**Bienestar, concepto adherible en la protección jurisdiccional de derechos fundamentales para la niñez.**

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, la sociedad y del Estado.

- Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 19.

Rolando Castillo Santiago1,

*1(División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México) Integrante al Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.*

***RESUMEN:*** *Existe una disparidad entre la realidad y lo que pacta la ley desde la doctrina, si bien las normas jurídicas protegen a los menores de edad, es una interrogante constante su cumplimiento, el cual no consiste en simplemente analizar que se lleve a efecto lo que pacta la norma sino que su aplicación debe ser en sentido amplio, de manera tal que el sujeto de derecho, el menor de edad en nuestro caso, se vea beneficiado en su desarrollo social, físico y psicológico, hablamos de la protección más amplia para las niñas, niños y adolescentes. En esta tesitura, encontramos el termino welfare, mismo que aborda la presente investigación con enfoque cualitativo teniendo como propósito explicarlo utilizando los métodos analiticos, deductivo, descriptivos, sometiéndolo a una contrastación documental mediante el derecho comparado y analisis de casos, además de establecer su relación con los Derechos Humanos para este grupo vulnerable, considerado así por su condición autónoma limitativa en el ejercicio de sus derechos por lo que su protección corresponde de manera conjunta al Estado, los padres o quienes ejercen sus cuidado, con el fin de integrarlo como un parámetro a considerar en la protección jurisdiccional de las niñas, niños y adolescentes, refiriéndonos al juicio de amparo.*

***PALABRAS CLAVES –*** *Bienestar, Juicio de Amparo, Protección integral, Ser y Deber ser, Vida digna*

# **INTRODUCCIÓN**

Las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derechos aunque tienen minoría de edad, es en razón a esta característica que se les considera un grupo vulnerable, pues para satisfacer algunas de sus necesidades básicas, requieren del auxilio de otro ser mayor de edad y con capacidad jurídica. Siendo el Estado, el principal garante de los diversos Derechos Humanos que protegen a quienes integran este grupo vulnerable, para lograr su objetivo, delega a quienes tienen a su cargo un menor de edad las funciones para proveerles y a las garantizando la protección más amplia. Hablando de protección jurisdiccional del menor de edad se debe considerar ante todo, el ineludible principio del interés superior del menor.

 El término bienestar en la materia que nos refiere, se asocia a la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, en la que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), dicho documento estableció los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, consagró normativamente la doctrina de la protección integral, delimitó la labor del administrador del derecho a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, fortaleció las garantías procesales y fue el génesis de las obligaciones a cargo del Estado para establecer políticas públicas de carácter integral que respeten los derechos y garantías para este grupo vulnerable, este instrumento se refiere a parámetros mínimos y no negociables en los cuales debe ponerse una adecuada y completa protección del menor, posteriormente el 11 de julio de 1990 la Organización para la Unidad Africana aprobó la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, incluyendo tácitamente este término, por su parte, el sistema jurídico inglés, lo ha adoptado, razón por la que se le ve en las diversas resoluciones judiciales y por el que varios autores se han dedicado.

 La presente aportación, al igual que el término bienestar, tiene como propósito contribuir en la protección jurídica e integral del menor de edad, para alcanzar el objetivo, se abordan los siguientes títulos;

 Comenzando por el número 2 “Bienestar, su naturaleza jurídica”, en el que se presentan las definiciones que autores y organizaciones han otorgado para identificar a este término, se aborda de manera general y se dirige a lo particular, explicando su conceptualización y uso jurídico, posteriormente el título 3 “Protección jurisdiccional del menor de edad”, expone la diferencia entre la protección jurisdiccional y la no jurisdiccional, de igual manera se recitan los derechos fundamentales y principios que protegen a las niñas, niños y adolescentes, finalmente, en las conclusiones se redacta la unión de este término en la protección jurisdiccional para la niñez y se ejemplifica con la resolución de un juzgador usando de referencia el término.

# **2. Bienestar, su naturaleza jurídica**

Para definir el término bienestar en sentido estricto es necesario remitirse al sentido general, además en palabras de Margarita Valdés [1] para hacerlo se debe atender dos cuestionante, la primera de ellas es saber en virtud de que circunstancias, aspectos o características de la vida de una persona hemos de atribuir bienestar a esa persona y la otra es establecer cómo hemos de medir el bienestar de las personas de manera a hacer posibles las comparaciones interpersonales de bienestar” (69), por su parte Sanchis [2] expone que “el bienestar no es un concepto cuantitativo que se pueda medir en unidades homogéneas” (158), pero concluye el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) [3] que “a la hora de medir y analizar el bienestar infantil no se puede dejar a un lado la voz y la opinión de los propios niños, es decir, no podemos limitarnos a lo que los adultos creemos saber” (24), alude la sociedad científica [4] que el estudio del bienestar en la infancia y adolescencia es un campo que requiere desarrollo y avance investigativo, en esta tesitura

Según diversos investigadores internacionales del campo, los indicadores sobre infancia y adolescencia deben contemplar el uso de indicadores de resultados y mediciones directas del bienestar más que el uso de indicadores indirectos; que tengan como unidad de análisis y de información al niño (en vez de los padres, la familia o el hogar); que den prioridad a indicadores del bienestar actual de los niños, más que a indicadores de futuro bienestar o realización como adultos (diagnosticar qué ocurre con sus condiciones de vida en el presente); que usen indicadores sobre sus propias opiniones, sus sentimientos y su propia perspectiva de vida, lo que se suele denominar indicadores subjetivos.

 Valoración que debe emprenderse de la misma manera ante una acción jurisdiccional.

Si nos remitimos a una explicación más genérica del concepto de bienestar, deberíamos de partir tomando como base la definición de la Real Academia Española [5], quien hace la separación de la palabra bien – estar, y de manera conjunta le otorga tres conceptualizaciones

Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien, vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad y un estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica.

 Ahora, resulta difícil tal como manifestaba Bromley [6] el querer entregar una definición judicial a este término, pese a ello la doctrina refiere diversos conceptos, por ejemplo Malem Seña [7] señala que se constituye bienestar

Aquellas condiciones que son necesarias para llevar una vida digna y que el Estado debería promover o asegurar. Se trataría no sólo del deber del Estado de garantizar la satisfacción de las necesidades primarias de la población, sino también de tomar las medidas pertinentes con el fin de elevar su calidad de vida (143).

 Citando Castilla-Peón [8] a Holder, proporciona otra forma de definir bienestar como

Un estado físico, social y mental positivos, no solamente la ausencia de dolor, incomodidad o incapacidad, que requiere que las necesidades básicas sean cubiertas, que los individuos tengan un sentido de propósito, que se sientan capaces de alcanzar metas personales y de participar en la sociedad. Es potenciado por condiciones que incluyen relaciones interpersonales fuertes, comunidades inclusivas, buena salud, seguridad personal y financiera, empleo gratificante y ambiente saludable y atractivo

 Rivero Hernández [9] retoma el reconocimiento que hace Bromley a la definición del juez Lindley, en el caso Re McGrath (Infants) de 1893

El bienestar del niño no se mide sólo por dinero ni por confort físico. La palabra bienestar [Welfare] debe ser tomada en el sentido más amplio. El bienestar moral y religioso debe ser tomado en consideración tanto como el bienestar físico. Tampoco deben ser ignorados los vínculos de afecto.

 Aunque siguiendo a Bromley la mejor definición fue provista en Nueva Zelanda, por el juez Hardy Boys, en el caso Walter v. Walter and Harrison (1981), quien dice:

Welfare es una palabra omnicomprensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un lugar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño.

 Para H.K. Bevan [10], welfare state debe ser entendido en sentido amplio, de modo que “incluya no solo el bienestar físico y mental del menor, sino también el moral, el espiritual y cada vez más el bienestar emocional (afectivo)”, y añade luego la importancia de “las circunstancias concretas del caso”.

 Concluyendo que si bien no hay una definición universal, tenemos coincidencias en las diversas presentadas, lo que nos permite señalar que esta terminología refiere aplicada en el área jurídica y tratándose sobre menores de edad, a la integridad, externa e interna, además podemos notar que del concepto de bienestar resalta el de “vida digna”, de allí la importancia de abordarla, para ello nos remitimos a tres facetas: la vida humana, en sus formas corporales, y psíquicas; la vida social de las personas, por medio de la cual estos realizan obras en común; y la vida de la naturaleza. El correcto cumplimiento de estos tres puntos, hacen que el ser humano no solo tenga funciones vitales, sino que viva plenamente, lo que sugiere una integridad y dignidad, lo que a su vez está vinculado con el derecho al desarrollo humano que si bien se considera que jurídicamente no goza de un carácter vinculante, sí constituye un compromiso político y como tal, provee un importante marco de acción para la elaboración e implementación de políticas y programas, tanto a nivel internacional como nacional, necesarios para el disfrute y protección de todos los derechos humanos.

# **protección jurisdiccional del menor de edad**

Es pertiente señalar que en investigaciones antes referidas [11], en el que se justifica que la titularidad de las niñas y los niños comprende el reconocimiento de tales derechos desde el ámbito político, filosófico y jurídico (62), pero no sin antes de exponer “la defensa y protección de los derechos humanos a través de los medios jurisdiccionales, en los cuales las autoridades judiciales analizan las demandas que ante ellas se presentan por presuntas violaciones a los derechos fundamentales y determinarán si en realidad existe una violación en un caso concreto, haciendo un examen de constitucionalidad y legalidad sobre el mismo” (102) [12], comprender que los derechos fundamentales que revisten de protección a las niñas, niños y adolescentes, quienes gozan de esta protección primeramente por ser seres humanos y posteriormente por su condición de menores de edad se habla que disfrutan de una protección especial, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Si bien los Derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos, es preciso referirnos a la CDN como el instrumento internacional principal que protege a este grupo vulnerable, no sin también considerar la Constitución Política de los Estados Unido Mexicanos (CPEUM) que reafirma estos derechos reconocidos en los diversos tratados internacionales en los que el Estado es signatario, como son los anteriormente mencionados.

 Afirma Bellof Mary [13], que “la CDN representa un límite inferior sobre el cual los derechos de la infancia pueden (y deben) ser ampliados de manera progresiva, pero jamás regresiva (92)”. De aquí se desprende el estándar mínimo, pero también máximo, respecto del tratamiento que deben recibir todos los menores de edad. Dentro de ella se consagró normativamente la doctrina de la protección integral, mediante la cual se delimita la labor del administrador del derecho a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, se fortalecen las garantías procesales y nacen obligaciones a cargo del Estado de establecer “políticas públicas de carácter integral que respeten los derechos y garantías protegidas”, De esta forma, la doctrina ha pronunciado que

La CDN representa un mínimo ético, puesto que todos los países que la firmaron y ratificaron deben observarla como un piso por debajo del cual no se puede estar. Es decir, la CDN representa un límite inferior sobre el cual los derechos de la infancia pueden (y deben) ser ampliados de manera progresiva, pero jamás regresiva.

 Atendiendo que “los jueces y toda autoridad en sus respectivos ámbitos de competencias tienen una responsabilidad de preservar, mediante las providencias necesarias, la protección de la infancia actuando con apego a que se respeten sus derechos fundamentales, reconocidos en la Carta Magna y los diversos tratados internacionales” (160) [14], corresponde listar los derechos a los que hacemos alusión

Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

Derecho de prioridad

Derecho a la identidad

Derecho a vivir en familia

Derecho a la igualdad sustantiva

Derecho a no ser discriminado

Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral.

Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal

Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social.

Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad.

Derecho a la educación

Derecho al descanso y esparcimiento

Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura

Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información

Derecho de participación

Derecho de asociación y reunión

Derecho a la intimidad

Derecho a la seguridad jurídica y debido proceso

Derecho al medio ambiente sano.

Derecho y acceso al agua salubre.

Derecho a la vivienda digna.

Derecho a la niñez y la adolescencia.

Derecho y acceso a la cultura.

Derecho a la identidad y al registro.

Derecho a la cultura física y al deporte.

 Debido a que existen principios que en todo momento es forzoso aplicar de manera imperativa, de ello depende la particularidad esencial de un proceso en donde estén involucrados menores de edad (150) [15]. Por su parte el artículo cuarto 4º de la CPEUM relativo a la familia y dentro del cual también se hace mención al principio del interés superior del menor, El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Al respecto la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene señalar que para asegurar la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que requiere cuidados especiales, y en la Convención Americana señala que deben recibir medidas especiales de protección. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo que el Estado deba prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.

 El jurista D´Antonio [16], señala que “el derecho de menores presenta como su más destacada nota distintiva el carácter protectorio, que orienta todas sus normas y pertenece a la esencia de esta rama del derecho”, igualmente descrito por Mendizábal Osés [17], “como un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social”.

 La particularidad del sujeto de esta disciplina, es ser plenamente desarrollado en sus aspectos biológico, psíquico y por consecuencia en el social, hace que el derecho de menores se impregne de una orientación tuitiva que se muestra presente en todo momento y que se convierte, a la vez, en principio interpretativo. Queda consagrado así el criterio aplicable cuando hay duda en la dilucidación del sentido normativo, debiendo estarse a lo que sea más favorable o beneficioso para el menor de edad (pro homine). Pongamos de ejemplo el derecho a la alimentación, cuyo objetivo no es únicamente proporcionar comida al niño sino que al hacerlo se cumplan criterios de bienestar, que lo proteja sin afectar algún otro derecho que se enlace a este, como el derecho a la salud.

 Existen dos maneras para la protección de los derechos en el territorio mexicano, la primera de ellas, llevada a cabo a través de los medios jurisdiccionales, en los cuales las autoridades judiciales analizan las demandas que ante ellas se presentan por presuntas violaciones a los derechos fundamentales y determinarán si en realidad existe una violación en un caso concreto, haciendo un examen de constitucionalidad y legalidad sobre el mismo, la otra vía, y es de los organismos no-jurisdiccionales, a quienes les corresponde la protección de los derechos humanos, en el caso de México quedan divididos en dos grandes vías: por un lado está la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), y por otra parte se encuentran las comisiones en las entidades (102) [18]. En el caso de México la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano máximo de protección jurisdiccional a los derechos fundamentales y en la Constitución Política señala al juicio de amparo como uno de los medios de defensa contemplados para realizar esta actividad, mientras que Migallón y Melgarejo [19] expresan que “el amparo ha funcionado en nuestro país como una forma de pasar de la simple enunciación de los derechos humanos a una instrumentación procesal para evitar sus violaciones. Ha sido, de hecho, el mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos por antonomasia (143).

# **Conclusion**

Expresar la inexistencia de una definición universalmente aceptada sobre Bienestar, como concepto sustantivo que exprese todos los derechos que satisfagan el principio del interes superior del menor de edad, desde una óptica aplicativa más no limitativa, en quienes ejercen sustantiva y/o adjetivamente el derecho al grupo vulnerable denominado niñas, niñas o adolescentes, se deja en manifiesto que esta conducta aplicativa se refiere a los parámetros mínimos y no negociables en los cuales debe ponerse una adecuada y completa protección del menor de edad.

Construir especial protección, de las diversas problemáticas aplicando mecanismos normativos efectivos, referido como protección jurídica y protección integral del menor, los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes debe ser entendido en sentido amplio, incluyendo en términos generales lo material, moral, religioso y los vínculos de afecto que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño, dando importancia de acuerdo a las circunstancias concretas del caso.

 Se ubica a los Tratados internacionales y la Constitución Política identificando este derecho apremiante, del cual se encuentran detalladas varias garantías individualizadas correspondientes al buen desarrollo físico y psicológico de los menores de edad.

 Distinguir los derechos fundamentales que comprenden el concepto bienestar de la niñez para su desarrollo, parte de una premisa de la obligación de protección y cuidado, de los cuales, si bien es cierto el Estado es el principal garante de estos derechos, también corresponde a la familia, esta dualidad coadyuvante. La obligación de procurar el máximo para la niñez e hijos, se tiene a la exacta obligación de proveer de asistencia médica, alimentos sanos y nutritivos, ropa adecuada, higiene integral, asistencia en la educación y actividades escolares, esparcimiento y actividades culturales, vivienda digna, entre otros.

# **Referencias**

[1] M. Valdés, Dos aspectos en el concepto Bienestar, *Doxa, (9),* 1991, 69-89.

[2] L. Sanchis Prieto, Notas sobre el bienestar, *Doxa, (9),* 1991, 157-169.

[3] UNICEF, El bienestar infantil desde el punto de vista de los niños, Madrid, España, 2012.

[4] J. Alfaro, F. Casas & V. López, Bienestar en la infancia y adolescencia, *Psicoperspectivas,* *14(1),*  2015.

[5] Real Academia Española, 2020, https://dle.rae.es/bienestar?m=form

[6] P. Bromley, Peter & N. Lowe, *Family Law*, trad. de John Walkeries, 7a. ed., (Butterworths, México, 1987).

[7] J. F. Malem Seña, Bienestar y legitimidad, *Doxa, (9),* 1991, 143-155.

[8] M. F. Castilla-Peón, Bienestar infantil: ¿es posible medirlo?, *Bol. Med. Hosp. Infant. Mex. (71)(1),* 2014.

[9] F. Rivero Hernández, El interés del menor, (España: Dykinson, 2007)

[10] H. K. Bevan, *Child Law,* 3a ed., (Butterworths: London, 1998).

[11] R. Castillo, Santiago & E. E. Hernández, *El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano* (México: Tirant Lo Blanch, 2019).

[12] L. R. González, Pérez, El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México, *Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla, V(28),* 2011, 99-122.

[13] M. A. Bellof, *Los derechos del niño en el sistema interamericano,* (Editores del Puerto: Buenos Aires, 2009).

[14] R. Castillo, Santiago, La integralidad del interés superior del menor en el derecho procesal mexicano, en R. Castillo, Santiago & E. E. Hernández, *El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano* (México: Tirant Lo Blanch, 2019) 145-176.

[15] R. Castillo, Santiago, La integralidad del interés superior del menor en el derecho procesal mexicano, en R. Castillo, Santiago & E. E. Hernández, El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano (México: Tirant Lo Blanch, 2019) 145-176.

[16] D. H. D´Antonio, *Derecho de menores,* 2a. ed., (Rubinzal Culzoni: Santa Fe, Argentina, 1980).

[17] L. Mendizábal, Oses, *Derecho de menores teoría general*, (Pirámide: Madrid, 1990).

[18] L. R. González, Pérez, El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México, *Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla, V(28),* 2011, 99-122.

[19] F. S. Migallón & R. Brito Melgarejo, La defensa jurisdiccional de los derechos humanos en la constitución, en A. Soto Flores (cord.)., *Derecho procesal constitucional*, (México: Secretaría de gobernación, secretaría de cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de investigaciones Juridicas, 2017) 125-152.