progenitoras, y los peritos sociales también tienen cabida con el fin de ofrecer orientación y ayuda para la elaboración y diseño, dada su experticia y conocimiento en la materia, así como la identificación de las necesidades de los menores de edad.

El tiempo que cada uno de los progenitores y las progenitoras había dedicado a la atención de los hijos y las hijas antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.	<ul style="list-style-type: none"> • Traslado de la historia de pareja y el conocimiento que cada progenitor presenta sobre sus hijos. • Contrastación de información a través de coordinaciones con servicios.
La opinión expresada por los hijos y las hijas.	<ul style="list-style-type: none"> • Exploración de los menores de edad (valoración de objetividad y subjetividad, presencia o no de interferencias adultas en su discurso...).
Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.	<ul style="list-style-type: none"> • Traslado de la historia de pareja. • Contrastación de información a través de coordinaciones con servicios.
La situación de los domicilios de los progenitores y las progenitoras, y los horarios y las actividades de los hijos y las hijas y de los progenitores y las progenitoras.	<ul style="list-style-type: none"> • Visita domiciliaria. • Contrastación de información a través de coordinaciones con servicios.

Fuente: Giralt i Padilla, E. y otros, *op. cit.*, p. 554.

Llegados a este punto, y siguiendo una cronología lógica, deberíamos abordar ahora los aspectos metodológicos que permitirán a los y las profesionales del trabajo social forense realizar los informes periciales con rigurosidad y garantía. Aun así, pospongo el desarrollo de este punto por ser coincidente con el siguiente tema a abordar sobre las periciales en la valoración de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La metodología expuesta al final de este texto no tiene variaciones significativas dependiendo del ámbito tratado en la pericial, lo que sí marca la diferencia es la teoría que sustenta las argumentaciones técnicas y los instrumentos tales como indicadores evaluativos, cuestionarios, escalas e instrumentos de valoración.

C. El trabajo social forense en la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

El 3 de junio de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado Español la Ley 8/2021 por la cual se reformaba la legislación civil y procesal para el soporte a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El 3 de septiembre de 2021 entró en vigor. Esto supuso un antes y un después en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad en España.

Esta reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso a los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Aun habiendo tardado 15 años, se impone así el cambio de un sistema hasta entonces vigente en el ordenamiento jurídico español, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, por norma general, será la encargada de sus propias decisiones.

Iniciamos por tanto en España una nueva etapa en la que dejamos atrás al régimen de incapacitaciones para garantizar la capacidad de las personas con la prestación de apoyos a la hora de tomar sus propias decisiones.

I. Antecedentes de la Ley 8/2021

Durante muchos años, países como España, que participó junto con otros en la aprobación del tratado internacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no adecuó su legislación a ese tratado. Eso provocó que, durante 15 años, un país que se consideraba así mismo y era considerado por otros como uno que trabajaba por la inclusión de todos sus ciudadanos tuviera una contradicción de sus propias leyes, al aplicar la exclusión de la sociedad y sus derechos a las personas con discapacidad.

En reglas generales, en cuanto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en España regía un sistema legal que se iba reformando en decretos, pero que continuaba hablando de incapacidad, tutelas, modificación de la capacidad y demás conceptos incapacitantes todo y preambular en éstas que eran reformas para adaptarse a la normativa internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Considerar que una persona con discapacidad no era apta para decidir sobre ella misma y que otra persona la substituyera en este menester no era acorde con la participación y aprobación de la Convención de Nueva York.

Hasta hace tan sólo seis meses, una persona era jurídicamente incapaz cuando existía una sentencia judicial que lo declarara y para la cual existieran causas legales que lo justificaran. La incapacitación suponía, entonces, el impedimento a que una persona se gobernara a sí misma, con el objetivo de proteger los intereses y derechos del incapacitado, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, no teniendo ningún control sobre su patrimonio, no pudiendo tomar decisiones médicas ni tampoco ceder sus derechos de imagen o participar en una excursión sin autorización, entre otras muchas cosas.

Según el antiguo artículo 200 del Código Civil,¹² eran causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impedían a las personas gobernarse a sí mismas. Sin precisar mucho más, debían existir dos requisitos:

- 1) Enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas.
 - a) Esquizofrenia, paranoia y psicosis maniaco-depresiva.
 - b) Alcoholismo y toxicomanía en fases crónicas.
 - c) Que fueran persistentes, sin precisar más.
- 2) Que estas circunstancias impidieran el autogobierno sobre los aspectos personales o patrimoniales, determinándolo un juez y no un especialista sanitario, ya que el informe sanitario no era determinante. No se examinaban por ley los motivos que habían determinado la interposición de la demanda de incapacitación para comprobar si ésta se había presentado en interés y beneficio del presunto incapacitado, y no por otros motivos o intereses particulares de los demandantes.

Todo esto llevó a la situación actual en la que, por poner algunos ejemplos:¹³

- 1) A día de hoy, más de 7,000 personas tienen limitada su capacidad jurídica sin necesitarlo.¹⁴

¹² Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

¹³ Datos proporcionados por Servimedia. Agencia de noticias de España, creada en 1988, especializada en proveer información y comunicación social en el ámbito nacional. Es parte de Ilunion, división empresarial de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE). Es la tercera agencia de noticias nacional, y la primera agencia de noticias especializada en informaciones de carácter social, como políticas sociales e igualdad, ONG, discapacidades, tercera edad y otros.

¹⁴ Servimedia. El estudio se denominó "Percepción social de la discriminación de las personas con parálisis cerebral".

- 2) De las personas con parálisis cerebral, 80% están sujetas a tutela o curatela con representación y, por tanto, con sentencia de incapacidad total o parcial (46,080 personas).
- 3) De las personas incapacitadas, 21% ignoran si tienen concedida alguna medida tutelar y, por tanto, haber sido sometidas a un proceso jurídico.
- 4) Solamente 50% de las personas con parálisis cerebral tiene discapacidad intelectual asociada, de manera que unas 60,000 personas en España tienen medidas tutelares que no necesitan y ni siquiera necesitarían de medidas de apoyo descritas en la Ley 8/2021.
- 5) Según datos de la Oficina del Censo Electoral, hasta 2019, casi 100,000 personas con discapacidad estaban privadas del derecho político fundamental a ejercer el sufragio.
- 6) De las personas con discapacidad intelectual o enfermedades mentales diagnosticadas, 80% tiene una tutela completa.¹⁵
- 7) Solamente 20% necesitaría de supervisión a su capacidad de obrar en su totalidad.
- 8) Entre 2008 y 2020, año en que entró en vigor la ley que erradica la esterilización forzada,¹⁶ los jueces españoles resolvieron sobre la

¹⁵ Datos aportados por la Asociación Española de Fundaciones Tutelares. Organización privada, sin ánimo de lucro, de ámbito estatal y declarada de utilidad pública, que nace en 1995 a instancias de la actual Plena inclusión

¹⁶ Naciones Unidas llevaba años exigiendo a España que aboliera estas prácticas, pero el proceso era completamente legal y estaba amparado por el artículo 156 del Código Penal, que fue derogado formalmente el 18 de diciembre de 2020 después de una votación histórica en el Senado el 2 de diciembre de ese mismo año, coincidiendo con el Día Mundial de la Discapacidad. Aunque este artículo ya fue modificado en 2015, hasta ese año rezaba que "no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica". Esto abría la puerta a que cualquier persona con discapacidad intelectual e incapacitada judicialmente pudiera ser esterilizada,

esterilización de 1,144 personas incapacitadas judicialmente, pese al tratado internacional. En 2020, los juzgados de primera instancia resolvieron 54 procesos de esterilizaciones forzosas.¹⁷

Cabe poner sobre la mesa también que España lleva sin actualizar los datos oficiales sobre discapacidad 14 años y, por tanto, la última actualización que permite extraer datos fiables sobre la realidad es de 2008. Los datos aportados anteriormente, tal como se cita, son extraídos de estudios encargados por entidades privadas del tercer sector, o del censo electoral, no del Instituto Nacional de Estadística Español, que es de donde la lógica nos llevaría a extraer. Sin estos datos parece evidente que resulta imposible tomar decisiones acertadas en materia de política pública y promover legislaciones adecuadas,¹⁸ aunque eso nos llevaría a otro tema más complejo.

Las figuras consideradas representativas de las personas sentenciadas incapaces o parcialmente incapaces eran:

La tutela. Tenía una función de asegurar la protección de la persona tutelada, la administración y la guarda de sus bienes y, en general, el ejercicio de sus derechos. Sus obligaciones eran el respeto a la persona tutelada, proporcionarle alimentación, educación y formación y trabajar por su integración social. En cuanto al patrimonio de la persona tutelada, las de administrar y guardar los bienes que le constituían.

no ya sin su consentimiento, sino tan siquiera siendo consciente del proceso al que se iba a someter. La mencionada reforma de 2015 pretendía acabar con los procedimientos mediante jurisdicción voluntaria, pero siguió permitiendo las esterilizaciones acordadas por órganos judiciales. De hecho, entre ese año y 2020 los jueces resolvieron un total de 396 esterilizaciones forzosas de personas con discapacidad intelectual; en su gran mayoría, como insiste el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi), eran mujeres.

¹⁷ Datos facilitados por el Consejo General del Poder Judicial Español

¹⁸ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, vigente y exigible en España, obliga en su artículo 31 a recopilar información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que permita a los Estados firmantes formular y aplicar políticas a fin de dar efecto a lo establecido en la Convención. La nueva gran operación estadística sobre discapacidad y dependencia debería haber estado terminada en 2018, una década después de la publicada en 2008. Pero, aun así, hoy en día aún no hay fecha cierta sobre su conclusión y puesta a disposición pública.

La curatela. Era el órgano tutelar propio de la persona judicialmente declarada parcialmente incapaz, y tenía como función asistirle o complementar su capacidad en la realización de aquellos actos jurídicos patrimoniales que supusieran la asunción de obligaciones por parte de esta persona, de los que comportaban el agravamiento de sus bienes, de los que implicaran la renuncia o la no adquisición de derechos y también de aquellos que no pudiera llevar a cabo válidamente por haberlo establecido así la sentencia. Sus obligaciones se enmarcaban principalmente en la asistencia o complementariedad en el ámbito de la persona parcialmente incapacitada,

El defensor o la defensora judicial. Era un órgano tutelar de carácter temporal y de función limitada. Eran nombrados por el juez de primera instancia mientras no se producía el nombramiento de la persona que debía ejercer el cargo de tutor o curador o mientras ésta no ejercía sus funciones y en los supuestos en que hubiera un conflicto de intereses entre el tutor, curador o la administración patrimonial y de la persona incapaz. Sus funciones estaban limitadas al nombramiento y consistían en la vigilancia y control de la tutela.

La administración patrimonial. Era un órgano tutelar propio de la persona declarada incapaz o parcialmente incapaz y sometida a tutela, cuyas funciones eran administrar el patrimonio del incapaz en caso de que esto no correspondiera al tutor, o administrar determinados bienes recibidos por el incapaz mediante donación, herencia o legado cuando el donante así lo hubiera dispuesto nombrando a la persona que tiene que administrar sus bienes.

Hasta antes de la nueva ley se fueron haciendo reformas legislativas que iban parcheando todas las fugas que hacían evidente la poca adecuación de la ley general a la normativa internacional. Algunas de estas reformas, por poner algunos ejemplos y remarcar su muy reciente publicación, son:

- 1) Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.
- 2) Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.
- 3) Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.
- 4) El último intento para acercarse, que no adecuarse, a la convención internacional sin dejar de incapacitar fue pasar, mediante algunas leyes, de la incapacitación a la modificación de la capacidad, palabras que eran eso, sólo palabras, que no daban protección en materia de derechos humanos y conjugaban y relacionaban en un mismo texto conceptos tan contradictorios como la incapacidad y la inclusión.

II. Nuevo escenario para las personas con discapacidad como consecuencia de la Ley 8/2021

La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y

asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.¹⁹

Así comienza el preámbulo de la ley que reconocerá, por fin, los derechos de las personas con discapacidad en España.

La base fundamental del cambio es la desaparición definitiva de las incapacitaciones, que, junto con las llamadas modificaciones de la capacidad hasta ahora practicadas, han supuesto una grave privación de derechos tan fundamentales como los relativos a la personalidad, la dignidad humana o la libertad y una falta de respeto por la voluntad de estas personas a la hora de tomar sus propias decisiones.

Es el fin de decisiones judiciales que, con base en una breve entrevista con la persona con discapacidad, y sin conocer nada de su vida, sentenciaban no podía decidir sobre cuestiones tan básicas y fundamentales como el sitio donde le gustaría vivir, el tipo de relaciones que quería establecer, los hábitos de higiene y alimentación o su opción para votar un partido político u otro. Si la autoridad judicial consideraba que la persona no era apta para tomar sus propias decisiones, establecía que en éstos o cualquier otro aspecto fuera otra persona quien decidiera por ella sin tener en cuenta, en muchas ocasiones, la opinión de la persona considerada incapaz.

La sustitución en la toma de decisiones que afecta a las personas con discapacidad en España se reemplaza por el abastecimiento de los soportes necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica, basándose siempre en el respeto a su voluntad y a sus preferencias. Por tanto, esta nueva ley supone la aceptación de la premisa que las personas con discapacidad

¹⁹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Preámbulo I.

son titulares de derecho y cambia la estigmatización y el paternalismo existentes por el apoyo y el respeto a los derechos humanos, la igualdad, el respeto a la dignidad y la equiparación de oportunidades.

Parte de la premisa de que todas las personas, independientemente de sus características personales, en algún momento u otro de la vida y en muchas ocasiones necesitamos sistemas de apoyo que nos proporcionen ayuda para lo que no somos capaces de hacer. Por poner un ejemplo cargado de sencillez, cada vez que necesitamos realizar algo para lo que no tenemos suficientes conocimientos o habilidades solicitamos el asesoramiento o ayuda de una persona experta en la materia, por ejemplo, un profesional jurista, un profesional de la medicina, de la psicología, del bricolaje, de la jardinería y tantas otras. Éste es el germen de la nueva ley: todos y todas, de una manera u otra, somos discapacitados y necesitamos apoyos, entendiendo la ciudadanía como un todo y organizándola en una verdadera inclusión y no en base a la tan nombrada integración y de este modo, dirigir las políticas sociales y las actuaciones hacia la equidad y no hacia la igualdad.

Con esta nueva ley, por fin, desaparecen las figuras rígidas y poco adaptadas a un sistema que ha de velar por la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad.²⁰ La tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada desaparecen, y son sustituidas por la guarda de hecho, la curatela (entendida como apoyo o soporte y no como tutela), el defensor judicial y las medidas de naturaleza voluntaria (nombramientos preventivos o autocuratelas). Medidas que permitirán eliminar la condescendencia que hasta ahora cubría estos supuestos en nombre de la protección a la discapacidad. Las medidas de apoyo dejarán de girar alrededor de la "incapacitación" de las personas y se centrará en la facilitación de medidas de apoyo que necesitan las personas para proteger su derecho a tomar sus propias decisiones. En definitiva, es un traje

²⁰ Urdiola, M. J. G. y Iglesias, J. F., *Novedades de la ley 8/2021, para personas con problemas de salud mental*, Zaragoza, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, 2021.

a medida para cada una de las personas que necesiten apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y esto, claro, supone un estudio y valoración personalizado, ya que cada situación es única y merece ser tratada como tal.²¹ La nueva regulación del Código Civil no concreta en qué consiste la prestación de apoyos. Puede ser cualquier actuación que permita a la persona ejercer su capacidad jurídica. Indica, eso sí, que los encargados del apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad con la "finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad". Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. También fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En definitiva, el criterio es la "pro-capacidad plena".²²

Para que este traje pueda confeccionarse es necesario, por un lado, modificar todas aquellas leyes que, con la entrada en vigor de ésta, queden desfasadas y necesiten de una revisión o derogación por entrar en contradicciones, y, por otro, de un trabajo de estudio y valoración individualizado que permita proponer los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas.

En cuanto a actualizar la normativa vigente, supone adecuar todo nuestro ordenamiento jurídico a esta nueva ley y a la Convención de Nueva York. Debe dejar atrás toda ley y reglamento que hable de sistemas de

²¹ Giralt, E., El treball social i l'aprovació de la llei 8/2021 de provisió de suport a les persones amb discapacitat. *Social.cat, el diari digital de l'acció social de Catalunya*, 2021.

²² Giralt, E., *op. cit.*

substitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, de incapacitación o de modificación de la capacidad.

La Ley 8/2021 ha modificado entre otras, las siguientes legislaciones españolas:

- 1) Ley Hipotecaria.
- 2) Código Civil.
- 3) Ley Enjuiciamiento Civil.
- 4) Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- 5) Ley 20/2011 Registro Civil.
- 6) Ley 15/2015 Jurisdicción Voluntaria.
- 7) Código Penal.
- 8) Código de Comercio.

Aun así, quedarán muchas por modificar, las cuales no tienen cronograma planificado de momento, empezando por el artículo 49 de la Constitución, el cual incluye palabras como *disminuidos* para referirse a las personas con alguna discapacidad y refiere a su *integración*, excluyendo las políticas de inclusión que supone la nueva ley.²³ Y acabando por todas aquellas leyes y códigos que incumplen los artículos 12, 14 y

²³ Artículo 49 de la Constitución Española: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),²⁴ que son muchos.

²⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:

"Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

- Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
- Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

"Artículo 14. Libertad y seguridad de la persona

- Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:
 - a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
 - b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.
- Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables".

"Artículo 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

En lo que respecta al estudio y valoración de cada situación, es aquí donde entra de lleno el trabajo social forense, estando contemplado explícitamente por la ley.

III. El trabajo social forense y la Ley 8/2021

Anterior a la Ley 8/2021, sólo se contemplaba el trabajo social como profesión para la intervención como auxiliares en los tribunales en el control de las instituciones de protección. El trabajo social estaba presente en el proceso una vez tutelada la persona, es decir, en el seguimiento, control y acompañamiento a la persona con discapacidad y su familia. No estaba presente ni se contemplaba su actuación en el proceso de estudio, investigación, análisis, valoración y propuesta para la intervención en los procesos judiciales para la valoración de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad. Sí estaba presente, en cambio, la figura del profesional de medicina forense.

Con la entrada en vigor de esta nueva ley, la profesión de trabajo social toma un papel imprescindible, siendo interpelada directamente en muchos momentos de su redacción y dándole carácter preceptivo al informe social forense equiparándolo con el informe médico forense.

En lo que al trabajo social se refiere y su participación en los procesos judiciales, es la primera ley que señala la necesidad e imprescindibilidad de esta profesión para su cumplimiento. Concretamente, la ley apunta a esto en los siguientes artículos:

En su artículo 42 sobre el procedimiento dice:

a la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades".

pericial de los/las profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

En el artículo 4 sobre la modificación de la LEC en su artículo 759, acerca de las pruebas en primera y segunda instancia, dice en su punto tercero:

Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

Y en el apartado V del preámbulo señala:

La regulación de las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos se reordena en el nuevo texto y, además, se introduce en el artículo 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente la propia persona interesada y aquellas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que ella prefiera mantener reservados. Adicionalmente, el proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o "de mesa redonda", con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

Tal como hemos visto, esta nueva ley equipara los peritajes médico y social y constata la necesidad de ambas valoraciones para instruir al o la juez y que éstos dicten resolución judicial. Se reconoce al dictamen pericial

social como imprescindible para estudiar, evaluar y proponer el apoyo que una persona necesita para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por lo tanto, si el trabajo social ya era una profesión primordial y de gran importancia en el proceso de intervención, acompañamiento y seguimiento de estas situaciones, ahora también lo será, junto con la profesión médica, en la realización del estudio, evaluación y dictamen para la resolución de todos los casos en que una persona necesite apoyo en su capacidad jurídica y deba pasar por un proceso judicial, o se revise su incapacidad total o parcial para adecuarla a la nueva legislación.

El peritaje social a partir de ahora será el medio de prueba que evalúa la condición individual, familiar, económica y sociocultural de una persona en una situación determinada para el proceso judicial ofreciendo una visión holística. La práctica socioforense pública y privada aportará, con su formación especializada, profesionalidad y experiencia, los elementos clave para la toma de decisiones en los procesos de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. El informe pericial social pues, se ha convertido, con esta nueva ley y en muchas ocasiones, en la única herramienta para clarificar las circunstancias de la situación social peritada con total claridad en el procedimiento, exponiendo una visión externa, profesional y objetiva de los recursos, capacidades, potencialidades y redes de apoyo tanto de las personas centrales del proceso, como de las que la rodean, así como las influencias en todos los ámbitos de desarrollo en la teoría ecológica (microsistemas, mesosistema, hexosistema y macrosistemas).

En su informe preceptivo, el trabajador o la trabajadora social deberá reflejar toda aquella información, estudio, valoración y propuesta que pueda auxiliar al juez o a la jueza para la adopción de medidas pertinentes que puedan proporcionar el acceso al apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica. Con el objetivo de proponer las medidas de apoyo adecuadas, y bajo el paraguas del respeto a la dignidad, la tutela de derechos fundamentales, el respeto a la libre voluntad, preferencias,

creencias y personalidad y el derecho a la igualdad, el informe social pericial asegurará el principio de necesidad y proporcionalidad, la singularidad y las medidas voluntarias.²⁵ Su evaluación y propuesta deberá velar por el cumplimiento de preceptos como el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, la confirmación de la no aparición de conflictos de intereses ni influencia indebida en la o las personas propuestas, la proporcionalidad de las medidas y que éstas se adapten a las circunstancias de la persona. El o la profesional del trabajo social, así como los demás agentes intervinientes en el proceso, proporcionará lo necesario para que el proceso sea ágil para su aplicación en el plazo más corto posible y asegurar que se realizarán exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Cabe decir que esta ley es tan reciente que aun los colegios profesionales de trabajo social de las comunidades autónomas, así como el Consejo General de Trabajo Social de España y la Asociación de Trabajadores Sociales de Libre Ejercicio (ATSEL), se encuentran estudiando y proponiendo manuales para la elaboración de los informes periciales sociales. Se están realizando encuentros y conferencias desde la aprobación de la ley que generan grupos de trabajo para la elaboración de una propuesta general.

Desde el Colegio Oficial de Trabajo Social de Catalunya me encargaron la propuesta de un posible manual, cuyo esquema para la realización del informe pericial social comparto en este artículo. Sería la siguiente:

- Datos personales
- Datos de convivencia
- Metodología

²⁵ La persona con discapacidad tiene el derecho a elegir o proponer a aquellas personas que crean más idóneas para completar sus capacidades jurídicas y en ningún caso se podrá obligar a aceptar un recurso o persona de apoyo que no desee.

- Competencias: fortalezas, habilidades y dificultades
 - Competencias personales (actitudes, valores y habilidades) importante en el caso de no poder expresarse
 - Competencias sociales (convivencia, aceptación social, adaptación al medio, disponibilidad de la red social, utilización de los sistemas de protección, participación social...)
 - Competencias educativas, ocupacionales y laborales
 - Competencias para la salud
- Apoyos actuales (personas, servicios, recursos)
- Valoración diagnóstica/técnica
- Propuesta

Por último, dado que esta ley es tan novedosa tanto para la defensa de los derechos humanos como para la figura del trabajo social forense, merece especial reflexión ante lo que supondrá su aplicación en los años venideros.

Por un lado, la inclusión del trabajo social forense en los procesos judiciales de apoyo a las personas con discapacidad proporcionará un seguro más a esto en cuanto a que los aspectos éticos y sociales estén cubiertos, es decir, que finalmente, el apoyo sea soporte y no control. A mi entender, su inclusión le proporcionará el auxilio suficiente a la jueza o juez para asegurarle que la persona afectada sea y se sienta totalmente partícipe en todo el proceso y que se articulen la libertad y la seguridad adecuadamente, ya que si algo es intrínseco a nuestra profesión es el trabajo por la autonomía y los apoyos para garantizarla.

Por otro lado, en los primeros años de la aplicación de la ley, será necesario tener especial atención a los aspectos que a continuación expongo, algunos de los cuales ya se han mencionado durante el desarrollo del artículo. Estos además deberán ser tratados y atendidos con especial cuidado:

- 1) El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

- 2) La no aparición de conflictos de intereses ni influencia indebida.
- 3) La proporcionalidad de las medidas y que éstas se adapten a las circunstancias de la persona.
- 4) Su aplicación en el plazo más corto posible.
- 5) Que se realicen exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.
- 6) Que las personas, independientemente de su discapacidad o no, puedan tomar sus propias decisiones.
- 7) Devolver el derecho a decidir sobre sus propias vidas.
- 8) Que se puedan equivocar.
- 9) Será necesaria su firma siempre, independientemente de que se requiera la firma de la figura de apoyo.
- 10) La persona propone quien o quienes considera mejor para que le proporcione el apoyo necesario y se debe respetar.
- 11) No es posible adjudicar un apoyo que la persona no acepte.
- 12) Evitar abusos.
- 13) Reducir la estigmatización y los prejuicios.
- 14) Revisión de todas las incapacitaciones en un máximo de 3 años.
- 15) Que la persona necesitada de apoyo pueda rectificar siempre que lo considere.

Todo lo que supone la nueva ley no es sólo una nueva forma de legislar una situación, sino un nuevo paradigma que se plantea tanto a los y las agentes intervinientes en los procesos judiciales como a la ciudadanía en general. La nueva forma de entender la discapacidad y su apoyo para la capacidad jurídica deberá tener un proceso pedagógico, incluido en el que familiares y profesionales que están estrechamente relacionados con las personas necesitadas de estos soportes puedan aprender y desaprender sobre lo que supone.

Será necesario generar cambios en la mentalidad social, superar miedos, aprender a hacer, entender la protección alejada del paternalismo, aceptar los riesgos y entender la libertad en su máxima expresión. Es decir, entender los apoyos como un soporte que trabaja para y por la autonomía de la persona con discapacidad. Estos cambios necesitarán tiempo y trabajo por parte de las administraciones y gobiernos para proporcionar a la sociedad los recursos necesarios para su comprensión y asimilación, empezando por elaborar decretos que concreten aspectos de la ley que quedan poco claros y llevan a la confusión, por empezar por algún sitio y continuando con la formación específica a todos los y las agentes participantes en los procesos (judiciales, técnicos, juristas, trabajadores sociales, psicólogos, notarios, familias, cualquier persona que ejerza de apoyo y la propia persona con discapacidad por supuesto).

D. Metodología en el trabajo social forense. Paquete técnico

Tal como se ha apuntado en el desarrollo del primer apartado de este texto, la metodología utilizada para el ejercicio del trabajo social forense utiliza las técnicas propias de la disciplina del trabajo social. Éstas, junto con las teorías que sustentan las argumentaciones técnicas y los instrumentos específicos tales como indicadores evaluativos, cuestionarios, escalas e instrumentos de valoración, completarán el paquete técnico que abastece la actividad forense científica. En este texto solamente se

expondrán las técnicas, dado que exponer y desarrollar la teoría sobre los instrumentos específicos imposibilitaría cumplir con los requisitos de la extensión para la publicación.

El/la trabajador/a social forense, debe dirigir la metodología propia a la realización de un diagnóstico familiar que explique de forma técnica lo que ha sucedido, el mapa actual, las argumentaciones técnicas, las valoraciones y las propuestas. A través del diagnóstico social y familiar, los informes sociofamiliares avanzan en la descripción de los hechos y elevan a un nivel técnico y científico su trabajo forense. El diagnóstico social es la reserva de actividad de la profesión, pero la disciplina forense en asuntos de derecho de familia desarrolla el argumento para su lugar específico pretendiendo que la especificidad de fuerza al argumento principal, no se la reste.²⁶

El trabajo judicial se acerca a las familias a través de sus profesionales colaboradores y los/las trabajadores/as sociales desde los equipos psicosociales utilizan sus técnicas diagnósticas y aclaran la complejidad familiar, sus diagnósticos y pronósticos para una intervención. La propia evaluación diagnóstica inicia la intervención.²⁷

Las técnicas diagnósticas propias del trabajo social permitirán al trabajador social forense recopilar, ordenar, estructurar, analizar y evaluar la información relativa a la situación familiar para la posterior realización del informe sociofamiliar que permitirá elaborar una pericial en la que también, si es objeto de ésta, incluirá una propuesta. Las técnicas de evaluación concretas con las que se realizan estas periciales son las expuestas a continuación, y que se utilizan unas u otras dependiendo de cada caso y del objeto de la pericial.

²⁶ Soto, R., *El trabajo social forense. M1: Breve historia moderna del trabajo social forense en España. La razón de ser del trabajo social forense. La distinción entre los roles de perito y de figura auxiliar de lo judicial. Su ejercicio en los juzgados españoles*, Madrid, Consejo General de Trabajo Social, 2020.

²⁷ Soto, R., "Del diagnóstico social a la evaluación socio familiar en el trabajo social forense", *Revista de Treball Social del Col·legi de Treball Social de Catalunya*, núm. 215, 2019, p. 74.

Genograma. Perteneciente al modelo sistémico y la más común de las utilizadas. Representa la composición familiar, su estructura y sus relaciones permitiendo el análisis de la estructura jerárquica, las relaciones entre sus miembros (alianzas, coaliciones, cordialidades, incomunicaciones, discrepancias y aislamientos), sucesos críticos, información relevante, etc.

Mapa de relaciones. Perteneciente también al modelo sistémico, se centra exclusivamente en representar cómo es la comunicación entre los miembros de la familia.

Ecomapa. Perteneciente al modelo ecológico, se analizan los apoyos sociales de la familia.

Mapa de redes. También perteneciente al modelo ecológico en la que también se estudian los apoyos sociales, pero de un miembro de la familia en concreto. Esta complementa la anterior en muchos casos y permite estudiar con detenimiento las redes sociales disponibles para cada miembro de la familia y establecer canales de apertura para favorecer la permeabilidad familiar y responder mejor ante situaciones problemáticas o de crisis.

Culturograma. Perteneciente al modelo ecológico en la que se representan los datos culturales de la familia muy útil para analizar fortalezas y debilidades que posee la familia. Consta de 10 apartados agrupados en 4 áreas principales que son la comunidad, la familia, la permeabilidad y los valores.

Cronograma. Perteneciente al modelo sistémico y enlazado indirectamente con los principios de la fenomenología. Permite recopilar los acontecimientos más relevantes del sistema familiar y con ello, visualizar, anticipar y prevenir la evolución en el proceso.

Ciclograma. Perteneciente al modelo ecléctico de apertura de ciclos cerrados. Esta técnica permite detectar ciclos de repetición y la viabilidad de retroalimentación.

La entrevista social forense. Sesión de exploración basada en un cuestionario semiestructurado y flexible en el que, mediante un encuentro dialógico-empático-emocional, las diferentes partes, desde una perspectiva de equidad, propician un proceso interpersonal y social basado en el respeto hacia el otro, sus relatos, narrativas, historias, experiencias y vivencias, siendo la finalidad la obtención de información veraz, clara y concisa, con el objeto de poder hacer valoración sobre la situación y emitir el correspondiente informe forense.²⁸

La visita domiciliaria. Técnica imprescindible en algunos casos que incluye la entrevista y la observación, técnicas por excelencia en la ciencia. Permite explorar, conseguir información, formular y verificar hipótesis, así como orientar objetivos y observar el entorno cotidiano de la familia evitando sesgos de un entorno externo como puede ser un despacho.

Las coordinaciones. Las coordinaciones con los diferentes sistemas de soporte de la familia, como es el sistema de salud, el escolar, servicios sociales u otros nutren el proceso pericial. Cabe señalar que, en el acto profesional de coordinación, existen dos tipos: la coordinación de información, que consiste en la transferencia de información (la habitual en la práctica social-forense), y la de gestión, consistente en la atención de manera secuencial y complementaria dentro de un plan de atención compartido en diferentes servicios. El desarrollo de este apartado, así como todos los anteriores señalados, generarían un artículo por sí solo y por tanto, y con intención de sintetizar, cabe señalar que en el proceso de estudio el o la profesional del trabajo social forense realiza coordinaciones imprescindibles, ocasionales y puntuales, solicitando informes si es preciso

La observación. La observación es la técnica de investigación básica, sobre las que se sustentan todas las demás, ya que establece la relación

²⁸ Hernández, E. A. C., *El/la trabajador/a social forense en el marco de la Ley Orgánica 5/2000: la entrevista social forense como un encuentro dialógico-empático-emocional*, País Vasco, ZERBITZUAN, 2021.

básica entre el sujeto que observa y el objeto que es observado, que es el inicio de toda comprensión de la realidad. Aplicada en el caso concreto de la práctica del trabajo social forense se puede decir que se hace uso de una observación participante, integrándose dentro del propio sistema que va a ser observado, que se combina con la técnica de la entrevista y que permite estudiar las características del medio ambiente de la familia y las interrelaciones entre otras muchas.

E. Conclusiones

Este artículo se elabora a raíz de la participación de la autora el 8 de diciembre de 2021 en el Seminario de Derecho de Familia y Prueba de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México titulado: ¿Qué puede aportar el trabajo social forense a los procedimientos familiares?

Alrededor de esa cuestión, preparé y realicé la exposición que se resume en este texto con la intención de exponer qué supone para los procesos judiciales, que los y las profesionales del trabajo social sean partícipes directos. Poco más puedo añadir en cuanto a la importancia de la necesidad de contar con el trabajo social forense para los litigios de familia, sobre todo en los dos supuestos expuestos.

Son ámbitos en los que el informe pericial se convierte, en muchas ocasiones, en la única manera de clarificar las circunstancias de la situación en el procedimiento, exponiendo una visión externa, profesional y objetiva de los recursos, capacidades, potencialidades y redes de apoyo tanto de las personas centrales del proceso como de las que las rodean, así como las influencias en los ámbitos de desarrollo de la teoría ecológica.

En resumen, el trabajo social forense es la especialidad que analiza, estudia, evalúa y valora, con base en, entre muchos otros factores, los indicadores de riesgo y de protección que cada situación, persona y familia compone, atendiendo a la detección de la vulnerabilidad (en todos sus ámbitos, como socioeconómicos, personales, familiares, sociales, políticos,

administrativos y de protección social). Es la especialidad que estudia y valora, además, los recursos y estrategias que promueven los intereses y el bienestar de las personas para dar un resultado de mayor independencia y productividad personal, mayor participación en una sociedad interdependiente, mayor integración comunitaria y, por tanto, mayor calidad de vida.

Trabajo social y justicia siempre han ido de la mano y, por tanto, ante la pregunta inicial, me tomaré la libertad de contestar con otra pregunta: ¿qué sería de los procedimientos familiares sin el trabajo social forense?

Bibliografía

Aliana de Paula, G., *La fiscalitat de les persones amb discapacitat*, Barcelona, 2015.

Asociación Española de Trabajadores Sociales Forenses (ATSF), 2019. Disponible en: <http://trabajosocialforense.com/>. [Última fecha de consulta: 20 febrero 2022].

Bautista Bautista, C., Castro Guerrero, S. N. y Aguillón León, I., *El peritaje social en México: responsabilidad ético-moral, penal y civil de Trabajo Social en el desempeño de funciones periciales desde el secreto profesional*, México, Consejo Editorial UA del Estado de Hidalgo, 2021.

Bolaños, J., *Mediación familiar de procesos y contenciosos de separación y divorcio en un contexto judicial*, Madrid, Colegio Oficial de Psicólogos, 1995.

Bronfenbrenner, Urie y Morris, P. A., "The bioecological model of human development", en Damon, W., *Handbook of child psychology*, vol. 1. Nueva York, Wiley & Sons, 1998.

- Castro Guzmán, M., Reyna Tejada, C. Y. y Méndez Cano, J., *Metodología de intervención en trabajo social*, Yucatán, Casa Editora Shaad, 2017.
- Colegio Corporativo de Peritos Judiciales PEJUBA, *Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea*, Colegio Corporativo de Peritos Judiciales PEJUBA, 2016.
- Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, *Informe España de Derechos Humanos y Discapacidad*, Madrid, Gobierno de España, 2019.
- Fernández García, T. y Ponce de León Romero, L., *Trabajo social con familias*, Madrid, Alianza Editorial, 2019.
- Fresno García del, M. y Hernández-Echegaray, A., *Técnicas de diagnóstico, intervención y evaluación social*, Madrid, UNED, 2019.
- Giralt, E., El treball social i l'aprovació de la llei 8/2021 de provisió de suport a les persones amb discapacitat. *Social.cat, el diari digital de l'acció social de Catalunya*, 2021.
- Giralt i Padilla, E. y otros, *Peritaje y prueba pericial. El trabajo social forense*, Barcelona, Bosch Procesal, 2017.
- Giralt i Padilla, E. y Rama Samperio, A., Ley 8/2021 de Apoyo a las Personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. ¿Qué aportamos las y los peritos sociales?. *La Ley, Probática*, Issue 6. 2021.
- Grup de Recerca i Innovació en Treball Social (GRITS), *La intervenció amb les famílies des del Treball Social*, Barcelona, Col·legi de Treball Social de Catalunya, 2016.

Grup de Reflexió d'Ètica Aplicada del Consorci de Serveis Socials de Barcelona, *Autogovern i llibertat*, Barcelona, Ajuntament de Barcelona, 2017.

Grup de treball Suport a l'Exercici de la Capacitat, *Protocol de cribatge abans d'iniciar un procés de modificació de la capacitat, i criteris i recomanacions per al foment de l'autonomia en la presa de decisions*, Barcelona, Departament de Treball, Afers Socials i Famílies, Generalitat de Catalunya, 2017.

Grup Sant Pere Claver, *Com garantir la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat en igualtat de condicions*, 2021. Disponible en: <https://www.santpereclaver.org/com-garantir-la-capacitat-juridica-de-les-persones-amb-discapacitat-en-igualtat-de-condicions/>.

Hernández, E. A. C., *El/la trabajador/a social forense en el marco de la Ley Orgánica 5/2000: la entrevista social forense como un encuentro dialógico-empático-emocional*, País Vasco, ZERBITZUAN, 2021.

Hernández Escobar, A., *Introducción al ejercicio libre profesional y empresarial de los trabajadores sociales*, Zaragoza, Libros Certeza, 2005.

Krmpotic, C. S., "Trabajo social e intervención socio-jurídica en la Argentina", en *Diccionario Internacional de Trabajo social en el ámbito socio-jurídico*, Barcelona, Nova Casa Editorial, 2017.

La Federació Catalana Pro Persones amb Discapacitat Intel·lectual, *Carta de drets fonamentals de les persones amb discapacitat intel·lectual*, Barcelona, APPS, 2004.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, Jefatura del Estado, Madrid, 2021.

- M. Casado, P. R. i. A. V., *Document sobre envelliment i vulnerabilitat*, Barcelona, Observatori de Bioètica de Catalunya, 2016.
- Masten, A. S.; Curtis, W. J., *Integrating competence and psychopathology: Pathways toward a comprehensive science of adaption indevelopment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Ortuño Muñoz, P., "El dictamen de especialistas como prueba pericial *sui generis* en el Derecho de Familia", *Revista del Poder Judicial*, 37, pp. 193-212, 1995.
- Richmond, M., *El caso social Individual. El diagnóstico social. Textos seleccionados*, Madrid, Talasa, 1995.
- Rueda Estrada, D., *La incapacitación judicial y el peritaje social. Una visión desde las fundaciones tutelares*, Valladolid, Universidad de Valladolid. Dpto. de Sociología y Trabajo Social, 2012.
- Ruiz Rodríguez, P., *El trabajador social como perito, testigo y especialista del sistema judicial español*, Zaragoza, Editorial Libros Certeza, Zaragoza, 2004.
- Ruiz Rodríguez, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio oficial de Trabajadores sociales de Málaga, 2013.
- Ruiz Rodríguez, P., "Prefacio", en *Diccionario Internacional de Trabajo Social en el ámbito socio- jurídico*, Barcelona, Nova Casa editorial, 2017.
- Ruiz-Callado, R. a. A. R., "Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los juzgados de familia", en Becerril, D. y Venegas, M., *La custodia compartida en España*, Madrid, Dykinson, 2017.

Ruiz, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio oficial de trabajo social de Málaga, 2013.

Sallés, C. y Ger, S., "Las competencias parentales en la familia contemporánea", *Revista de Educación social*, 49, pp. 25-47, 2011.

Simón Gil, M., *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2014.

Simón Gil, M., *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*, Vitoria, Gobierno Vasco, 2015.

Soto, R., *El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales*, tesis doctoral, Madrid, UCM, 2015.

Soto, R., *El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

Soto, R., "Del diagnóstico social a la evaluación socio familiar en el trabajo social forense", *Revista de Treball Social del Col·legi de Treball Social de Catalunya*, núm. 215, 2019.

Soto, R., "Del diagnóstico social a la evaluación socio familiar en el trabajo social forense", *RTS, Revista de Treball Social*, Issue 215, pp. 65-76, 2019.

Soto, R., *El trabajo social forense. M1: Breve historia moderna del trabajo social forense en España. La razón de ser del trabajo social forense. La distinción entre los roles de perito y de figura auxiliar de lo judicial.*

Su ejercicio en los juzgados españoles, Madrid, Consejo General de Trabajo Social, 2020.

UNICEF, Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos, 1989. Disponible en: <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,a%20los%20gobiernos%20a%20cumplirlos>.

Urdiola, M. J. G. y Iglesias, J. F., *Novedades de la ley 8/2021, para personas con problemas de salud mental*, Zaragoza, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, 2021.

Verdugo M.Á., G. V. y V. E., *Discapacidad intelectual*, Madrid, Pirámide, 2014.

CAPÍTULO 5

El trabajo social forense en la jurisdicción de familia: la prueba pericial

Marta Simón Gil*

* Trabajadora social forense de la Unidad de Valoración Forense Integral de Álava, España.

SUMARIO: A. El trabajo social forense en la jurisdicción de familia y violencia de los tribunales españoles; I. Introducción; II. Vinculación del trabajo social forense a los Juzgados de familia o de primera instancia e instrucción en el contexto español; III. Interrelación organizativa de los equipos psicosociales, juzgados de violencia sobre la mujer, institutos de medicina legal y ciencias forenses y unidades de valoración forense integral; B. Aportaciones del trabajo social forense a los juzgados de familia; I. Objeto científico del trabajo social; II. Método del trabajo social forense en la administración de justicia española; III. Aportes epistemológicos destacados de trabajadores sociales españoles en la construcción de la especialidad de trabajo social en la pericial de familia; IV. Contenidos de evaluación del trabajador social en la jurisdicción de familia; 1. Estudio del sistema familiar; 2. Vivienda y patrimonio; 3. Educación o formación y empleo; 4. Integración social; 5. Niño, niña o adolescente; C. Técnicas de evaluación utilizadas por trabajadoras sociales forenses: procedimiento de intervención; I Técnicas más frecuentemente utilizadas; II. Procedimiento en la investigación del trabajador forense en familia; III. Contenido del informe socio familiar; D. Violencia de género oculta en procedimientos de familia de los tribunales españoles; I. Identificación de la violencia económica en los procedimientos judiciales de familia; E. Identificación del trabajador social forense del daño social en la evaluación de la violencia de género; I. Modelo pericial de intervención social en violencia de género; II. El daño social: bases teóricas; 1. Daño y trauma social; 2. Red social; 3. Vulnerabilidad social; 4. Establecimiento de lesiones y secuelas sociales derivadas del delito; 5. Tratamiento social; F. Dimensiones de análisis del trabajo social forense en la evaluación de víctimas de violencia de género; I. Dimensión del sistema de interacción de la víctima con el agresor; II. Dimensión del sistema familiar; III. Dimensión formativa o laboral; IV. El sistema de interacción social; V. Dimensión cultural; G. Reconocimiento jurídico de las lesiones y secuelas sociales en los tribunales españoles; H. Conclusiones.

A. El trabajo social forense en la jurisdicción de familia y violencia de los tribunales españoles

I. Introducción

El presente texto pretende explicar en primer lugar parte del contenido organizativo del trabajo social forense en España, ubicando éste dentro del sistema de justicia y de los equipos periciales que trabajan para los tribunales judiciales. Se aborda su composición, dependencia y desarrollo,

así como la relación que tiene con las distintas jurisdicciones que interviene en asuntos de familia. Después se abordan los contenidos que los trabajadores y las trabajadoras sociales aportan en las periciales de familia, orientando hacia los avances teóricos que lo componen. Se describen los métodos y las técnicas más frecuentemente utilizadas por los trabajadores y las trabajadoras sociales forenses españoles de la administración de justicia. Más adelante se señalan algunas de las relaciones existentes entre las jurisdicciones de familia y de violencia de género en las cuales el trabajo social forense opera. Se desarrollan contenidos básicos sobre la violencia económica presente en los procedimientos de familia y, finalmente, se expone la conceptualización y construcción teórica del daño social, lesiones y secuelas sociales llevadas a cabo en la evaluación de las víctimas de la violencia de género por los trabajadores y las trabajadoras sociales forenses. Se plasma el reconocimiento que ha obtenido en varias sentencias de los tribunales españoles considerando una indemnización para las víctimas por este concepto.

Parte de los contenidos que aquí se presentan ya han sido publicados en libros, capítulos de libros o artículos, sin embargo, se aportan algunas novedades relacionadas con contenidos de evaluación de las periciales en familia, aspectos importantes como la violencia económica y las aportaciones teórico metodológicas de algunos autores o algunas autoras de referencia en trabajo social forense español en la evaluación pericial de familia.

II. Vinculación del trabajo social forense a los juzgados de familia o de primera instancia e instrucción en el contexto español

El trabajo social forense desde el ámbito de la Administración Pública se sitúa en el marco de la actividad pericial que se lleva a cabo dentro de la Administración de Justicia en todas las Comunidades Autónomas del Estado Español. En ellas, los trabajadores y trabajadoras sociales se sitúan

como parte integrante de los equipos psicosociales judiciales, en los que comparten funciones con psicólogos y psicólogas, de manera interdisciplinar. Estos equipos contratados por la Administración de Justicia desde 1987 realizan informes periciales para los distintos órganos judiciales sobre todas las materias que éstos soliciten,¹ si bien la figura del educador y la educadora social dentro de los equipos sólo se contempla para la jurisdicción penal de menores.

De este modo, la plasmación del derecho de familia en los tribunales españoles especializados en dicha materia no sólo resulta en su historia y origen paralela a la aprobación de la Ley de divorcio española en la década de 1980, sino que también es equivalente a la configuración de los equipos psicosociales judiciales.² Así, la participación de trabajadores y trabajadoras sociales como peritos en los procedimientos judiciales de familia ha sido una constante en nuestra actividad profesional. Sin embargo, por razones legislativas, en la práctica (los juzgados de familia no se encuentran implantados en todas las ciudades del territorio español y, donde esto ocurre, sus contenidos se resuelven en los juzgados de primera instancia, o bien en los denominados juzgados mixtos —de instancia e instrucción—) estos últimos abarcan tanto aspectos penales como civiles y, por ello, cuentan con menor dotación de medios para ofrecer una respuesta especializada. Así, el asesoramiento de los trabajadores y trabajadoras sociales junto a los psicólogos y psicólogas dentro del equipos psicosociales judiciales se produce tanto para los tribunales considerados especializados en familia, como en los generales en ausencia de aquellos.

Con todo, los contenidos que se sustancian y resuelven en los juzgados especializados de familia actuales coinciden con los contenidos de petición pericial a los equipos psicosociales judiciales, y éstos son las causas

¹ Ruiz, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio Oficial de Diplomadas y Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, 2013.

² Esteban, R. S., *El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales*, 2016, p. 54.

de separación y divorcio, inexistencia y nulidad del matrimonio, tenencia y régimen de visitas, adopción, nulidad y revocación de ella, así como procedimientos de jurisdicción voluntaria sobre adopción, acogimiento familiar o impugnación de tutela.

III. Interrelación organizativa de los equipos psicosociales, juzgados de violencia sobre la mujer, institutos de medicina legal y ciencias forenses y unidades de valoración forense integral

Para comprender la interrelación entre los equipos psicosociales judiciales, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI) mencionaré las principales características de la jurisdicción de violencia sobre la mujer.³

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer fueron creados a tenor de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG) con el propósito de dotar a la jurisdicción penal española de tribunales que ofrecieran una respuesta especializada al fenómeno de la violencia de género.

Esta ley reconoce la violencia con base en el género como diferenciada de otras, la define como "una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión y que tiene como resultado un daño físico, sexual o psicológico". Así, reconoce que este tipo de violencia requiere respuesta pericial integral que contemple, además de la categoría médica y psicológica, la categoría sociofamiliar y cultural correspondiente a la trabajadora social.

³ Alcázar, R. S. E. y R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, 62, pp. 50-71, 2019.

Sin embargo, una característica de esta ley es que sólo considera la violencia de género a la ocurrida entre parejas o exparejas sentimentales, de modo que otro tipo de violencias de género, como la violencia sexual fuera de la pareja, la trata de mujeres con fines de explotación sexual, la mutilación genital femenina o las agresiones de hombres sobre mujeres ocurridas dentro del ámbito familiar, son juzgadas en las jurisdicciones de instrucción y de penal.

Otra característica de esta ley es que en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se resuelven tanto los aspectos civiles como los penales de la relación de pareja. Es decir, que las mujeres que denuncian la violencia para evitar victimizaciones o dilaciones, además de conseguir respuesta sobre medidas penales correspondientes si se probara la violencia, también pueden optar en el mismo juzgado a separarse, divorciarse y a que se adopten las medidas civiles correspondientes, tales como la guarda y custodia o derecho de visitas de hijos e hijas.

Así, para evaluar los aspectos complejos de la violencia, como son las dinámicas familiares de tipología psicobiosocial, este marco legal en su disposición adicional II, dispone la creación de las UVFI (integradas en los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses) formadas por médicos y médicas, psicólogos y psicólogas y trabajadores y trabajadoras sociales forenses. Éstas tienen la función de asesorar a los tribunales en esta materia especializada cuando lo solicitan. Para nutrir las UVFI, algunos trabajadores y trabajadoras sociales que pertenecían a los equipos psicosociales judiciales de los juzgados de familia pasaron a formar parte también de ellas.

Con todo, la práctica organizativa ha producido una evolución dispar de la ubicación de los equipos psicosociales judiciales y de las UVFI, dependiendo de los plazos de su incorporación a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses por parte de las distintas Comunidades Autónomas del estado español, y con ello se han adoptado diferentes criterios de trabajo. El resultado es la existencia de diferentes fórmulas de

organización que han dificultado el desarrollo de pautas comunes en cuanto a funcionamiento y a procedimiento en el territorio español. En algunas Comunidades Autónomas se han generado protocolos de actuación para los equipos psicosociales judiciales y para las UVFI, tanto en la emisión de informes de familia como en los de violencia de género. Si bien en la actualidad el objetivo de dotar a los equipos psicosociales judiciales de una lógica organizativa más acorde con las funciones forenses que realizan ha generado el comienzo de un proceso de reorganización a tenor de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, la cual en su artículo 479 dispone la integración de los equipos psicosociales judiciales que prestan servicios en la Administración de Justicia española a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

De modo que aún se presenta como reto superar las diferencias entre Comunidades Autónomas de cara a conseguir protocolos consensuados de trabajo interdisciplinar que abarquen a todos los equipos y UVFI, sobre todo en lo que concierne a las víctimas de violencia que no la denuncian y que optan por el divorcio en juzgados de familia como fórmula para salir de la violencia de género.

B. Aportaciones del trabajo social forense a los juzgados de familia

Antes de desarrollar los contenidos específicos del trabajo social forense o pericial, resulta pertinente abordar el objeto científico del trabajo social para poder establecer la relación entre ambos.

I. Objeto científico del trabajo social

El trabajo social como disciplina científica tiene su objeto de estudio en la globalidad de las situaciones que se le presentan al ser humano en su ser social. Ofrece una visión holística y generalista que otras profesiones no ofrecen, porque integra las dimensiones de la persona en sus aspectos

biológico, psíquico y social, en su interacción con el medio físico y ecológico. De este modo presenta una visión generalista especializada, puesto que trata particularmente la intervención en las instituciones en las que opera.⁴

De este modo, el trabajo social no es un auxiliar de otras disciplinas académicas de las ciencias sociales, sino que aporta un área de conocimiento propio sobre las realidades a las que atiende, ya que así ha sido reconocido como por el Ministerio de Universidades en el BOE nº 233 29/09/21.

Dicho esto, dentro de la aportación específica del trabajo social en los problemas planteados en el contexto judicial destacan dos de las aportaciones que más se ajustan al contexto pericial de familia. La primera es que esclarece, explica, investiga y adquiere conocimientos sobre salud, problemas emocionales y de personalidad, y sobre cuestiones relacionales y sociales, pero unificadamente, no como especialización de cada una de esas dimensiones de la persona, sino en su conjunto.⁵ En segundo lugar, el objeto formal del trabajo social como ciencia lo constituyen la investigación y el conocimiento de las condiciones para poner en marcha un proceso de intervención-acción para ayudar a las personas a cumplir y superar las tareas, problemas y necesidades que surgen de las transacciones necesarias entre las personas y su medio social cercano, en tres áreas de la vida: los cambios psicoevolutivos y sociales; los condicionamientos del medio físico y social, y los procesos y relaciones interpersonales.⁶

Esta concepción del objeto formal del trabajo social nos lleva inevitablemente al diagnóstico social propiamente dicho, que se corresponde

⁴ Kleve citado en Aristu, J. H., *Trabajo social en la postmodernidad*, Zaragoza, Certeza, 2004, pp. 67-68.

⁵ Aristu citado en Gil, M. S., *Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, Consejo general del poder judicial, 2009, p. 189.

⁶ Lowly citado en Aristu, J. H., *op. cit.*, p. 73.

plenamente con el diagnóstico sociofamiliar que ha de realizar el trabajador social forense en el ámbito de familia para responder al dictamen pericial.⁷

II. Método del trabajo social forense en la administración de justicia española

En tanto que disciplina científica, el trabajo social basa su método de conocimiento en medios y criterios científicos.⁸ Este método contiene el diagnóstico del problema personal (individual) o social (colectivo o comunitario) necesitado de ayuda (según niveles de intervención), lo cual se completa con la elaboración de un plan de intervención sociofamiliar en el que se determinan las personas e instituciones que van a intervenir en la gestión de las interacciones surgidas y en el establecimiento de medidas de control y evaluación.⁹

En relación con la metodología, es necesario subrayar que, dada la complejidad de la realidad social, su análisis no puede realizarse exclusivamente mediante una sola metodología o perspectiva científica. Por ello, es necesario recurrir a diferentes métodos o perspectivas para su estudio; a cada aspecto de dicha realidad social-objeto de estudio, le corresponde una determinada metodología.¹⁰

Así, teniendo en cuenta la naturaleza de su objeto de estudio, el trabajo social aporta necesariamente una orientación cualitativa a la investigación científica que precede al dictamen social. La opción por el método y las técnicas cualitativas, de hecho, permiten poner el énfasis en el estudio de "los fenómenos sociales en el propio entorno natural en el que ocurren, dando primacía a los

⁷ Gil, M. S., *Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. Cuadernos de derecho judicial*, p. 186.

⁸ Fernández García, Tomás y Alemán Bracho, Carmen (coords.), *Introducción al trabajo social*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 396.

⁹ Aristu, J. H., *op. cit.*, p. 372.

¹⁰ Beltrán, M., "Cinco vías de acceso a la realidad social", en *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación*, Alianza, 1994, pp. 19-50.

aspectos subjetivos de la conducta humana sobre las características objetivas, explorando, sobre todo, el significado del actor humano. Los métodos cualitativos estudian significados intersubjetivos, estudian la vida social en su propio marco natural sin distorsionarla ni someterla a controles experimentales.¹¹

Se trata de una orientación científica especialmente válida en la investigación social, ya que aporta elementos de subjetividad y empatía, así como mayor riqueza y proximidad en los análisis. A través de esta perspectiva, el trabajo social añade capacidad explicativa a aquellos estudios que, desde lo cuantitativo, buscan la objetivación, la neutralidad, la precisión y la replicabilidad en su abordaje de la realidad social. De cara a obtener unos mejores resultados en el proceso pericial, será entonces necesario superar las dicotomías cuantitativo vs. cualitativo, u objetividad vs. subjetividad, para tender hacia la integración de métodos (ya sea mediante la complementación, la combinación o la triangulación).¹²

III. Aportes epistemológicos destacados de trabajadores sociales españoles en la construcción de la especialidad de trabajo social en la pericial de familia

La elaboración de contenidos de pericia por parte de los trabajadores y las trabajadoras sociales en España ha ido de la mano de la dispar evolución de las distintas regulaciones, normativas de funcionamiento, variedad de solicitudes de jurisdicciones especializadas y de nuevas legislaciones. Todo ello ha generado un compendio de actuaciones periciales en mayor o menor medida unificadas, a lo que le han acompañado también las distintas investigaciones y publicaciones individuales de trabajadores sociales forenses españoles.

¹¹ Ruiz Olabuenaga, J. I. et al., *Cómo elaborar un proyecto de investigación social*. Cuadernos monográficos del ICE, Universidad de Deusto, 1998.

¹² Gil, M. S., *Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia*. Cuadernos de derecho judicial, p. 18. Para ampliar información en este campo, se recomienda la lectura de Bericat, E., *Integración de los métodos cuantitativos y cualitativos en la investigación social. Significado y medida*, Ariel, Barcelona, 1998.

Así, la construcción de la especialidad del trabajo social forense se ha ido configurando a través de la práctica habitual de tantos profesionales en esta materia que diariamente trabajan en los juzgados de familia, si bien la necesaria reflexión teórica de los y las trabajadores sociales forenses, que no siempre acompaña a la práctica, es la que ha permitido dotar de contenido al trabajo social hasta llegar a constituir la especialidad. Destacan algunos autores y autoras por la repercusión y difusión que ha tenido su reflexión teórico-práctica para la profesión y por qué, como se ha señalado, han contribuido específicamente a la generación de conocimiento colectivo de la especialidad.

A continuación, sigue la caracterización de Soto y Alcázar,¹³ quienes recogen las principales aportaciones de autores y autoras individuales al trabajo social forense del contexto español en los últimos años, gran parte de las cuales constituyen el cuerpo de la especialización del trabajo social forense actual en España.

Pilar Ruiz Rodríguez¹⁴ es la primera investigadora que recopiló la experiencia práctica del trabajo social pericial en una publicación que sitúa al trabajo social en el foco de las intervenciones periciales en los tribunales españoles. Impulsó, asimismo, la creación de la asociación española de trabajo social forense asumiendo la presidencia, y continúa durante todos estos años con distintas publicaciones y docencias, tanto nacionales como internacionales. Ha hecho aportaciones en cuestiones periciales tanto civiles como penales, los cuales sitúan a las profesionales del trabajo

¹³ Soto Esteban, R., y Alcázar Ruiz, R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, (62), 2019, p. 57-64.

¹⁴ Ruiz, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio Oficial de Diplomadas y Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, 2013; Ruiz Rodríguez, P., y Alcázar Ruiz, R., "La intervención del trabajador social forense con víctimas vulnerables de agresión sexual", en *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual*, Bosch Editor, 2018; Ruiz Rodríguez, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Colegio Oficial de Diplomadas y Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Málaga, 2013; Ruiz Rodríguez, P., *Prefacio del Diccionario Internacional de Trabajo Social en el ámbito socio-jurídico*, Sarita Amaro y Sandra Krmpotic (coords.), Nova Casa, 2018.

social forense en el marco jurídico. Destaca para el objetivo de este texto la nominación de esta autora de la pericial del trabajo social como informe sociofamiliar, técnica principal del trabajo social forense.

Raúl Soto Esteban¹⁵ unifica en su investigación doctoral la investigación social aplicada con la acción cotidiana de trabajadores y trabajadoras sociales en los tribunales, explicando la actividad de éstos en la interrelación sistémica de lo profesional, la justicia y la familia. Entre sus aportaciones se encuentra el empleo del método del análisis del discurso como técnica de investigación, un método de recogida de información y exposición de ésta a través del informe social y una guía práctica para la elaboración de un informe pericial en el ámbito de familia.

Rafael Alcázar Ruiz¹⁶ realiza su tesis doctoral centrada en los procedimientos de guarda y custodia compartida en procesos de separación y divorcio contencioso. Le otorga extrema importancia a la elaboración de instrumentos de evaluación objetivos cuantitativos acordes con los criterios judiciales de adopción de medidas en situaciones de custodia compartida. En consecuencia, presentó una escala de evaluación de la custodia compartida¹⁷ ofreciendo una guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia compartida disputada

¹⁵ Soto, R., *El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales* [tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 2015; Soto, R., "La pericial socio familiar ante el foro judicial", en Mateos, J. y Ponce de León, L., *El trabajo social en el ámbito judicial*, Madrid, COTS, 2016; Gómez, F y Soto, R., "El discurso psicosocial en el fuero de familia español", *Interdisciplinaria* (33-1), pp. 143-161, 2016; Gómez, F y Soto, R., "The development of forensic social work in Spain", *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention* (3), 2016; Soto, R. y Gómez, F., *El Trabajo Social en el foro familiar: Un estudio comparado*, Editorial Académica Española, 2016; Soto, R. y Alcázar, R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, pp. 50-71, 2019.

¹⁶ Alcázar, R. y Ruiz-Callado, R., *Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los Juzgados de Familia La custodia compartida en España*, pp. 109-122, 2017; Alcázar, R. S. E. y R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, 62, pp. 50-71, 2019; Alcázar, R., Pérez Fernández, Fernández-Marrin, García-Domenech, *Guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia disputada Trabajo Social y Servicios Sociales*, pp. 21-33, Ts Nova, 2020.

¹⁷ Alcázar, R., "Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial", *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, Azarbe, 1-1, pp. 271-278, 2014.

validada científicamente. Propone el arraigo social de niños y niñas en separaciones y divorcios como factor de estudio y variable de evaluación específica del trabajo social forense. En consecuencia, crea un instrumento que lo permite valorar denominado "listado de preferencias infantiles". Esta escala enfatiza la idea de que los menores de edad han de ser escuchados en los procedimientos de familia, y que las respuestas a la escala por parte de las personas menores de edad, junto a la posterior evaluación del trabajador o la trabajadora social forense facilita la toma de decisiones al juez o jueza sobre la idoneidad de la guarda y custodia.

Marta Simón Gil¹⁸ propone un modelo teórico denominado modelo pericial de intervención social, en el ámbito de familia, lo hace extensible con ligeras variaciones a otras jurisdicciones, como la de violencia e instrucción. En este último ámbito penal aporta la conceptualización, teorización y evaluación propia del trabajo social forense del daño social, lesiones y secuelas sociales que sufren las víctimas de violencia de género, tanto víctimas de agresión sexual menores de edad, como víctimas adultas de violencia de género. Dicha teorización ha sido acogida por los tribunales españoles en diversas sentencias generando jurisprudencia.

¹⁸ Simón Gil, Marta, "El trabajo social forense y sus dependencias", en Berasaluze Correa, Ainhoa y Ovejas Lara, Rosario (coords.), *IV Jornada de Trabajo social: Más allá de la dependencia*, 2011; "Evaluación de secuelas y lesiones sociales de víctimas adultas de violencia de género en el contexto de trabajo social forense. Dimensiones e indicadores", en *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito socio jurídico*, Nova Casa Editorial, 2017, p. 469; *Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, Consejo general del poder judicial, 2009; "El trabajo social en las Unidades de Valoración Forense Integral: aportes específicos y modelo pericial de intervención social", *Servicios Sociales y Política Social*, 97, 2012, pp. 117-128; il, M. S., "Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales en la entrevista forense: Criterios, dimensiones, indicadores", en *Respuestas transdisciplinares en una sociedad global: Aportaciones desde el Trabajo Social*. Universidad de La Rioja, 2016; *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*, ed. Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaularitzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2014; "Valoración social y familiar: lesiones y secuelas sociales", en González, J. (ed.), *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual: Guía de buenas prácticas*, Barcelona, Bosch, 2018, pp. 387-405; "El daño social: secuelas y lesiones sociales, la evaluación del trabajo social forense en víctimas de violencia de género", *Servicios sociales y política social*, 124, 2020, pp. 11-27.

IV. Contenidos de evaluación del trabajador social en la jurisdicción de familia

Con el interés de unificar la práctica profesional en los juzgados de familia y de violencia sobre la mujer en materia civil, tuvo lugar un encuentro en el Centro de Estudios Judiciales de Barcelona, 3 y 4 de noviembre de 2021, con la abogacía especializada en derecho de familia y gabinetes técnicos de psicología jurídica nacional, en el cual se revisaban protocolos y criterios de actuación entre distintos operadores, tales como jueces y juezas, abogados y abogadas, psicólogos y psicólogas y trabajadoras y trabajadores sociales forenses. La pretensión última de este encuentro fue dar inicio a la propuesta de elaboración de una carta de servicios unificada en estas materias que incluyese a todos los equipos psicosociales del Estado español.

En dicho espacio la presidenta de la Asociación de Trabajo Social Forense Español expuso tras consenso colectivo de los trabajadores y las trabajadoras sociales que forman parte de la mencionada asociación y trabajan en los juzgados de familia y en los de violencia género, los siguientes contenidos de análisis propios del trabajo social en procedimientos de familia.¹⁹

- a) Los trabajadores y las trabajadoras sociales contestan las demandas judiciales derivadas de divorcios, separaciones, alimentos de hijos o hijas no matrimoniales, modificaciones de medida, oposiciones en protección de menores (guardas, acogimientos familiares, adopciones, asunción de tutela por la administración competente), filiación.

¹⁹ Para profundizar en este tema se recomienda el documento denominado "Aportaciones y comunicaciones de los asistentes al encuentro entre jueces y magistrados de familia con las asociaciones de la abogacía especializada, y las asociaciones de psicología forense y de trabajo social: celebradas el 3 y 4 de noviembre del 2021", disponible en: <https://plataformafamiliayderecho.org/2021/12/30/conclusiones-del-encuentro-entre-jueces-y-magistrados-con-competencias-de-familia-la-abogacia-especializada-y-las-asociaciones-de-psicologia-forense-y-de-trabajo-social-forense/>

- b) La disciplina de trabajo social forense estudia y realiza el diagnóstico social interrelacionando las siguientes dimensiones:
1. Estudio del sistema familiar.
 2. Vivienda y patrimonio.
 3. Cultura, educación o formación y empleo.
 4. Niño, niña o adolescente.
 5. Servicios sociales y sistemas de protección social.

Los datos correspondientes a cada dimensión de análisis que siguen a continuación son contenido específico de la evaluación de los trabajadores y las trabajadoras sociales forenses en familia, y se refieren a la pluralidad de elementos que interfieren en el cuidado idóneo de las personas menores de edad, siendo ésta la demanda pericial más solicitada, y por ello se tendrán en cuenta para responder al objeto de pericia, no siendo necesario incluirlos todos en el contenido final del informe pericial salvo si guardan relación y son necesarios para contestar a la pericia solicitada.

1. Estudio del sistema familiar

- a) El estudio del sistema familiar incluye la evaluación de la tipología de la familia objeto de estudio y análisis del genograma familiar abarcando tres generaciones. Analiza específicamente la estructura y dinámica familiar, y con ello, el mapa relacional familiar y la evaluación de la presencia de alianzas o coaliciones excluyentes de éste. Al mismo tiempo incluye el análisis del estilo interaccional habido entre los miembros del sistema familiar.
- b) Historia personal y de relaciones de la familia peritada con sus respectivas familias de origen. Ello puesto que constituyen las redes de apoyo informal de los peritados y resultan primordiales en la comprensión, el bienestar y el desarrollo de las relaciones familiares.

a. Historia de pareja, análisis y evaluación de la trayectoria del conflicto interparental

- a) Análisis de las relaciones mantenidas durante la trayectoria de pareja con la familia extensa de ambas figuras de cuidado.
- b) Atención y grado de satisfacción de la atención familiar a la persona menor de edad en cualquiera de sus esferas (emocional, educativa, médica, alimentación, aseo).
- c) Evaluación de competencias parentales y marentales para la crianza.
- d) Análisis del modelo educativo materno y paterno y su incidencia en el objeto de la pericia.
- e) Evaluación del grado de cooperación parental-marental para la crianza tras la ruptura.
- f) Grado de integración actual de los menores y adolescentes en el entorno paterno y materno.
- g) Evaluación pormenorizada de las características sociales y evaluación de redes de apoyo formal e informal de las partes y personas menores de edad implicadas.

2. Vivienda y patrimonio

- a) Evaluación de la idoneidad de la vivienda para la atención del niño, niña o adolescente y los miembros de la familia.
- b) Valoración y evaluación de la situación económica y grado de cobertura de bienes materiales para cumplimentar las necesidades de las personas menores de edad implicadas. Pudiendo analizar datos sobre:

- 1) Propiedad de la vivienda, trayectoria de su adquisición considerando las aportaciones de capital privativo de los miembros de la pareja y si está reflejado en la propiedad. Análisis del préstamo y las correspondientes cuotas incluyendo retrasos en el pago del préstamo y a quién resultaría imputable.
- 2) Análisis de bienes inmobiliarios (casas, terrenos,) o acciones, fondos de pensiones.
- 3) Bienes de la familia extensa de ambos.
- 4) Deudas contraídas durante la convivencia, a quienes son atribuibles y la titularidad de las mismas.
- 5) Disponibilidad de otra vivienda (propia, compartida, familiar etc.).

3. Educación o formación y empleo

- a) Nivel de estudios del padre y de la madre (o tutores) y evaluación de su incidencia para el objeto de la pericia.
- b) Trayectoria del modelo de adquisición de competencias formativo laborales en la pareja. Si fueron alcanzados antes o después de iniciarse la convivencia y su incidencia para el objeto de la pericia.
- c) Estudio de los desequilibrios formativo-laborales, si los hubiera, y de la dedicación al hogar y la crianza.
- d) Análisis y evaluación de la competencia laboral sobre la trayectoria y situación actual de empleo, asociado a las funciones de crianza.

- e) Experiencia laboral de cada uno de los progenitores.
- f) Puesto de trabajo y tipo de jornada antes de la convivencia, después de tener a los hijos y en el momento actual.
- g) Evaluación del horario de trabajo antes de tener a los hijos, después y en el momento actual.
- h) Análisis de la precarización de la vida laboral de las madres con jornadas a tiempo parcial, falta de ascenso profesional y pérdida de cotización en el Seguridad Social, lo que puede significar un empobrecimiento a largo plazo, con una menor pensión de jubilación y no por ello perjudicar la guarda y custodia de los menores de edad.
- i) Evaluación e integración de datos sobre la dedicación a la crianza de ambos progenitores y su disponibilidad actual de la misma.
- j) Reflejar descompensación económica, formativa o profesional entre los progenitores por priorizar la atención a los hijos.

4. Integración social

- a) Evaluación del grado de integración social y de la capacidad o competencia para aportar recursos de participación social, ocio y tiempo libre para los y las menores de edad.
- b) Evaluación mínima y estimativa de indicadores sociofamiliares que pudieran indicar presencia de violencia de género en sus distintas tipologías económica, física, psicológica, sexual o social. Identificación de violencia económica de género si se concluye que la ha habido.

5. Niño, niña o adolescente

- a) Evaluación de la trayectoria escolar, rendimiento escolar y relaciones sociales en este ámbito.
- b) Análisis del vínculo y evolución del mismo establecido con cada uno de sus progenitores, con sus hermanos y con los miembros de su familia extensa.
- c) Grado de integración social de la persona menor de edad: evaluación de redes de apoyo formal e informal aptas para la calidad de su desarrollo social, familiar y escolar.
- d) Grado de Impacto o posible adecuación o afectación de la organización diaria de la persona menor de edad antes de la separación y en el momento actual.
- e) Evaluación de la adecuación al modelo educativo y estilo de autoridad de ambos progenitores. Análisis del grado de coherencia y cohesión normativa.
- f) Evaluación de la adecuación de la persona menor de edad a los sistemas educativos de ambos progenitores o cuidadores.
- g) Preferencias de la persona menor de edad. Valoración de si está inmersa en el conflicto entre adultos y grado de implicación en éste. Estilo resolutivo por parte de la persona menor de edad y de ambos progenitores.
- h) Evaluación de su trayectoria sociosanitaria y su correlación en el momento de la pericia.
- i) Evaluación de las redes sociales de la persona menor de edad, tipología de ocio, tiempo libre, participación social y relación con iguales adaptado a sus necesidades.

6. Servicios sociales

- a) Historia y evolución de intervención de los servicios sociales con la familia.
- b) Coordinación diagnóstica para evaluación conjunta de posibilidades sobre planes de intervención sociofamiliar después de la sentencia.
- c) Derivación a los servicios sociales u otro tipo de organizaciones del tercer sector si se viera la necesidad de intervención paralelo a la evaluación forense.
- d) Análisis y evaluación de las necesidades de la familia, de los recursos sociales, familiares, de ocio y de participación social con las redes formales.

C. Técnicas de evaluación utilizadas por trabajadoras sociales forenses: procedimiento de intervención

Se refieren a continuación algunas de las técnicas más utilizadas por los trabajadores o las trabajadoras sociales forenses en el ámbito de las periciales de familia, lo cual no excluye muchas propias de la disciplina profesional que se utilicen en función de las características y planteamiento metodológico de cada caso.

I. Técnicas más frecuentemente utilizadas

Entre las técnicas más frecuentemente utilizadas para la realización del dictamen pericial se encuentran: observación directa o indirecta; entrevistas individuales, conjuntas y grupales; visitas domiciliarias; observación interaccional; serie de preguntas circulares; análisis documental; cotejo

con fuentes colaterales; aplicación de cuestionarios; escalas; pruebas psicométricas, y técnicas gráficas de representación.²⁰

Dentro de todas, la técnica principal que se utiliza en el trabajo social forense es la entrevista individual semiestructurada. Ésta se aplica a cada progenitor o tutor y a las personas menores de edad implicadas en la ruptura familiar o en la situación que se valorará. También resultan muy relevantes las entrevistas conjuntas, las cuales suelen incluir a los padres, madres e hijos e hijas, a veces incluso a los dos miembros de la pareja, y a distintos miembros de la unidad familiar, como pueden ser hermanos, hermanas o familia extensa.

La selección de la tipología de entrevista que se aplicará se produce siempre de un modo dinámico, dependiendo siempre de la interpretación de datos y de las consiguientes o sucesivas hipótesis que se vayan formulando durante el proceso de investigación. Durante la misma se aplica el genograma o familiograma para evaluar el funcionamiento de la familia y detectar las relaciones interpersonales de los miembros del sistema, es una representación gráfica y sistema de registro.²¹

Igualmente valiosa como parte de las técnicas específicas propias de la disciplina del trabajo social, es la valoración o visita domiciliaria. Ésta resulta muy útil en la investigación forense, ya que tiene un valor estratégico en la actuación profesional para evaluar el contexto de las familias inmersas en los procedimientos judiciales. Igualmente permite situar a las personas en su vida cotidiana e integra otras dos técnicas: la observación y la propia entrevista en un proceso de interacción con la diversidad de necesidades y condiciones vitales de las personas.²²

²⁰ Gil, M. S., *Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. Cuadernos de derecho judicial*.

²¹ Cedillo, G. J. "Los instrumentos y técnicas como cuestiones insolubles en el corpus teórico-metodológico del accionar del trabajador social", 2017. Disponible en: https://www.margen.org/suscri/margen86/avila_86.pdf (consultado el 30 de diciembre de 2021).

²² Tonon, Graciela (comp.), *Las técnicas de actuación del trabajo social*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2005.

Respecto a la aplicación de pruebas psicométricas, cuestionarios o escalas, ayudan a confirmar o descartar de una manera más objetivable la presencia de variables de tipo cualitativo que se han ido observando en la aplicación de las entrevistas y visita domiciliaria.

Además de las técnicas propias del trabajo social mencionadas resultan fundamentales las coordinaciones profesionales y la información colateral proveniente de personas del entorno o contexto que se analizará, esta técnica se utiliza para el conocimiento a profundidad de determinados contextos o personas se apoya del diálogo-análisis, y *rapport* para conseguir la información adecuada (G. J. 2017). En la investigación forense en familia las coordinaciones más frecuentes suelen ser con puntos de encuentro familiar, oficinas de asistencia a la víctima, servicios sociales de atención primaria: municipales, salud, especializados, centros escolares, instituciones de protección de menores, unidades de salud mental, servicios de atención a la mujer y servicios especializados en tratamiento de toxicomanías o adicciones.

II. Procedimiento en la investigación del trabajador forense en familia

La investigación forense en el caso de los trabajadores y las trabajadoras sociales forenses de la Administración de justicia española parte de la solicitud exclusivamente realizada por el juez o la jueza, sobre el procedimiento que considere. Ello les confiere una mayor objetividad ya que no son informes de parte. Si bien los jueces y las juezas pueden solicitar informes periciales a petición de la parte demandante, demandada, fiscalía o a petición propia.

El proceso de investigación del trabajo social forense sería el siguiente:

1. Cuando llega la solicitud se abre el expediente y registro por parte del equipo pericial. Se procede al estudio y vaciado del contenido

de la información relevante en el expediente judicial para dos finalidades: recabar la información que le atañe a la disciplina del trabajo social y responder al objetivo específico de la pericia solicitada. La información relevante puede tratarse de testimonios, informes médicos, sociales, psicológicos, escolares o de cualquier otra disciplina relevante para el objeto de la pericia.

2. Se procede a la elaboración de una hipótesis sobre el objeto de la pericia solicitada. En este caso, lo habitual es refutar o no las principales tesis de los demandados y demandantes, al tiempo que identificar durante este proceso de realización de hipótesis, posibles intereses subyacentes en cada uno de ellos que puedan ser compatibles con el adecuado cuidado e interés de las personas menores de edad.
3. Selección de las técnicas que se aplicarán para poder obtener la información objeto de análisis pericial. Planteamiento metodológico necesario en cada caso para la aplicación de cada técnica, sus contenidos y orden.
4. Citación de los usuarios implicados en el procedimiento. Incluye personas indirectas que estén relacionadas con el objeto de pericia y que puedan aportar información colateral útil.
5. Aplicación de las técnicas seleccionadas. Entrevistas individuales, familiares. Serie de preguntas circulares, observación interaccional. Realización del genograma familiar. Solicitud por parte del trabajador o trabajadora social de informes colaterales del ámbito sociosanitario que no se encuentren en el expediente judicial. Observación directa: visita o valoración domiciliaria, escolar, del barrio o zona residencial, etc. Entrevistas de coordinación con otros profesionales que han intervenido con algún miembro de esa familia. Aplicación de cuestionarios y test psicométricos, corrección e interpretación.

6. Solicitud al juzgado de oficiar a instituciones sociosanitarias que se consideren relevantes para emisión de informes de intervención o tratamiento realizados.
7. Elaboración del diagnóstico sociofamiliar forense.
8. Elaboración del informe pericial.
9. Ratificación y defensa del informe pericial en la vista oral.

III. Contenido del informe socio familiar²³

1. Identificación del perito que emite el informe y del procedimiento para el que se solicita el informe.
2. Explicitación del objetivo de la pericia.
3. Descripción de la metodología que se ha llevado a cabo para la elaboración del informe.
4. Epígrafes que pueden variar según el contenido e interés de la pericia:
 - i. Antecedentes relevantes: resumen de los hitos familiares y judiciales de la familia, breve situación actual.
 - ii. Entrevista materna o paterna, en la que se recogerán habitualmente los siguientes datos:
 - Composición de la familia de origen.

²³ El contenido aquí expuesto es meramente orientativo, pero fruto de la recopilación del trabajo de consenso de los trabajadores y trabajadoras sociales de la Asociación de Trabajadores Sociales Forenses española, sin embargo, no está publicado. Para abundar en este contenido se recomienda especialmente Ruiz, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Málaga, 2013.

- Historia individual.
 - Historia de pareja y atención del menor (menores) de edad.
 - Situación actual:
 - Relaciones actuales.
 - Organización habitual con el menor o menores de edad e incidencias (si las hay).
 - Apoyo familiar y social.
 - Situación laboral.
 - Datos sobre la salud de grupo de convivencia.
 - Ubicación del núcleo de convivencia.
5. Síntesis de los datos más significativos y análisis de la incidencia de éstos sobre la situación. De acuerdo con lo anterior se realiza una síntesis explicativa, se ponen en relación los diferentes elementos que se han estudiado y se da una opinión sobre el asunto como experto. Es un diagnóstico social en trabajo social dentro del método científico del método básico.
 6. Contestación a la demanda del tribunal sobre la guarda y custodia, y régimen de visitas más adecuado, teniendo en cuenta las características de todos los miembros de la familia.
 7. Derivación a otros servicios en la propuesta si se considera necesario.
 8. Firma del profesional que ha elaborado el informe o su número de colegiado.

D. Violencia de género oculta en procedimientos de familia de los tribunales españoles

En muchos procedimientos de familia, dentro de la evaluación del trabajador y la trabajadora social forense es frecuente encontrar aspectos o indicadores que sugieren que se trata de una relación sostenida en la violencia de género. Es frecuente que las mujeres no denuncien la violencia por miedo a que las confrontaciones en el medio judicial incrementen el grado de respuesta violenta de su pareja. Es una realidad que la violencia machista encubierta y naturalizada se intensifica en la separación,²⁴ y que, de hecho, se ha convertido en una de las tipologías de trayectorias violentas más frecuentes, asociada al momento de la ruptura de la pareja.²⁵

La ausencia de denuncia de violencia también se puede deber a que las propias mujeres aún no han podido identificar su situación de sometimiento en la relación. Ello porque cumplen con el rol que se les otorga como madres, en relación con la posición del poder del padre, convirtiéndolas en meras transmisoras o mediadoras de la autoridad paterna.²⁶

En otras situaciones la mujer considera que la denuncia por violencia puede desencadenar un grave daño para ella o para sus hijos e hijas por parte de su pareja, si tenemos en cuenta que el contacto con su pareja no desaparece y se transforma en una vinculación referida a las funciones de maternidad o paternidad. Los datos al respecto son contundentes en España si nos atenemos a las cifras de asesinatos de menores de edad en espacios de cumplimiento de derecho de visitas con el padre: 255 desde 2013, cuando comenzó el recuento.

²⁴ Iturbide Rodrigo, R., Amigot Leache, P y Covas, S., *Experiencias de mujeres en procesos de separación y divorcio. Un estudio cualitativo sobre dinámicas de poder masculino y violencias naturalizadas*, 2021.

²⁵ Navarro, S., *Redes sociales y construcción comunitaria*, Madrid, CGS, 2010.

²⁶ Reyes, C., Paula, *El olvido de los derechos de la infancia en violencia de género*, Madrid, Editorial Reus, 2021.

Estas situaciones tan habituales vienen asociadas a las graves dificultades que el propio sistema judicial genera a las mujeres, debido a que son frecuentemente cuestionadas cuando denuncian la violencia de la que son sujeto, e incluso pueden resultar culpabilizadas si no acceden a la custodia compartida. Así, en algunas comunidades autónomas españolas, a pesar del grado de conflictividad de la pareja, esta opción de custodia se ha regulado legalmente como primera opción de cuidado de hijos e hijas en situación contenciosa.²⁷

Con todo, resulta crucial poder identificar la violencia desde el trabajo social forense cuando opera en el juzgado de familia. La presencia de violencia de pareja en la relación que estamos evaluando, tanto si es violencia anterior, posterior o en el momento de la ruptura dentro del procedimiento de familia, se hace imprescindible para señalarla en el informe pericial. Dicha identificación de la violencia durante la evaluación pericial de familia permitiría a la trabajadora social o al trabajador social forense incluir una propuesta en su informe pericial, incluso a modo de conclusiones, de derivación del caso a las UVFI de los juzgados de violencia, para proceder a la evaluación, sus contenidos, existencia, tipología, gravedad e incluso la evaluación del daño social si lo hubiera. Sin embargo, esta decisión dependerá siempre del juez o la jueza de familia, quien al leer el contenido de la pericial podría inhibirse en favor del juzgado de violencia sobre la mujer.

I. Identificación de la violencia económica en los procedimientos judiciales de familia

Dentro de los factores de violencia no denunciada y que es muy recurrente en las separaciones y divorcios de los procedimientos civiles, se

²⁷ La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, aprobada por el Parlamento Vasco, en su capítulo IV, artículo 9, establece que: "La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor".

encuentra una tipología violenta que le compete específicamente a la evaluación forense de la trabajadora o el trabajador social: la violencia económica, la cual conlleva miedo en las mujeres hacia las respuestas y actitudes de sus exparejas al negociar y concretar acuerdos de tipo económico, lo cual frecuentemente provoca que negocien y concreten acuerdos a la baja.²⁸

Este tipo de violencia de género ha sido investigada en distintos países, puesto que su afectación se plasma en las mujeres de los distintos continentes, y dicha afectación aporta evidencias de un patrón repetitivo de violencia, en el cual los hombres controlan y limitan a las mujeres el uso, el mantenimiento y la adquisición de recursos económicos y materiales. Los recursos incluyen los bienes de carácter financiero, la restricción y la obstaculización de acceso a la educación o empleo.²⁹

Entre las mencionadas investigaciones sobre la violencia económica destaca el reciente Proyecto europeo ECOVIO, liderado por la Universidad de Extremadura en colaboración con Instituto Polibienestar y la empresa social italiana GruppoR. Las autoras del proyecto proponen entre sus contenidos un material formativo elaborado para los profesionales del ámbito social, que les permite la identificación de la violencia económica. En estos materiales definen e identifican del siguiente modo las dimensiones integrantes de la violencia económica:

Control económico: durante la convivencia se produce cuando la pareja controla los gastos y el dinero de la economía familiar y no hace partícipe a la mujer. Después de la convivencia o relación se produce cuando la expareja incumple sus obligaciones con la mujer y los hijos e hijas y además lo hace de manera voluntaria.

Explotación económica: durante la convivencia se produce cuando la pareja utiliza los recursos económicos de toda la unidad familiar para

²⁸ (Iturbide, et al., *op. cit.*, 2021).

²⁹ Proyecto Europeo ECOVIO, Violencia económica y violencia de género, 2020.

sus gastos propios, lo hace sin comunicarlo ni indicarlo a la mujer. Tras la convivencia este indicador de la explotación económica se produce cuando la expareja no cumple sus obligaciones de pago de las deudas comunes, o utiliza los bienes de la unidad familiar para su propio uso personal. Se produce una reducción de acceso de las mujeres a los recursos generando una deuda económica o disminuyendo el crédito de la mujer.

Sabotaje laboral: durante la convivencia se produce cuando la pareja no permite a la mujer recibir formación o incluso trabajar. Tras la convivencia se produce cuando se incumplen por parte de la expareja todas o parte de las obligaciones de custodia, impidiendo a la mujer poder llegar a cumplir con sus obligaciones laborales.

Como vemos, esta violencia económica está claramente definida y cada vez hay más evidencias de su presencia en distintas esferas del desarrollo socioeconómico de las mujeres dentro de sus relaciones de pareja; a pesar de su identificación, este tipo de violencia no se encuentra tipificada en el Código Penal español. Este vacío legislativo ha comenzado a tener su reflejo en algunos tribunales españoles, los cuales resultan cruciales por el reconocimiento de esta tipología violenta, y por los aportes jurisprudenciales que ya han establecido.

En concreto nos referimos a dos resoluciones de dos jueces o juezas españolas. La primera es una sentencia del Tribunal Supremo en la cual se identifica y sanciona por primera vez el impago de pensión alimenticia como un tipo de violencia económica (Vicente Almagro, STS nº 239/2021, Sala 2ª, 17 de marzo). La segunda destaca de un modo sobresaliente porque entraña en sí misma una propuesta legislativa. Es una sentencia en un procedimiento de divorcio por impago de pensión alimenticia emitida por la magistrada Lucía Avilés del juzgado penal núm. 2 de Mataró, (Barcelona, PAB nº 44/2020, 22 de julio de 2021). En ésta, la magistrada, además de identificar y señalar la violencia económica como violencia de género en un caso de reclamación de cantidad por

impago de pensión de alimentos, señala la existencia del daño social derivado de ella, solicitando en consecuencia una reparación integral del daño. Pero sobre todo resulta especialmente valiosa porque integra de manera razonada una propuesta legislativa en la que solicita al gobierno español la necesidad de tipificar la violencia económica e incluirla en el Código Penal como violencia de género.

Estos aportes jurídicos suponen una fuente de justicia para las mujeres, puesto que la violencia de género oculta en forma de violencia económica en los procedimientos de familia, ya se empieza a visibilizar y esto confluye con la evaluación específica del trabajo social forense por constituir la violencia económica, el contenido específico de su evaluación.

E. Identificación del trabajador social forense del daño social en la evaluación de la violencia de género

Se exponen a continuación los contenidos más significativos del trabajo social forense en los juzgados de violencia sobre la mujer. Como hemos visto, los problemas y dificultades de las familias que atraviesan por un procedimiento judicial de familia pueden encontrarse inmersos en una violencia de género en cuyo caso en el propio juzgado de violencia de género se dirime el expediente civil y penal. De ahí que el trabajo social forense haga sus aportaciones específicas, parte de las cuales se desarrollan en los siguientes epígrafes.

I. Modelo pericial de intervención social en violencia de género

En el caso de las víctimas de violencia de género la aplicación del Modelo pericial de intervención social con perspectiva de género fue crucial para poder operar en la realidad judicial en la inclusión de la categoría de género, y en el objeto científico del trabajador o la trabajadora

social³⁰ nació este modelo que consta de 11 pasos, los cuales permiten responder a la doble función del trabajador o la trabajadora social forense asesora de los tribunales y asistencial. Los pasos son los siguientes:³¹

1. Identificación y ajuste de la demanda del juez o la jueza.
2. Contextualización de la familia en el ámbito judicial.
3. Explicitación del modelo de trabajo ampliando el objetivo del dictamen pericial hacia la intervención social.
4. Identificación de la demanda de la persona usuaria.
5. Redefinición de la demanda.
6. Evaluación integral de la situación, previa selección de la metodología a utilizar y puesta en práctica de todas las técnicas necesarias para ello.
7. Diagnóstico social.
8. Devolución a la persona o familia del contenido del diagnóstico.
9. Establecimiento de un acuerdo verbal con las personas o la familia sobre el plan de intervención propuesto.

³⁰ La profesión del trabajo social presenta una visión holística de la persona, tanto en su evaluación como en su intervención, ya que se tienen en cuenta diferentes aspectos de su interacción con todos los contextos en los que se desarrolla su vida.

³¹ Gil, M. S., *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*, 2014, pp. 127-128. El modelo pericial de intervención social es la base de partida para la evaluación forense, ya sea en el ámbito penal de menores de edad y adultos o adultas, como en el ámbito civil. La utilización de ese modelo favorece que el resultado de la evaluación sea tan útil para el juez o la jueza como para las personas usuarias. La conceptualización del daño social y sus resultados en tribunales no habría sido posible fuera del marco de este modelo. Para profundizar en el modelo aplicado a víctimas de violencia de género se pueden remitir a Simón Gil, M., "El trabajo social en las Unidades de Valoración Forense Integral: aportes específicos y modelo pericial de intervención social", *Servicios Sociales y Política Social*, 97, 2012, pp. 117-128.

10. Coordinación del tratamiento social con los servicios socio-sanitarios.
11. Redacción del informe pericial.

Mediante la aplicación del modelo pericial de intervención social, se constató que en las entrevistas forenses las víctimas de violencia de género relataban sufrir una serie de consecuencias negativas originadas por el delito, las cuales precipitaban a las mujeres y a las niñas a una situación de vulnerabilidad social exclusivamente asociada a los hechos de los que habían sido víctimas. Estas consecuencias eran de tipo social, y se podía apreciar que la posición social y familiar que ocupaban las víctimas antes del delito había sido dañada, menoscabada, por la acción de control, agresión, prohibiciones, imposiciones del agresor o miedo de la víctima, tanto a perder al agresor, como a dañar a las personas que configuran su red de apoyo social. Así, todas las víctimas evaluadas relataban reaccionar de manera contraria al modo habitual a como lo harían frente a cualquier otro delito. De los relatos de las víctimas de violencia de género se desprende una tendencia a evitar la interposición de la denuncia tras recibir la agresión, aun siendo ésta continuada. Añaden que ocultan las agresiones que sufren tanto a sus redes de apoyo informales como a las formales, de este modo, en el ámbito social se ven privadas de la ayuda de sus seres queridos o incluso de las instituciones de protección social tras sufrir la agresión. Este hecho prolonga su exposición a la violencia y les impide desarrollar estrategias de salida de ésta, y, con ello, se precipitan hacia una situación de vulnerabilidad social que antes no tenían, o que si padecían era de menor intensidad. Con todo, las víctimas no sólo relatan la ausencia de apoyo de sus redes a consecuencia del silencio al que se han visto sometidas, sino que además informan de su situación de aislamiento social, pérdida de referentes laborales, formativos, bienes económicos y todo tipo de actividades de ocio y tiempo libre provocadas por imposiciones violentas de sus agresores y por la posición que ellas mismas han ocupado en la relación fruto de la interacción violenta. De este modo, el grado de vulnerabilidad social añadido al delito se amplía al impedimento de realizar vida personal y social autónoma e independiente. Esta constatación una vez formulada es fácilmente

identificable por cualquier técnico o técnica e incluso personal que haya tratado con una víctima de violencia de género. Sin embargo, los efectos sociofamiliares de esta violencia, al igual que ocurre con la violencia económica, no tienen su plasmación en los tribunales españoles del mismo modo que la tienen otros daños ocasionados por el mismo delito. La lógica de la violencia de género en los tribunales españoles identifica y tipifica la existencia de consecuencias de tipo físico, psicológico y psíquico en la vida de las víctimas; sin embargo, el daño social no resultaba visible por no encontrarse definido.

Le concierne al trabajador o trabajadora social forense apuntar, nombrar y evaluar las consecuencias socioeconómicas y familiares resultantes del delito y para ello resultaba necesario dotar de contenido teórico el daño social en los tribunales.

II. El daño social: bases teóricas

En el contexto forense el modelo clínico es el que permite a las disciplinas de medicina y psicología objetivar el daño en los tribunales, el trabajo social forense había de incluir la evaluación pericial del daño y las consecuencias sociales del delito, así como el nexo causal entre la violencia investigada y el daño social.

Lo que se desarrolla en los siguientes epígrafes constituye la reproducción y compendio de publicaciones anteriores de la autora.³²

1. Daño y trauma social

Partimos de la siguiente definición de daño social: los efectos experimentados por una víctima en sus relaciones familiares o sociales como

³² Gil, M. S., *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*, pp. 30-33; "Valoración social y familiar: lesiones y secuelas sociales", pp. 387-405.

consecuencia de un evento traumático, en el que tales efectos están asociados a la resonancia del suceso en las nuevas condiciones sociales y posición del afectado, respecto a su contexto y mapa relacional anterior. Esto tanto en referencia a los aspectos vinculados con la construcción social del sujeto (dimensión subjetiva del daño), como al propio mapa relacional en que éste se encuentra inserto (dimensión objetiva).³³

Así, el daño social en el contexto legal desde un enfoque clínico parte de que la consideración legal para la víctima está enfocada en el efecto traumático que tienen los delitos sobre ella. Esta noción hace referencia al trauma y al diagnóstico de sus efectos, y para el trabajo social es crucial la noción de que el trauma se produce con base en la ocurrencia de causas externas en quien lo padece, puesto que sobreviene por motivos como la guerra, el maltrato de la pareja y la violación. Así, igual que el trauma ocasiona daño psíquico a la persona,³⁴ conlleva también consecuencias externas que provocan altos niveles de discapacidad social y que incluyen algunos indicadores de clara transcendencia social.

En el estrés postraumático existe un grupo de síntomas, como la evitación, la reducción por parte del individuo del interés o de la participación en actividades que resultan significativas, o la reducción de la vida afectiva, con incapacidad de experimentar sentimientos positivos.³⁵ Sin embargo, la presencia de este criterio no garantiza de forma específica o diferenciada el daño social que pueda haber recibido la víctima.

Esta dimensión social nos sumergiría de lleno en una nueva perspectiva del trauma, la psicosocial. Este enfoque es necesario puesto que la experiencia traumática tiene una dimensión individual y social, de este modo,

³³ AA. VV., *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*, Documento de Trabajo Interinstitucional, Santiago de Chile, 2010.

³⁴ Blanco Abarca, A. D. D., "Bienestar social y trauma psicosocial: una visión alternativa al trastorno de estrés postraumático", *Clínica y salud*, 15(3), 2004, pp. 227-252.

³⁵ Orengo, G. F., "Perspectivas psiquiátrico-legales en torno a la cuestión del daño y trauma psíquicos", 2004.

Beristain³⁶ nos introduce en el trauma, además de en su consideración hacia el daño psíquico, también hacia el trauma social, que tiene que ver con la consideración del impacto que estos hechos pueden tener en la comunidad o grupo de referencia, y nos permite examinar diferentes niveles de impacto, situándonos en la relación dialéctica que existe entre lo personal y lo social denominándose trauma psicosocial. En este sentido, los efectos se dan también en el ámbito social, tales como el estigma, consecuencias laborales, formativas, económicas o de integración social. Por su parte, Castex³⁷ define el daño psíquico aludiendo a las limitaciones que genera en la capacidad de goce individual, familiar, laboral, social o recreativo de las víctimas.

Podríamos considerar entonces el daño social como la afectación en las esferas familiar, laboral, económica, social o recreativa que ha sido generada a consecuencia de una vivencia traumática. Cabría, finalmente, según propone Beristain,³⁸ añadir para todos los casos, la consideración cultural del daño como pieza fundamental para dimensionarlo. Destacarían dos tipos de daño, uno en las creencias básicas de las personas. Éstas vivencian el mundo como un lugar seguro y con sentido, y el impacto del trauma interfiere y erosiona la creencia, afectando la confiabilidad, la relación con los otros y también la percepción de la persona sobre su dignidad. El otro daño es el que se genera en las creencias básicas según la cultura de partida. Aquí, se produce un estigma social cuando en el imaginario social o más cercano a la víctima se le responsabiliza presuponiendo que algo hubo de hacer, algún tipo de participación activa debió tener para haber sido violentada. En el caso de violencia de género, el estigma se asocia a la propia violación, prostitución forzada, o cualquier tipo de agresión, considerando a la persona afectada como portadora de una marca de la que no se puede librar o siendo rechazada

³⁶ Beristain, M., *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*, Bilbao, Instituto HEGOA UPV/EHU, 2010.

³⁷ Castex, Mariano N., *Daño Psíquico y otros temas forenses*, Tekné, 1997, p. 142.

³⁸ Martín Beristain, Carlos, *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de Derechos Humanos*, Bilbao, Instituto HEGOA UPV/EHU, 2010.

en su medio social sin reconocimiento institucional o social. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el concepto de daño social como ámbito de valoración específico en el trabajo social forense incluye la evaluación pericial del daño social y las consecuencias sociales que el delito ha generado.

2. Red social

Para adentrarnos en el trauma psicosocial es preceptivo definir el daño social en las redes de las víctimas, por lo que es necesario conocer el concepto de red social Navarro³⁹ aporta una perspectiva ecosistémica, profundiza en el trabajo social con base en el fortalecimiento de las redes sociales de apoyo informales y formales que configuran el entorno socioambiental de las personas. Esta autora define la red social como "aqueil entretejido formado por las relaciones sociales que, en los diferentes ámbitos de vida, y con diferente grado de significatividad, vinculan unos sujetos con otros. Sus efectos sobre la salud y el bienestar de las personas son especialmente significativos y probados".⁴⁰ Así, mientras que las evaluaciones forenses sobre violencia de género se centran de modo muy exclusivo en valorar el daño personal o individual, el trabajo social desde esta perspectiva incluye lo que Navarro denomina el "énfasis ambiental", logrando con ello identificar y evaluar los impactos sobre las redes de apoyo de la víctima.

Profundizando en el concepto de red social Arruabarrena⁴¹ definen la red de apoyo social como

grado en que las necesidades sociales básicas de la persona son gratificadas a través de la interacción con otras personas. [...] Las principales necesidades serían de afecto, aprobación, identidad, seguridad y pertenencia y se pueden satisfacer tanto a través de la

³⁹ Navarro, S., *op. cit.*, 2010.

⁴⁰ Navarro, S., *op. cit.*, 2010, p. 47.

⁴¹ Arruabarrena, O., *Manual de protección infantil*, Barcelona, Mason, 2007, pp. 36-37.

ayuda emocional como del material que el sujeto recibe de las personas con las que interacciona.

De este modo, gracias a las aportaciones de estos autores podemos acercarnos a la pormenorización del daño que sufren las redes sociales de las víctimas de violencia de género.⁴²

3. Vulnerabilidad social

Una vez definidos el daño social, el trauma social y la huella del delito en las redes sociales de las víctimas es pertinente conocer el tipo de impacto que les genera y el modo en el que podemos visibilizar este daño en el sistema legal. Así, utilizaremos una categoría presente en el código penal como atenuante, que es el concepto de vulnerabilidad. Afirmamos así que el daño social en las víctimas les precipita a una situación de vulnerabilidad social, la cual puede definirse como "condición social de riesgo, de dificultad, que inhabilita e invalida, de manera inmediata o en el futuro, a los grupos afectados, en la satisfacción de su bienestar en tanto subsistencia y calidad de vida en contextos socio históricos y culturalmente determinados".⁴³ Tal como recoge Lazcano,⁴⁴ la definición de víctima en situación de vulnerabilidad está recogida en las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia, en marzo de 2008.

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificul-

⁴² Gil, M. S., *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*.

⁴³ Perona, Nélica y Graciela Rocchi, "Vulnerabilidad y exclusión social. Una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares", *Kairos, Revista de Temas Sociales*, núm. 8, 2001, pp. 7-8.

⁴⁴ Portero Lazcano, Guillermo, *Unidad de Valoración Forense Integral de Vizcaya: La experiencia de un año de funcionamiento*, 2011. Disponible en: <http://www.justizia.net>.

tades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Por tanto, la legislación contempla situaciones de vulnerabilidad, por un lado, y de vulnerabilidad social, por otro. Para la consideración de vulnerabilidad se incluyen factores de carácter individual como edad, capacidad o inferioridad, y para la de vulnerabilidad social se incluyen, además, otras variables de carácter externo, como pobreza, género y migración, entre otras. Así, la consideración de vulnerabilidad social asociada al daño social facilita la apertura del establecimiento de consecuencias derivadas del delito y asociadas a factores externos, si son resultado de la comisión de éste.

Para definir los principales ejes que entraña el análisis de la vulnerabilidad social, adoptamos la idea de capital referida por Katzman,⁴⁵ quien desglosa el concepto en a) capital físico, compuesto por los bienes materiales (vivienda y terreno y bienes durables útiles para la reproducción social) y financieros (ingresos, seguros y mecanismos de protección social); b) capital humano, que incluye el valor añadido que da la educación y la salud, y c) capital social, que consiste en las redes sociales, los contactos, el acceso a la información y las posibilidades de influir para poder modificar condiciones de vida adversas.

Desde esta construcción teórica, y teniendo en cuenta que el Código Penal ya considera el estado de vulnerabilidad como un agravante (para

⁴⁵ Katzman, R., *Segregación racial y desigualdades sociales en Montevideo*, Montevideo, CEPAL, 1999, pp. 294-296.

el tipo delictivo que aquí nos ocupa subraya en concreto factores como edad, discapacidad y superioridad), podemos añadir que la vulnerabilidad social, entendida como la pérdida o imposibilidad de futuro de acceder a estos tres tipos de capitales, puede llegar a constituir un estado de vulnerabilidad social sobrevenida por la violencia de género. Así, teniendo en cuenta que en el contexto penal la evaluación pericial de daño consiste en valorar las consecuencias sociales y psicológicas (lesión psíquica o secuelas) del delito,⁴⁶ y que el grado de daño psicológico (lesiones y secuelas) está mediado, entre otros factores, por la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima,⁴⁷ la vulnerabilidad social de la víctima en cuanto a los cambios e incluso rupturas producidas por la violencia de género en el entorno social y familiar es la categoría de análisis que nos permitirá, en función de su persistencia en el tiempo, determinar la existencia de lesión o secuela de carácter social.

4. Establecimiento de lesiones y secuelas sociales derivadas del delito

Para establecer la existencia de lesiones y secuelas sociales resulta crucial partir de la correlación interdisciplinar y, por tanto, de las consideraciones que estos dos conceptos incluyen en la disciplina psicológica. Al respecto, con relación a las lesiones o secuelas, Echeburúa considera que en la esfera psicológica destacan, entre otros factores, la intensidad o duración del hecho, las pérdidas sufridas, la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima y la posible concurrencia de otros problemas actuales en el ámbito familiar y laboral, y el apoyo social existente. De ahí que entre las lesiones psíquicas y secuelas emocionales en el sujeto ocasionadas por el delito también se produce menoscabo en su calidad de vida por el impacto experimentado en el entorno social y familiar.

⁴⁶ AA. VV., *op. cit.*, p. 43.

⁴⁷ Echeburúa, E., *Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de delitos sucesos*, Madrid, Pirámide, 2004, p. 41.

Así, el autor considera que la determinación de la secuela hace referencia a la persistencia en el tiempo de la sintomatología de estrés postraumático (TEPT) asociada al hecho delictivo. Orengo⁴⁸ afirma que para su diagnóstico habrían de concurrir factores de tipo sintomático y temporal. En cuanto al primero, el grupo de síntomas es muy amplio, ya que se incluyen tanto los de carácter intrínseco a la persona como los de carácter externo. Respecto a los factores de tipo temporal, se establece el estrés agudo cuando los síntomas duran menos de un mes; si éstos aparecen entre el segundo mes y el sexto después de la vivencia traumatizadora, se correspondería a un TEPT agudo, y si los síntomas perduran tres meses o más se hablaría de TEPT crónico. El autor alude también a una forma de inicio demorado o diferido, la cual ocurre cuando entre el acontecimiento traumático y el inicio de los síntomas han pasado más de seis meses. En ocasiones es difícil precisar la tipología señalada en el contexto de un juicio, puesto que quizás en el momento que sucedió no hubiera sintomatología aparente. Por esta cuestión es importante, por un lado, citar para evaluar a la persona cuando ha pasado el tiempo pertinente y, por otro, explicitar en la vista oral que aunque no se aprecie sintomatología significativa en ese momento, es posible que aparezca con posterioridad.

Atendiendo a los factores sintomáticos desde la particularidad del trabajo social, la intervención de éste se concentra en la interacción de las personas con su entorno. En consecuencia, los síntomas que atañen a la evaluación del trabajador o la trabajadora social son de tipo social y se corresponden con la evaluación de las afectaciones o impactos del delito en las diferentes dimensiones de la persona en su interacción social.

La intensidad de estos impactos puede repercutir en que la persona sufra una situación de vulnerabilidad cuya consideración legal, como hemos visto, entraña, además de los aspectos internos de la persona, los aspectos externos, como son circunstancias sociales, familiares, económicas,

⁴⁸ Orengo, G. E., *op. cit.*, 2004.

laborales, étnicas o culturales, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Si el efecto traumático agrava los factores de vida mencionados estaremos hablando de la presencia de síntomas de tipo social, ya que hemos señalado que la vulnerabilidad es uno de los factores coadyuvantes al mantenimiento de la sintomatología traumática consecuencia del delito. Por ello, retomando la definición de vulnerabilidad ésta pasa a ser de tipo social por la condición de riesgo, dificultad social que inhabilita e invalida, de manera inmediata o en el futuro, a las víctimas tanto si afecta a la relación que mantienen con sus sistemas y redes de apoyo, como si erosiona, menoscaba y transforma negativamente estas redes o sistemas.

Acorde con todo lo expuesto, entendemos que la evaluación forense del trabajador y la trabajadora social ha de mantener una correlación interdisciplinar que garantice que estén presentes los mencionados factores de tipo sintomático y los de tipo temporal en la misma medida que la duración de los síntomas de TEPT, por lo que proponemos la siguiente consideración:

- a) **Lesión social** cuando se produzca vulnerabilidad social de carácter socio familiar en tanto que la víctima se situará en una situación de desventaja social, al menos durante 3 meses como consecuencia de lo sucedido.
- b) **Secuela social**, en función de la persistencia y gravedad, si se produjera de manera crónica la pérdida de red para el desarrollo social, en tanto en cuanto las consecuencias en la interacción individual con sus sistemas de apoyo social supongan la ruptura total con algunos de ellos, condicionando todo su futuro relacional de por vida.⁴⁹

⁴⁹ Gil, M. S., "Valoración social y familiar: lesiones y secuelas sociales".

5. Tratamiento social

Para finalizar quiero profundizar en la idea de que el daño social desarrollado, a pesar de que se ha podido plasmar, como veremos en adelante, en una indemnización a las mujeres víctimas de violencia de género que ha incluido algunas sentencias, no es el único objetivo de evaluación de los trabajadores y las trabajadoras sociales, sino que el remite al tratamiento social sugestivo de intervención social. Es decir, la valoración y visión de las víctimas no parte únicamente de la visibilización del daño, sino que remite obligatoriamente a la identificación de sus fortalezas, capacidades y enormes cualidades que permiten que esas mujeres no sean víctimas sino supervivientes. Remite a su resiliencia y la propuesta en el informe forense de tratamientos sociales para ellas centrados en la restitución de sus redes sociales; éstas son cruciales para su recuperación, como señala en su tesis Aretio.⁵⁰ Recuperación que puede ser posible dentro de sus comunidades de referencia, y que contempla hacerles partícipes de su tratamiento y rehabilitación social.

F. Dimensiones de análisis del trabajo social forense en la evaluación de víctimas de violencia de género

Una vez establecidas las bases epistemológicas de la evaluación del daño social en el contexto del trabajo social forense, aún faltaría plasmar este daño en las áreas o dimensiones de análisis del objeto científico del trabajo social, que en la especialización forense y para la violencia de género en la práctica de la evaluación forense⁵¹ identifica las siguientes dimensiones de análisis de la víctima.

⁵⁰ Aretio, Antonia, *Las supervivientes que salieron del infierno. Factores que ayudan a las mujeres a superar la violencia de género en la pareja heterosexual*, Universidad Pública de Navarra, 2015, p. 320.

⁵¹ Se señalan aquí sólo las dimensiones de análisis y sus indicadores, pero para su profundización cabe señalar que tanto en Gil, M., *Bases teórico metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales en el abuso sexual a menores*, y "Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales en la entrevista forense: Criterios, dimensiones, indicadores", p. 113, las dos diferenciadas por la tipología de violencia, el primero para menores abusadas sexualmente y el segundo para víctimas adultas de violencia de género, se incluyen listados de preguntas necesarias para confirmar o no la presencia de cada indicador.

I. Dimensión del sistema de interacción de la víctima con el agresor

Esta dimensión resulta imprescindible para identificar la presencia de una tipología o trayectoria de violencia de género, ya que dependiendo de la tipología identificada podemos prever que se vaya a considerar punible por los tribunales de justicia. Es de destacar que las nuevas investigaciones sobre la violencia de género han sufrido variaciones en cuanto a su consideración y que las últimas no consideran de género a todas las violencias, e identifican como tales principalmente cuando en ellas concurren mecanismos de coerción sobre las mujeres. Es decir, específicamente la presencia de control y de poder de los investigados sobre las mujeres.

En esta dimensión propongo para su análisis la presencia de los siguientes indicadores: asimetría de poder, existencia de control en la pareja o en este caso del agresor, dependencia de la pareja o agresor, presencia de estilo interactivo violento, progresión en la agresión. Si se concluye la presencia de estos indicadores se puede completar si hay menoscabo, disminución o lesión social durante la agresión y posterior a ésta.

II. Dimensión del sistema familiar

Esta dimensión permite la exploración de los sistemas de la familia de origen o los formados y nos remite a los sistemas de creencias, pensamientos, interacciones y relaciones que ayuden a comprender la identidad familiar de la víctima y el menoscabo que hubiera podido resultar de la agresión en este sistema de apoyo fundamental para ella. En esta dimensión resulta especialmente pertinente corroborar el menoscabo en las relaciones de la víctima con sus familiares más queridos, puesto que en este tipo de delitos es frecuente la ocultación de la agresión y la tendencia a no compartirlo con la familia para tratar de protegerla del dolor, o también, como un intento de la víctima de evitar la vergüenza que

siente de sí misma frente a su familia o de la familia hacia la comunidad por el estigma social que conlleva este tipo de delitos.

Los indicadores son existencia de cultura patriarcal, de autoridad jerárquica en el hogar, minimización o tolerancia a la violencia y estilo interaccional familiar, por si en ellos observamos pérdidas, cambios o deterioros relacionales que remitan a la presencia de lesión o secuela social.

III. Dimensión formativa o laboral

Dimensión muy presente no sólo en el trabajo social forense sino en la práctica de toda la profesión. En esta dimensión exploraremos existencia o no de la ruptura, impedimento, menoscabo de la víctima en el trabajo, la formación, cualquier desempeño profesional, laboral o formativo tras o durante la agresión.

Los indicadores propuestos son formación, trabajo o actividad laboral y daño económico. Por si en ellos encontramos indicios de lesión o secuela. Profundizar que las pérdidas económicas se pueden ver reflejadas no sólo en las actividades laborales sino en todos los bienes de la víctima, incluido el nivel de endeudamiento que haya podido adquirir forzada por su agresor.

IV. El sistema de interacción social

En esta dimensión se explora el impacto y los cambios habidos en la configuración de las relaciones sociales de la víctima que se puedan haber precipitado tras la agresión.

Los indicadores propuestos son autonomía o dependencia de tipo social, inclusión o exclusión social, conocimiento y acceso a la red formal y economía familiar. Aquí es muy importante conocer si a consecuencia de la violencia recibida se han producido estos deterioros y en qué medida, para poder señalar la existencia de lesión o secuela social.

V. Dimensión cultural

Se procederá aquí a analizar el impacto de la comunidad de referencia de la víctima y si la sensación de seguridad o confiabilidad en su mundo se ha visto dañada. Los indicadores son narrativa sobre la violencia y atribución de significados, atribuciones culturales de partida de la violencia, discurso cultural culpabilizador y estigmatización social.

Es frecuente en la práctica encontrar aquí a mujeres de distintas etnias o prácticas religiosas radicales que sufren una secuela social porque tras la violencia recibida son rechazadas, excluidas o estigmatizadas por sus propias comunidades de referencia.

G. Reconocimiento jurídico de las lesiones y secuelas sociales en los tribunales españoles

A pesar de que lesión y secuela social son conceptos que permanecen en continuo crecimiento, definición e investigación por varios profesionales, entre los que figuran Arrecivita⁵² y Ferri,⁵³ ya se ha obtenido un reconocimiento jurídico en los tribunales. Al respecto señalamos las dos primeras sentencias. La núm. 238/16 de la Audiencia Provincial de Álava del 1 de septiembre del 2016 referida a la violencia sexual sufrida en pareja:

guiado por un deseo libidinoso acudía a la habitación de aquella y los menores, y valiéndose de que se encontraba dormida o semi-dormida o, en cualquier caso, desprevenida le realizaba tocamientos en sus partes más íntimas como pechos y genitales...Sufrió un cuadro compatible con un trastorno adaptativo, reactivo a los hechos denunciados, un malestar emocional significativo

⁵² Arrecivita, Á., "La atención social en las emergencias colectivas y extraordinarias. Análisis a partir de la nueva ley del Sistema Nacional de Protección Civil de España", *Agathos Atención sociosanitaria y bienestar*; 17 (3), 2017, pp. 46-56.

⁵³ Ferri, E., *El daño social como concepto indemnizable en víctimas de accidentes de circulación*, 2020.

y un daño social caracterizado por una disminución de relación con amigos e hijos, así como, pérdida de sueldo y tiempo de trabajo sin haberle quedado secuelas psíquicas.

[...] Por su parte, hemos de tener en cuenta la pericial emitida por la UVFI unidad de reconocida solvencia y cualificación), a los folios 204 y ss, donde se recoge que la Sra. [...] desde un punto de vista sociológico, ha estado instalada en una cultura patriarcal que le ha colocado en una situación inferior en la relación, en cuanto a la sobrecarga de trabajo y a la imposibilidad de llevar a cabo una actividad social o personal...destaca la acusación particular, el "daño social" sufrido por Doña [...] Esto es, la disminución de relación con amigos e hijos, así como, pérdida de sueldo y tiempo de trabajo [...] En efecto, sobre esto último en concreto, la Trabajadora Social, integrante de la UVFI, ilustró a la Sala sobre existencia de lesión social sufrida por Doña [...] consecuencia de la desgraciada vivencia experimentada. Señaló que, durante la relación de pareja, el procesado ha impedido que Doña [...] tuviera acceso a personas del entorno familiar o ajeno al mismo que hubieran podido contribuir a que ésta se formase y creciera social o laboralmente. En el caso de la familia, no sólo se ha producido una repercusión negativa con su familia de origen sino también con la más cercana como en el caso del hijo mayor [...] a quien el padre, como hemos declarado probado, le hacía degradantes comentarios sobre su madre. Por último, refiere la facultativa que ese daño también tiene un impacto laboral, pues, Doña [...] es la que sale del hogar con sus hijos, se traslada a Vitoria, abandonando su actual ocupación e iniciando una nueva vida laboral.

Ponderando todo ello, estima la Sala que la cantidad de 6.000 euros por daño moral y social acreditada esencialmente por pericial UFVI resulta plenamente ajustada a derecho y se encuentra dentro de los límites de las indemnizaciones que los tribunales vienen concediendo por hechos similares a los aquí enjuiciados, por lo que en definitiva la cantidad referida resulta proporcional al impacto emocional de quebranto social sufrido por Doña.

La segunda es la núm. 266/2016 de la Audiencia Provincial de Álava de 3 de octubre de 2016, referida a violencia sexual fuera de la pareja.

Es claro que los hechos a que fue sometida [...] han originado no solo esa lesión psíquica sino un evidente daño moral y social teniendo en cuenta su edad [...] En concreto, respecto del denominado "daño social", y así se ha expuesto en el acto del plenario por las avezadas integrantes de la Unidad de Valoración Integral, la menor, por un lado, ha sufrido una estigmatización familiar (sentimientos de culpa, angustia por sentir que ha defraudado a su familia, en especial, a su madre) y, por otro lado, más allá del entorno familiar, ha sufrido un aislamiento social, disminución de sus relaciones sociales, disminución de vida de ocio que, por supuesto, ha afectado, y probablemente, afectará, a su dimensión sexual.

Así las cosas, en el presente caso, la responsabilidad civil debe extenderse a la indemnización por el sufrimiento y daños morales y sociales ocasionados a la menor [...] a la suma de 21.000 euros en concepto de responsable civil del art. 576 LEC.

A estas sentencias le han seguido tres más, la núm. 351/18, Audiencia Provincial de Álava del 22 de noviembre de 2018, abuso sexual a tres niñas por parte de un amigo de la familia; la núm. 254/2019 de la Audiencia Provincial de Álava, del 26 de octubre de 2019, que condena al agresor por violencia sexual contra menor de 16 años con acceso carnal, la agresión es cometida por una persona externa a la familia; la núm. 40/169 de la Audiencia Provincial de Badajoz del 2 de diciembre de 2019, que condena por malos tratos habituales, detención ilegal, coacciones en el ámbito de la violencia doméstica, amenazas en el ámbito de la violencia de género, delito continuado de agresión sexual, de abusos sexuales, amenazas de un marido y padre a sus hijas y pareja. Esta sentencia, defendida por la colega Antonia Pecero, entraña en sí la particularidad de que el tribunal considera la existencia, y por tanto la correspondiente indemnización por secuela social.

Hasta aquí, los resultados de este trabajo en el que se resumen las bases teóricas del daño social, lesiones y secuelas sociales y las dimensiones. En otros trabajos se encuentra publicado un listado de preguntas para realizar a las víctimas por cada indicador de cada dimensión de análisis propuesta como parte de la evaluación forense de las trabajadoras y los trabajadores sociales forenses.

H. Conclusiones

El trabajo social forense es una especialidad de la ciencia del trabajo social que aporta un valor probatorio a los tribunales vinculado indefectiblemente a su objeto científico.

Como hemos desarrollado, la particularidad del trabajo social forense consiste en la evaluación de las interacciones de la persona con sus redes de apoyo formal e informal, identificando los obstáculos, si los hubiere, en el contenido y forma de esta interacción. Además, el trabajo social forense opera en la realidad evaluada de modo que le lleva a la formulación de un diagnóstico social, exclusivo de esta disciplina, y propone un tratamiento social para garantizar además de la mera resolución judicial, una mejora de las condiciones de la persona en el contexto judicial buscando así la justicia social.

El cuerpo de la especialidad del trabajo social forense en España presenta un largo desarrollo y se ha nutrido de la práctica de todos los trabajadores y trabajadoras sociales forenses y especialmente de la reflexión de distintos autores y autoras que con sus publicaciones han conseguido aportar teorías explicativas e investigar. Como resultado, la especialidad cuenta con un conocimiento propio y un conjunto de técnicas que proporcionan factores explicativos de las realidades familiares a los tribunales, con criterios de calidad y objetividad.

Así, en los procedimientos de familia todo el contexto social, económico, laboral y cultural, familiar de la persona, en definitiva, de desarrollo

vital de familia a peritar por el trabajador o la trabajadora social forense aporta un valor incuestionable a la pericial.

Resulta muy importante distinguir, cuando nos centramos en un procedimiento de familia, los recursos y necesidades de las personas que pasan por la evaluación pericial para tratar de incorporarlos a la petición pericial y facilitar así la toma de decisiones al juez o jueza. Una manera específica de realizar esta parte se traduce en el modelo pericial de intervención social.

La necesaria y continua reflexión que emerge de la práctica del trabajo social forense permite identificar la presencia de otras violencias, tales como la económica en los procedimientos de familia; ésta ha permeado en algunas sentencias de los tribunales españoles, lo cual indica la positiva relación entre los contenidos periciales del trabajo social en familia y su utilidad probatoria para los tribunales.

Asimismo, la reflexión teórico-práctica ha generado el aporte epistemológico del daño social, secuelas y lesiones sociales en víctimas de violencia de género, que como hemos visto resultan útiles a los tribunales, pero sobre todo a las víctimas, ya que ha facilitado la apertura a una reparación integral de las víctimas en los procedimientos de violencia.

Las consecuencias de la violencia económica y sociofamiliar generan daño social que precipita a las víctimas que la sufren a una situación de vulnerabilidad social asociada al delito, es decir, a la relación que han mantenido con sus agresores. En consecuencia, las mujeres pueden sufrir una lesión o secuela social, lo cual puede conllevar pérdidas, según la duración e intensidad de sus redes de apoyo social (familia amistades), de sus bienes económicos, situación laboral, en su desarrollo social, tiempo libre, ocio, participación social, estigmatización y exclusión social, como los más significativos.

Bibliografía

- AA. VV., *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*, Documento de Trabajo Interinstitucional, Santiago de Chile, 2010.
- Alcázar, R., "Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial", *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, Azarbe, 1-1, pp. 271-278, 2014.
- Alcázar, R., Pérez Fernández, Fernández-Marín, García-Domenech, *Guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia disputada Trabajo Social y Servicios Sociales*, pp. 21-33, Ts Nova, 2020.
- Alcázar, R. y Ruiz-Callado, R., *Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los Juzgados de Familia La custodia compartida en España*, pp. 109-122. 2017.
- Alcázar, R. R. C. y R., "Custodia compartida y familias negociadoras: perfil sociodemográfico", *Revista de Ciencias Sociales*, 23 (3), 2017, pp. 28-38.
- Alcázar, R. R. C. y R., "Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los juzgados de familia", en *La custodia compartida en España*, Madrid, Dykinson S. L., 2017, pp. 109-122.
- Alcázar, R. R. C. y R., "Las preferencias infantiles en la evaluación de la custodia compartida. Una perspectiva sociológica", *OBETS Revista de Ciencias Sociales*, (1)14, 2019, pp. 207-229.
- Alcázar, R. S. E. y R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, 62, pp. 50-71, 2019.

- Alt, R. O. J. E. A., *Como elaborar un proyecto de investigación social*, Cuadernos monográficos del ICE, 1998.
- Anon, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales: DSM-5*, Editorial Médica Panamericana, 2004.
- Aretio, Antonia, *Las supervivientes que salieron del infierno. Factores que ayudan a las mujeres a superar la violencia de género en la pareja heterosexual*, Universidad Pública de Navarra, 2015.
- Aristu, J. H., *Trabajo social en la postmodernidad*, Zaragoza, Certeza, 2004.
- Arrecivita, Á., "La atención social en las emergencias colectivas y extraordinarias. Análisis a partir de la nueva ley del Sistema Nacional de Protección Civil de España", *Agathos Atención sociosanitaria y bienestar*, 17 (3), 2017, pp. 46-56.
- Arruabarrena, O., *Manual de protección infantil*, Barcelona, Mason, 2007.
- Bericat, E., *Integración de los métodos cuantitativos y cualitativos en la investigación social. Significado y medida*, Barcelona, Ariel, 1998.
- Beristain, M., *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*, Bilbao, Instituto HEGOA UPV/EHU, 2010.
- Blanco Abarca, A. D. D., "Bienestar social y trauma psicosocial: una visión alternativa al trastorno de estrés postraumático", *Clínica y salud*, 15(3), 2004, pp. 227-252.
- Beltrán, M., "Cinco vías de acceso a la realidad social", en *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación*, Alianza, 1994, pp. 19-50.
- BOE núm. 233, de 29/09/2021. [Referencia BOE-A-2021-15781](https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/09/28/822/con). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/09/28/822/con>.

- Callado, R. A. y R. R., "Custodia compartida versus custodia monoparental: análisis de la validez predictiva de un instrumento de evaluación en el contexto judicial", en *Diccionario internacional de trabajo social en el ámbito socio-jurídico*, Barcelona, Nova Casa editorial, pp. 423-444, 2018.
- Callado, R. A. y R. R., "Propiedades sociométricas del cuestionario de arraigo familiar en supuestos de custodia compartida disputada", *Zerbitzuan. Revista de Servicios Sociales*, 66, pp. 91-102, 2018.
- Castex, Mariano N., *Daño Psíquico y otros temas forenses*, Tekné, 1997.
- Cedillo, G. J. "Los instrumentos y técnicas como cuestiones insolubles en el corpus teórico-metodológico del accionar del trabajador social", 2017. Disponible en: https://www.margen.org/suscri/margen86/avila_86.pdf (consultado el 30 de diciembre de 2021).
- Cinta, G., *Métodos, técnicas y documentos utilizados en trabajo social*, Bilbao, Deusto, 2008.
- Echeburúa, E., *Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de delitos sucesos*, Madrid, Pirámide, 2004.
- Esteban, R. S., *El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales*, 2016.
- Esteban, R. S., "Las variables del diagnóstico social en los sistemas familiar y forense. Servicios sociales y política social", *Servicios sociales y política social*, 122, 2020, pp. 65-76.
- Fernández García, Tomás y Alemán Bracho, Carmen (coords.), *Introducción al trabajo social*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- T. F. G. y C. A. B. (coords.), *Introducción al trabajo social*, Madrid, Alianza, 2004.

- Ferri, E., *El daño social como concepto indemnizable en víctimas de accidentes de circulación*, 2020.
- G. J. C., *Los instrumentos y técnicas como cuestiones insolubles en el corpus teórico del accionar del Trabajador social*, 2017.
- Gaitán, T. Z. y L., *Para comprender el trabajo social*, Madrid, Verbo Divino, 1991.
- García, M., *Análisis y detección de la violencia de género y los procesos de atención a mujeres en situaciones de violencia*, Sevilla, Ediciones Rodio, 2018.
- Gil, M. S., *Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, Consejo general del poder judicial, 2009.
- Gil, M. S., "El trabajo social en las Unidades de Valoración Forense Integral: aportes específicos y modelo pericial de intervención social", *Servicios Sociales y Política Social*, 97, 2012, pp. 117-128.
- Gil, M. S., *Bases teóricas y metodológicas del trabajo social forense para la evaluación de lesiones y secuelas sociales del abuso sexual a menores*, ed. Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaularitzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2014.
- Gil, M. S., "Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales en la entrevista forense: Criterios, dimensiones, indicadores", en *Respuestas transdisciplinarias en una sociedad global: Aportaciones desde el Trabajo Social*, 2016.
- Gil, M. S., "Valoración social y familiar: lesiones y secuelas sociales", en González, J. (ed.), *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual: Guía de buenas prácticas*, Barcelona, Bosch, 2018, pp. 387-405.

- Gil, M. S., "El daño social: secuelas y lesiones sociales, la evaluación del trabajo social forense en víctimas de violencia de género", *Servicios sociales y política social*, 124, 2020, pp. 11-27.
- Gil, M. S., "Evaluación de secuelas y lesiones sociales de víctimas de violencia de género en el contexto del trabajo social forense: dimensiones e indicadores", en S. A. y C. S. (ed.), *Diccionario internacional del trabajo social en el ámbito sociojurídico*, Barcelona, Nova casa editorial, pp. 469-501.
- Gómez, F y Soto, R., "El discurso psicosocial en el fuero de familia español", *Interdisciplinaria* (33-1), pp. 143-161, 2016.
- Gómez, F y Soto, R., "The development of forensic social work in Spain", *The International Journal of Social Sciences and Humanities Invention* (3), 2016.
- Góngora, J. N., *Violencia en las relaciones íntimas una perspectiva clínica*, Barcelona, Herder, 2015.
- Guillermo Portero, A. A. M. L. d. F. A. H., *Agresiones y abusos sexuales en Bizkaia víctimas bienio 2009-2010*, Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2011.
- Iturbide Rodrigo, R., Amigot Leache, P. y Covas, S., *Experiencias de mujeres en procesos de separación y divorcio. Un estudio cualitativo sobre dinámicas de poder masculino y violencias naturalizadas*, 2021.
- Katzman, R., *Segregación racial y desigualdades sociales en Montevideo*, Montevideo, CEPAL, 1999.
- Marianno, N. C., *Daño Psíquico y otros temas forenses*, Buenos Aires, Tekné, 1997.

Martin Beristain, Carlos, *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de Derechos Humanos*, Bilbao, Instituto HEGOA UPV/EHU, 2010.

Morgado, A. P., "Ruptura familiar judicializada y prescripción de intervención familiar desde el trabajo social forense factores confluientes", *Trabajo social global-Global social work*, 10(18), 2020, pp. 164-187.

Navarro, S., *Redes sociales y construcción comunitaria*, Madrid, CGS, 2010.

Orengo, G. F., *"Perspectivas psiquiátrico-legales en torno a la cuestión del daño y trauma psíquicos"*, 2004.

Paula Reyes, C., *El olvido de los derechos de la infancia en violencia de género*, Madrid, Editorial Reus, 2021.

Perona, Nélica y Graciela Rocchi, "Vulnerabilidad y exclusión social. Una propuesta metodológica para el estudio de las condiciones de vida de los hogares", *Kairos, Revista de Temas Sociales*, núm. 8, 2001.

Portero Lazcano, Guillermo, *Unidad de Valoración Forense Integral de Vizcaya: La experiencia de un año de funcionamiento*, 2011. Disponible en: <http://www.justizia.net>.

Prada, M. B., *La infancia como víctima de género intrafamiliar*, Oviedo, Trabajo fin de máster Facultad de Formación e Intervención Socioeducativa, 2015.

Proyecto Europeo ECOVIO. Disponible en: <https://economic-gender-violence.eu/es/>.

Proyecto Europeo ECOVIO, *Violencia económica y violencia de género*, 2020.

Rafael Alcázar Ruiz, E. P. V. F. P. G. D., "Guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia disputada", *TS nova Trabajo Social y Servicios sociales*, 16, 2020, pp. 9-20.

Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

Ruiz, P., *El trabajador social como perito judicial*, Zaragoza, Certeza, 2003.

Ruiz, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Málaga, Colegio Oficial de Diplomadas y Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales, 2013.

Ruiz Rodríguez, P., *El trabajador social forense en los tribunales españoles*, Colegio Oficial de Diplomadas y Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Málaga, 2013.

Ruiz Rodríguez, P., *Prefacio del Diccionario Internacional de Trabajo Social en el ámbito socio-jurídico*, Sarita Amaro y Sandra Krmpotic (coords.), Nova Casa, 2018.

Ruiz Rodríguez, P., y Alcázar Ruiz, R., "La intervención del trabajador social forense con víctimas vulnerables de agresión sexual", en *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual*, Bosch Editor, 2018.

Ruiz Rodríguez, Pilar y Alcázar Ruiz, Rafael, *La intervención del trabajador social con víctimas vulnerables de agresión sexual. Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual. Guía de buenas prácticas*, pp.597-612, 2018.

Ruiz-Callado, R. y Alcázar, R., "Custodia compartida y familias negociadoras. Perfil sociodemográfico", *Revista de Ciencias Sociales*, 23-3, pp. 28-38, 2017.

- Ruiz-Callado, R. y Alcázar, R., "Custodia compartida versus custodia monoparental: análisis de la validez predictiva de un instrumento de evaluación en el contexto judicial", *Diccionario de trabajo social en el ámbito sociojurídico*, pp. 423-444, Nova Casa Editorial, 2017.
- Ruiz-Callado, R. y Alcázar, R., "Propiedades sociométricas del cuestionario de arraigo familiar en supuestos de custodia compartida disputada", *Revista de Servicios Sociales*, 1-66, pp. 91-102, 2018.
- Ruiz-Callado, R. y Alcázar, R., "Las preferencias infantiles en la evaluación de la custodia compartida", *Revista de Ciencias Sociales*, 1-14, pp. 207-229, 2019.
- Ruiz Olabuenaga, J. I. et al., *Cómo elaborar un proyecto de investigación social*. Cuadernos monográficos del ICE, Universidad de Deusto, 1998.
- Sancho, D. M. P. y M. V., "Los juzgados de violencia sobre la mujer en la Comunidad de Madrid", en *El trabajo social en el ámbito judicial*, Madrid, Colegio oficial de trabajadoras sociales de Madrid, 2016, pp. 217-245.
- Simón Gil, Marta, "El trabajo social forense y sus dependencias", en Berasaluze Correa, Ainhoa y Ovejas Lara, Rosario (coords.), *IV Jornada de Trabajo social: Más allá de la dependencia*, 2011.
- Simón Gil, Marta, "Cómo valorar las secuelas y lesiones sociales en la entrevista forense: Criterios, dimensiones, indicadores", en *Respuestas transdisciplinarias en una sociedad global: Aportaciones desde el Trabajo Social*, Universidad de La Rioja, 2016. p
- Simón Gil, Marta, "Evaluación de secuelas y lesiones sociales de víctimas adultas de violencia de género en el contexto de trabajo social forense. Dimensiones e indicadores", en *Diccionario internacional*

del *trabajo social en el ámbito socio jurídico*, Nova Casa Editorial, 2017, p. 469.

Simón Gil Marta, "La valoración social y familiar: Lesiones y secuelas sociales", en *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual. Guía de buenas prácticas*. Barcelona, Editorial Bosch, 2018.

Soto, R., *El trabajo social familiar: una ayuda para el sistema judicial en las crisis conyugales* [tesis doctoral], Madrid, Universidad Complutense, 2015.

Soto, R., "La pericial socio familiar ante el foro judicial", en Mateos, J. y Ponce de León, L., *El trabajo social en el ámbito judicial*, Madrid, COTS, 2016.

Soto, R. y Gómez, F., *El Trabajo Social en el foro familiar: Un estudio comparado*, Editorial Académica Española, 2016.

Soto, R. y Alcázar, R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, pp. 50-71, 2019.

Soto Esteban, R., y Alcázar Ruiz, R., "La teoría forense en el trabajo social en España", *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, (62), pp. 50-71, 2019.

Soto Esteban, Raúl y Alcázar Ruiz, Rafael, "La teoría forense en el trabajo social en España Documentos de Trabajo Social", *Revista de Ciencias Sociales. Colegio de Trabajo Social de Málaga*, 1-14, pp. 207-229, 2019.

Soto Esteban, Raúl, Ruiz Rodríguez, Pilar y Alcázar Ruiz, Rafael, "Metodología del dictamen pericial social", en *La pericial psicológica en los procesos de familia*, pp.163-167, Sepin, 2021.

Soto Esteban, Raúl, Ruiz Rodríguez, Pilar y Alcázar Ruiz, Rafael, "Principios deontológicos del trabajo social", en *La pericial psicológica en los procesos de familia*, pp. 79-83, Sepin, 2021.

Tonon, Graciela (comp.), *Las técnicas de actuación del trabajo social*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2005.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Septiembre de 2022.

Cada vez es más frecuente el uso de evidencia empírica para resolver las controversias familiares, lo que conlleva diversos beneficios, como que puede ayudar a desafiar estereotipos y prejuicios y así evitar sesgos en la toma de decisiones y la réplica de discriminación en contra de los grupos protegidos por el artículo 1o. de la Constitución, o que proporciona información útil para delimitar los casos en que se justifica la intervención estatal en la autonomía familiar.

La influencia de la evidencia empírica en la toma de decisiones en los procedimientos familiares ha quedado manifiesta en los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, algunos de los cuales se exponen en esta publicación; sin embargo, se debe tener en cuenta que este giro empírico en el derecho de familia también tiene aristas problemáticas, como que es poco frecuente que se discuta la calidad de la ciencia que se utiliza; el (poco) control que hay en la admisibilidad de las pruebas; que a veces –erróneamente– se cree que porque algo es científico es fiable y relevante, o que no estén claros los estándares de prueba aplicables en cada uno de los procedimientos familiares.

Esta publicación recopila y desarrolla algunas de las ponencias que se dieron en el Seminario Internacional sobre Derecho de Familia y Prueba, inaugurado por el Centro de Estudios Constitucionales en septiembre de 2021, en el que se reflexionó en torno a las problemáticas que derivan de la intersección prueba y familia. El objetivo es que esta obra sea el inicio de más investigaciones y conversaciones interdisciplinarias que den como resultado un uso adecuado de la evidencia empírica, que aporten a la toma de decisiones razonadas que beneficien a las familias y que abonen a garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación en la regulación de las familias.

