

RESTITUCION INTERNACIONAL DE UN MENOR DE EDAD

Serie 18

Gaceta Judicial 13 de 09-oct.-2012

Estado: Vigente

RESTITUCION INTERNACIONAL DE UN MENOR DE EDAD

La Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia desecha el recurso intentado por cuanto, no se aprecia violación alguna en el fallo recurrido. Los derechos del padre del menor, como los del mismo niño, se hallan incólumes y no han sido violentados. Se ha velado por el cumplimiento de los convenios internacionales en protección infantil, así como la Constitución ecuatoriana.

Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página 5432.
(Quito, 9 de Octubre de 2012)

Juicio no. 0253-2012 Resolución no. 0318-2012

Juicio de restitución internacional de un menor de edad propuesto por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra Evelyn Lisseth Vega Mora.

AUTO RESOLUTORIO

JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE CUENCA, 254-11. Cuenca a 7 de noviembre de 2011. Las 08h10.

VISTOS: A fojas 112 comparece SARA OVIEDO FIERRO y manifiesta lo siguiente: Que los nombres de la demandada son EVELYN LISETT VEGA MORA. Que en 1992 Ecuador se adhirió a la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito el 25 de octubre de 1980, cuyo objeto es asegurar el regreso inmediato de los menores trasladados o retenidos ilegalmente en todos los estados contratantes, asegurar que los derechos de custodia lícita que contemplan las leyes de un Estado contratante, se respeten en forma efectiva en los demás estados contratantes. Mediante resolución 14. CNNA-2008 de 8 de mayo de 2008, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, a través de la Secretaría Ejecutiva, es el Organismo designado como Autoridad Central de este país, para el cumplimiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Mediante oficio de 20 de mayo de 2010, ingresa a esta Secretaría Ejecutiva el 7 de junio de 2010 la solicitud de señora Sonia Hauser, de la Oficina Federal de Justicia Suiza, Autoridad Central de ese país, remite a Autoridad Central del Ecuador, el pedido de restitución internacional del niño NN solicitud formulada por el padre del niño el señor Marco Haltiner y solicita se realicen los trámites necesarios a fin de conseguir urgentemente la restitución de su hijo a Suiza, sobre la base que el niño (sic) tenía su residencia habitual en Suiza y había sido retenido de forma ilícita por la señora Evelyn Liseth Vega Mora, madre del niño en Ecuador en abril de 2010. Con fecha 24 de junio de 2010 Autoridad Central del Ecuador, considerando la solicitud de restitución internacional, el niño NN de nacionalidad suiza ecuatoriana, nacido en Suiza el primero de diciembre de dos mil cinco, avocó conocimiento y dispuso, se oficie a la Autoridad de la Dirección de Migración a fin de procedan (sic) a informar los movimientos migratorios respectivos y al señor Director Nacional de la Policía Especializada de Niñez a fin de que proceda a ubicar al niño NN y a su madre, Evelyn Lisett Vega Mora, debiendo remitir los informes receptivos de la Autoridad Central del Ecuador. Dicha autoridad en informe de investigación remitido, ubica al niño en la ciudadela Los Rosales y calle Brazil no. 13 entre España e Inglaterra de la ciudad de Máchala. De la información proporcionada el deseo del solicitante era llegar a una solución amigable con la madre del niño para el retorno voluntario a su lugar de residencia habitual. Mediante correo electrónico nos informe que la madre del niño no está interesada (sic) en resolver el conflicto de manera amistosa y no hace un (sic) propuesta de retorno voluntario

hasta finales de febrero por lo que solicita se inicie el procedimiento correspondiente. A fin de cumplir con lo que establece el Art. 7 y 10 de la Convención de la Haya relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y petición del solicitante, la abogada Katherine Subía funcionarla de la Unidad de Relaciones Internacionales de la Autoridad Central, mantuvo una conversación telefónica con la señora Evelyn Lisett Vega Mora, madre del menor a fin de intentar una devolución voluntaria del niño; sin embargo, tanto telefónicamente como por escrito ó (sic) supo manifestar que no desea retornar al niño a Suiza. De la información proporcionada por el solicitante a través del embajadas (sic) de Suiza en el Ecuador, esta Autoridad Central tuvo conocimiento que la madre se cambiado (sic) su domicilio que en la actualidad viven (sic) Cuenca. De conformidad con lo establecido en los artículos 2, 3, 4, 7, 11, 12, 14, del mencionado Convenio solicita disponer la prohibición de salida del país, como medida cautelar necesaria (sic) fin de asegurar durante el proceso la permanencia del niño en el país. Resolver el pedido de restitución internacional del niño NN, presentado (sic) por el padre del niño al señor Marco Haltiner. Aceptada la demanda trámite se ordenado la citación al demandado y un informe de trabajo social, el mismo que consta de fojas 114 en el que la trabajadora social ha procedido a la vista el domicilio del niño NN en el que. aún se manifiesta que se encuentra el niño bajo la protección y amporen (sic) de su madre desde el mes de abril del 2010 que inicialmente se han radicado en Máchala a el (sic) niño asistió al Jardín de Infantes Los Rosales, cuando terminó el año escolar y que por mejores ofertas de trabajo para su madre se cambia con su hijo a vivir esta ciudad de Cuenca. (sic) Manifiesta que el niño se encuentra en contacto con su Padre mediante el Internet por SKYPE en los días de lunes a viernes de 13 a 14 horas, los fines de esta (sic) semana salen de paseo y realizan otras actividades. Manifiesta que su hijo recibe un bono del Estado por el valor de 200 francos que ha pedido a su esposo le haga llegar pero sólo lo ha hecho en tres veces la ayuda económica para su hijo; con relación (sic) la educación no está asistiendo a ningún centro educativo porque se encuentra por finalizar el año escolar en la sierra para el año entrante; está preocupada buscan(sic) un centro educativo y ha ingresado a estudiar idiomas alemán durante una hora en la Universidad Panamericana por un valor de 1.250 dólares al año. En cuanto a la salud es normal, tiene atención médica, su alimentación es normal, buen apetito, en la casa tiene espacio para jugar y realizar esparcimiento. Observa al niño sociable en con (sic) un aspecto personal bueno muy ligado su Madre (sic), no quiere separarse de ella; su madre explica que esa actitud se debe al temor que presenta porque su padre viajó y piensa que ella también lo hará, pesé a ello se denota una buena relación familiar; el niño expresa que habla con su Padre, no tiene dinero por eso no puede viajar, que su Padre le ha prometido que cuando tenga dinero va a venir a visitarle. Que le gusta jugar con la computadora. La madre tiene la ocupación del (sic) comerciante desde hace tres meses ha formado su propia empresa de venta de artículos ortopédicos colombianos. El grupo familiar conforma la madre de su hijo, su hermana, su cuñado y dos niños de 9 y 15 años. La vivienda está ubicada en la xx, se observa una casa de construcción moderada, una planta de una guardilla, dispone de servicios básicos, se evidencia comodidad y confort. La madre y el niño ocupan la guardilla. Con respecto a la situación económica la madre refiere que tiene un ingreso de 400,00 dólares mensuales y tiene el apoyo de su familia Ja con quienes (sic) ha formado un hogar. De la entrevista la madre se refiere que no ha comenzado ningún trámite en respecto de su hijo (sic) que su situación matrimonial no ha sido buenas, (sic) desde que nació su hijo, iniciaron los problemas, su esposo tiene problemas psicológicos le gusta comprar artefactos, y que se torna un problema financiero, incluso le ha tratado con dureza, no le tenía aprecio por el origen sudamericano, tiene la idea de ser superiores, con pensamiento racistas (sic) hacia las personas de otras nacionalidades. Su esposo le (decía que su hijo debía estudiar a (sic) una escuela privada, jamás le escuchó razones; manifiesta que sus suegros le compraron un departamento y apoyaban en sus finanzas que tenían tres carros todos financiados y por pagar; que las deudas empezaron a aparecer y se desbordaron rebasando sus ingresos por que su esposo realizaba las cosas reservadamente, nunca le consultó, incluso realizaba compras de enseres de la casa poniendo a nombre de terceras personas, adquiriendo cosas innecesarias; que ella acudió a la Policía a recibir información donde le manifestaron que ella también era deudora, disponiendo de una cuenta compartida y que el dinero estaba limitado a pesar que ella también trabajaba, devolvió uno de los autos porque no tenía como pagar además que su esposo lo perturbaba psicológicamente, (sic) que estas desavenencias continuaron y ella descubrió que su esposo en el Internet estaba contactando para realizar un intercambio de parejas utilizando sus fotografías e incluso o de la familia, generando fuertes discusiones que ocasiona una separación; que intervino la

familia de él con una actitud agresiva y frente al niño y amenazaron con quitarle a su hijo, pidió ayuda un profesor de la localidad, (sic) se anuló un viaje a Ecuador, que se calmaron las cosas y nuevamente en el mes de febrero a marzo del 2010 descubre a su esposo que insistían (sic) realizar el intercambio de parejas y ella no aceptó, hasta que el fijó la segunda fecha del viaje a Ecuador marzo del 2010, que permanecieron juntos tres semanas, ella le conversó a su familia, y lo que provocó una reunión familiar con su esposo y ella decidió no regresar a Suiza por las razones indicadas, su esposo viajó solo prometiéndole regresar al Ecuador trayendo el menaje de la casa aprovechando el apoyo que brinda el gobierno nacional con su plan de retorno para el migrante, no cumplió con su palabra y ha llegado a tener conocimiento que su esposo ha iniciado los trámites de recuperación de su hijo, que lo ha realizado en silencio, que quiere a su hijo para darle una mejor vida educación, bienestar porque en este país el hijo no tendrá un buen futuro manifiesta que él quiere estar cuidado de su hijo así como su familia, (sic) De las conclusiones del informe la trabajadora social ha concluido que el niño NN, tiene cinco años y tres meses nacido en Suiza, pero que vive bajo el techo y amparo de su madre denotándose que existe una relación familiar permanente segura y efectiva, su madre demuestra responsabilidad y cumplimiento de sus obligaciones personalmente y con el apoyo de su familia para mejorar el bienestar y desarrollo de su hijo, la vivienda es facilitada y habitan seis personas, presta las garantías para ello su economía se basa en el trabajo de la madre y está en contacto el niño con su padre vía Internet. La madre en hace (sic) hincapié que su situación conyugal no ha sido buena que su esposo, tiene problemas psicológicos es comprador compulsivo por lo que existen desavenencias familiares algunas incluso en presencia del niño, que existe discriminación, falta de fidelidad y que jamás escuchó las razones de ella y que ahora se sienten tranquilos, protegidos con toda clase de cuidados y atención inherente al estado general del niño. A fojas 120 comparece la demandada y se dan por legalmente citada (sic) por lo que se convoca a audiencia de conciliación a la misma que comparecen actora, la demandada, y el padre del niño a través de su procuradora judicial, la contestación de la demandada por parte EVELIN LISETT VEGA MORA lo hacen los siguientes términos: (sic) Que respondo a los nombres de Evelyn Lisett Vega Mora de 28 años de edad, de estado civil casada, de ocupación profesora y con domicilio en la ciudad de Cuenca. 2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho plasmados en esta injusta ilegal e infundada demanda seguida en mi contra por la parte actora en la calidad que lo ha hecho. 3. No me allano con ninguna nulidad procesal ya que en el presente trámite no se está siguiendo el debido proceso por lo que me reservo el derecho de seguir las acciones constitucionales pertinentes. 4. Improcedencia de la acción pues se están violentando expresas disposiciones contempladas en tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, como en la Constitución Política de la República y en el propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 5. Falta de derecho para presentar esta demanda pues se la hace al amparo de las disposiciones constantes en la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores lo cual en especie jamás ha existido ni existe tanto más que mencionado (sic) tratado internacional en su propio artículo 3 en relación con el artículo 5 define claramente que debe entenderse por traslado o retención ilícita de un menor y que en la presente causa demostrare (sic) a cabalidad las mentiras y contradicciones en los fundamentos de la demanda. 6. De igual manera improcedencia de la acción pues al haberse fundamentado la demanda en una convención internacional que trata sobre sustracción de menores, esta no es la vía judicial pertinente para presentar tal reclamo pues me permito recordarle que según el diccionario jurídico consultor magno dice que se entiende por sustracción de menores "Al delito que consiste en sustraer a un menor, de determinada edad, de poder de los padres, tutor o persona encargada de él y detenerlo u ocultarlo" en mi caso, aparte de que ninguno de las condiciones anteriormente expuestas se ha cumplido, en el supuesto caso, no concebido y jamás aceptado que ese allá (sic) sido mi proceder, tenía que presentarse la acción legal o judicial ante los organismos competentes que investigan y juzgan delitos y establecer en primer término si en efecto hay delito de mi parte. 7. Debo recordarle a la parte actora que soy la madre y representante legal de mi hijo NN, por lo que al tener tal calidad ni de lejos se me debe considerar como una persona extraña que ha cometido un ilícito, esto de conformidad al artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia y al artículo 28 del Código Civil ecuatorianos, tanto mas que es necesario aclarar que mi hijo goza de doble nacionalidad. 8. En relación a lo anterior debo expresar mi total descontento e indignación por esta demanda presentada en mi contra pues se me está considerando como una delincuente cualquiera acusándome de que he cometido un ilícito como es la sustracción de un menor cuando la realidad de los hechos son

totalmente ajenos a lo plasmado en la demanda presentada por la representante legal del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y más aún con las peticiones y documentación remitidas desde Suiza por sus autoridades a quienes mi esposo les ha mentido, olvidándose por completo en nuestro Estado Constitucional de derechos y justicia existe la presunción de inocencia establecida en las garantías básicas del derecho al debido proceso del artículo 76 de nuestra Carta Magna. Por ello en el presente proceso judicial amparándome en el legítimo derecho a la defensa demostraré fehacientemente la realidad de los hechos y los motivos por los cuales nos quedamos en Ecuador pues fue una decisión tomada en conjunto con mi esposo y padre del menor NN, quien se comprometió a regresar al Ecuador en agosto o septiembre del 2010 para iniciar una nueva vida con un negocio propio apoyados por el Gobierno nacional con el plan de retorno para emigrantes y alejados de la vida europea que tanto daño nos ha causado exponiéndose a peligrosos daños psicológicos tanto a mí como a mi pequeño que será demostrado oportunamente. Repitió (sic) señor Juez no soy una delincuente no me he estado escondiendo de nada ni de nadie ni mucho menos ocultando a mi hijo todo el tiempo mi esposo tubo y tiene el conocimiento en donde vivía y en donde vivo actualmente, en todo momento le he comunicado mis actividades diarias y la de nuestro hijo que se ha comunicado de manera constante con él a través del Skype y vía telefónica manifestándole de manera constante que el pequeño se encuentra muy bien que ha realizado nuevas amistades que se lleva muy bien con su familia y que el próximo 5 de septiembre está por iniciar el año lectivo en la escuela xx, que goza de buena salud y que le gusta la ciudad de Cuenca, todo lo cual se encuentra plenamente ratificado en el informe presentado por la trabajadora social designada por el Juzgado la licenciada Nancy Gavilánez Pando, y en donde sus conclusiones son contundentes con lo que fácilmente se llega a la conclusión que sus derechos constitucionales y legales no han sido vulnerados 9. Para concluir únicamente debo manifestar que no es necesario que se dicte una medida cautelar de prohibición de salida del país o cualquier otra, pues como dejé indicado en líneas anteriores soy una madre de familia que busca el bienestar de su hijo y no una delincuente por lo que me opongo a esta petición de restitución internacional de mi hijo y solicito a su vez que en su resolución declare sin lugar esta demanda amparándose para ello en las disposiciones plasmadas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la Constitución, y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en los propios Convenios de la Haya y de manera especial a lo referente al Principio Universal del Interés Superior del Niño tanto más que con mi hijo estamos viviendo por más de un año cuatro meses y mi hijo se adaptado a plenitud en esta ciudad y en este país. Doy de esta manera contestación a la demanda y las notificaciones las seguiré recibiendo en la casilla judicial 451, y autorizo a la abogada Marcela Sánchez Alvarez y al doctor Henry Merchán Palacios para que de manera individual o conjunta me representen en esta causa. Se escucha a (sic) Consejo Nacional de la Niñez, quien se ratifica en los fundamentos de la demanda y luego al padre del niño quien requiere su regreso a Suiza, a través de su Procuradora Judicial y se manifiesta en la siguiente- forma: me ratifico y me adhiero a los fundamentos de hecho y derecho de la demanda presentada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia quienes con el afán de velar por el interés superior de mi hijo ante la retención ilícita efectuada por su madre ha planteado la presente demanda con el fin de garantizar la restitución del menor a su país de origen, país además en el cual ha vivido desde su nacimiento y hasta hace aproximadamente un año el Ecuador es signatario de diversos convenios y tratados internacionales referentes a la protección de los derechos de los menores, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de la Haya sobre aspectos civil, (sic) de Plagio Internacional de Menores etc., estos convenios establecen y garantizan los derechos de los menores los cuales son de orden público irrenunciables intransigibles, indivisibles, etc. Por lo tanto lo que busca el convenio fundamento de la presente demanda es la restitución de mi hijo para que sean las autoridades judiciales administrativas de Suiza las que determine los aspectos de fondo relacionados a la custodia régimen de visitas derecho de alimentos de mi hijo el convenio promueve a que los estados parte del mismo velen por que los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad sin que exista autorización judicial que así lo determina en el presente caso no se ha configurado la aceptación de mi parte para que el niño sea retenido como se lo ha hecho de manera ilegal, al haber conformado mi esposa y yo una pareja mixta de diversa nacionalidad y que por cuestiones ajenas al presente proceso ella allá (sic) tomado la decisión de permanecer en su país de origen y retener ilegalmente a mi hijo por su sola decisión y en el fondo de su elección configura una retención ilegal por tal circunstancia al ser el progenitor desposeído de mi hijo, por su retención ilícita me encuentro

físicamente fuera del ámbito de acción de las autoridades que por ley estaría (sic) obligadas a establecer las cuestiones de fondo relacionadas con mi hijo que ha sido privado de su residencia habitual, la madre lo que busca con este actuar es la utilización de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial con el fin de obtener su custodia y es eso lo que precautela el convenio en el que se fundamenta esta acción, la resolución definitiva sobre la custodia del menor es de competencia natural de los jueces de su residencia habitual por lo que el Convenio de la Haya busca obtener el restablecimiento de los derechos del menor, mediante su restitución al país de origen que ha sido retenido ilícitamente en el Ecuador con la finalidad de evitar laceración por vías de hecho de un vínculo artificial de competencia judicial internacional, que propicia la obtención de la custodia del mismo, estos hechos serán probados en el momento oportuno solicitando desde ya se conceda la restitución internacional de mi hijo a Suiza por lo que además manifiesto que estaré dispuesto a cubrir los costos del retorno de mi hijo y su, madre se generen por tal motivo. Convocadas las partes a audiencia de prueba en la misma se (sic) despachado las pruebas que han sido debidamente anunciadas, se ha oído de forma reservada al niño por lo que siendo el estado de la causa el de resolver para hacerlo se considera: PRIMERO: Que se ha seguido el trámite establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, sin que exista omisión de solemnidades y soy competente para conocer el presente proceso en virtud del sorteo de ley. SEGUNDO: A fojas 54 y 81 consta el trámite de restitución internacional en el país emitido por el Consejo Nacional de la Niñez, por el que se inicia el proceso en fecha 24 de junio de 2010, mediante auto de inicio del trámite de restitución del niño NN, en base al Convenio de la Haya (sic) sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, la Autoridad Central manifiesta que de la documentación que se remite se desprende que el niño ha tenido su residencia habitual en Suiza, presumiéndose por la denuncia del padre que está siendo retenido en forma ilícita en el Ecuador, desde abril de dos mil once; que no existe resolución judicial que atribuya la custodia del niño a ninguno de los progenitores, y que de acuerdo a la legislación Suiza la patria potestad corresponde a ambos progenitores y se ordena las diligencias para la investigación con el fin de determinar el lugar en donde se encuentra el niño. A fojas 97 consta el formulario de requerimiento el mismo que no se encuentra en nuestro idioma oficial el castellano, ni en ninguno de los idiomas oficiales del Convenio conforme lo dispone el art. 24 del Convenio de La Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (inglés o francés) al parecer viene en idioma portugués, incluso en los puntos cuatro y cinco no se hace constar las circunstancias, razones de hecho que justifiquen el requerimiento, ni la existencia de resolución o de norma de derecho que determine que la custodia es compartida o que no puede ejercerla solamente su madre y que justifique el requerimiento; a continuación del mismo consta una narración de los hechos; sin embargo, el mismo no está suscrito por ninguna persona y de fojas 102 a 105 copias simples sin traducción de datos de la demandada, el requirente y el niño, mismos que para su mejor comprensión y valoración han sido ordenados de oficio su traducción la misma que obra de fojas 213 a 229 de los autos. A fojas 67 a 71 y 106 a 110 de las copias simples de normativa en idioma francés e inglés, sin certificación, no, contiene sellos o firmas, su traducción de oficio consta de fojas 227 a 229. Analizada la documentación remitida, por parte del Autoridad Central Suiza no cumple con lo dispuesto en el Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, esto es que conforme el Art. 8, la solicitud debe contener ciertos requisitos; la mencionada solicitud de requerimiento no se encuentra en el idioma oficial de nuestro Estado, ni del convenio (inglés o francés Art. 13), no consta los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución internacional y no se acompaña copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinente; o conforme al numeral f) una CERTIFICACION o declaración juramentada expedida por la Autoridad Central o autoridad competente del Estado en donde tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en materia de dicho Estado. Como se ha mencionado al respecto se remiten solo copias simples en idioma oficial del convenio de las normas civiles; es decir, no se encuentran debidamente certificadas por parte de la Autoridad Suiza que hace el requerimiento, conforme las normas del convenio artículo 8 y esto en relación con las normas procesales contenidas en nuestro Código de Procedimiento Civil artículo 189, esto que si fundamenta en el derecho de una ley extranjera, la presentará autenticada, en el presente caso en la forma señalada en el Convenio. La Autoridad Central de nuestro país conforme del artículo 27 del Convenido (sic) es la encargada de velar por las solicitudes tengan un fundamento y se cumplan con las condiciones requeridas en el convenio, ha omitido esto en la fase que le correspondía; es decir,

no solicitó certificaciones, ni solicitudes en el idioma oficial o cumplió con realizar una traducción de los mismos para que el fundamento sea claro y comprensible para la misma autoridad administrativa y para la requerida. Tampoco la Autoridad Central ha solicitado su traducción dentro de este proceso administrativo, es decir el Consejo Nacional de la Niñez inicia un proceso de recuperación, sin que conste la documentación traducida a nuestro idioma oficial, esto es el castellano conforme el art. 2 de la Constitución, esto es si bien parte de la misma vino en Uno de los idiomas oficiales del convenio, la misma previo cualquier acción debía ser traducida a nuestro idioma, con el fin de que las mismas autoridades, conozcan exactamente su contenido y fundamento, puedan cumplir con las obligaciones del convenido (sic) contenidas en el artículo 24 y 27 del Convenio de La Haya de Restitución Internacional de Menores y sobre todo en cumplimiento de una garantía del debido proceso conforme normas constitucionales del Art. 76 numerales: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. Y f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. Es decir el proceso administrativo se inició aún con documentación y solicitudes que no se encuentran en nuestro idioma e incluso tampoco en el idioma oficial del Convenio viola las disposiciones constitucionales del derecho a la defensa de la ciudadana ecuatoriana requerida, si bien no ha sido alegada por ella, estos derechos, constitucionales son irrenunciables conforme el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución. Ya llegada a fase judicial, la documentación presentada no cumple con los términos del Convenio, por lo que no puede ser admitida conforme lo dispone el mismo Convenio en el artículo 30 aspecto del cual es responsable la Autoridad Central quien no ha cuidado que el proceso esté debidamente fundamentado, no siendo esto un mero formalismo, sin que tampoco se exija legalización ni otras formalidades más que las que impone el mismo Convenio, siendo por tanto un aspecto sustancial que garantiza el mismo fundamento jurídico del proceso, esto es el derecho sobre el que ostenta la naturaleza misma del Convenio, la custodia del niño que se reclama; si bien el artículo 14 del Convenio manifiesta que las autoridades no pueden solicitar procedimientos concretos para probar la vigencia de la legislación para este caso concreto y pueden aplicar directamente la misma sin necesidad de reconocimiento formal, se hace necesario que la solicitud contenga los requisitos mínimos que establece el mismo Convenio para entender el fundamento jurídico y sobre todo la certeza de una correcta interpretación al caso que se presenta de una norma extranjera, al respecto la doctrina manifiesta que "la prueba del contenido del derecho del Estado de la residencia habitual del menor se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a saber quién puede realizar tales declaraciones, el Convenio ha elegido una fórmula amplia que debe facilitar la tarea del demandante (letra f) "Así pues, además de las autoridades centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo de un notario, de un abogado o de instituciones científicas" tomado de "La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes; Normativa y doctrina" Revista Legislativa de la Comisión de la Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 no. 1, publicada por UNICEF, Comisión de la Niñez y la Familia y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente; Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007, pág. 45. Del análisis de las demás (sic) documentación del trámite administrativo, consta a fojas 13 un acta de intento de devolución voluntaria o solución amigable, en el que la demandada manifiesta claramente su negativa ante la petición, manifiesta la existencia de problemas conyugales, principalmente de vida íntima de la pareja como con su familia política y otros problemas de adaptabilidad en Suiza. Manifiesta que su esposo, aceptó vivir en el país y solo se regresó para la venta de sus muebles con el fin de radicarse en el país en julio a agosto. Manifiesta que el niño se encuentra adaptado al país y por ello no acepta el regreso a Suiza. A fojas 22 a 27 consta la investigación policial, en donde se recepta la versión de la demandada, que confirma los problemas enunciados anteriormente, y manifiesta así mismo que vinieron al país de vacaciones, pero por acuerdos entre la familia, su esposo se regresó a Suiza dejando a su hijo voluntariamente en el país a su cuidado y que el regresará luego de cuatro meses.

En ese momento se encontraba la requerida viviendo en la ciudad de Máchala. Consta así mismo documentación de migración de la demandada, el requirente y su hijo de su entrada al país, un certificado a fojas 39 de votación de la demandada empadronada en Europa, Suiza Berna; de fojas 44 consta un certificado de la Policía que la demandada no registra antecedentes penales; a fojas 45 que el niño consta con una buena salud; a fojas 46 a 49 de la documentación de identificación del niño y su madre, el niño consta con nacionalidad ecuatoriana nacido en Suiza. A fojas 111 consta la tarjeta índice del niño NN como nacido en Suiza y de nacionalidad ecuatoriana. TERCERO: De la prueba evacuada, la demandada en su confesión judicial manifiesta que ella, con su esposo e hijo vivían en Suiza, que se encuentra casada con Marco Haltiner, que su hijo es esa nacionalidad (sic) y residía en este país por cuatro años y medio, que para venir al Ecuador compraron pasajes ida y vuelta, en razón de una promoción ya que salían más baratos, que el demandado le dio la custodia de su hijo verbalmente. De la prueba documental presentada por el requirente consta una traducción de fojas 132 del grupo de juego del niño, en dónde se manifiesta por parte de la Directora manifiesta (sic) que el niño participó desde agosto de 2009 a marzo del 2010, dos veces por semana y por dos horas, con siete niños, que el niño confiaba en los otros niños y la Directora, se mostraba adaptado, no peleaba con otros niños. De fojas 135 consta la traducción del documento de fojas 136 en donde se manifiesta que la Directora de la Escuela certifica la reserva del cupo del Jardín de Infantes para el año lectivo 2011-2012 que inicia el 16 de agosto de 2011. A fojas 138 un documento que certifican (sic) que el requirente labora desde el 1 de julio de 2009 a tiempo completo como asesor de clientes en Visana Services AG. Oficina de Soluthurn. Manifiestan se trata de una persona servicial, amable, consciente de sus responsabilidades. Con lo que demuestra que el niño se encontraba hasta antes de venir al Ecuador en Suiza y que su padre trabaja. De fojas 151 y siguientes consta la prueba documental presentada por la demandada, y se traban (sic) de recibos de envío de dinero del señor Marco Haltiner a la demandada por valores de 400, 300 dólares, desde enero de 2011 hasta agosto de 2011, desde Suiza. Facturas del Centro Educativo xx donde se encuentra matriculado y pagando las mensualidades, útiles escolares, una factura de la Universidad Panamericana por un contrato de tutoría de Alemán por el valor de 250 dólares, uniformes, recibos de servicios básicos. Copia del RUC de la demandada. Con lo que se demuestra que el niño se encuentra estudiando en el sistema escolar regular y además aprende idiomas (alemán) que se encuentra viviendo en una casa por el sector de xx, que su madre tiene un negocio propio de importación de productos ortopédicos y por lo tanto que se encuentran acomodados y establece en la ciudad, (sic) De la confesión del requirente Marco Haltiner, analizada conforme lo dispone el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil para su valoración se toma en cuenta con las circunstancias que le rodean en este caso, con la prueba documental presentada se desprende que la actora abrió su Registro Unico de Contribuyentes RUC, para la venta de artículos ortopédicos, en fecha 09 de abril de dos mil diez, esto es cuando el requirente se encontraba en el país, y una solicitud dirigida al Gerente General de Corporación Aduanera Ecuatoriana en fecha 15 de abril de 2010 con el fin de que le autorice registrarse como Operador de Comercio Exterior, importadora por primera vez en el SICE. Del movimiento migratorio de MARCO HALTINER, el requirente se desprende que el arriba al país, al igual que su hijo y su esposa, la demandada en fecha 27 de marzo de 2010 y sale el 15 de abril de dos mil once, esto es que cuando realizó el trámite del RUC para inicio de actividades el demandado se encontraba en el país; la actividad es para realizarla en el país y a nombre de la actora. CUARTO: Con respecto a las impresiones de correos electrónicos, se (sic) las que se han solicitado una traducción, para que el documento electrónico sea considerado un medio de prueba conforme el artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, es necesario que esté en soporte electrónico y material (informático) sea transcrito en papel (impreso) y además es necesario proporcionar los elementos materiales electrónicos o informáticos necesarios para su lectura y verificación; Práctica de la prueba, la prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes: a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos. En el presente caso no se ha agregado su soporte informático, y tampoco remitido los medios necesarios para determinar su existencia. El demandado ha negado su validez; sin embargo, no ha probado conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma no puedan ser reconocidos

técnicamente como seguros. ("Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica" artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico) si bien el requirente lo ha alegado; sin embargo, no lo ha impugnado mencionando que los mismos carezcan de seguridades, y deben ser probados por quien los alega; sin embargo, tampoco se ha cuidado la integridad del mensaje, para lo cual se deberá contar con un sistema que proteja de cualquier alteración al mensaje original (Esto se puede hacer con una tecnología denominada función hash [resumen de mensaje], que es un software que utiliza métodos criptográficos fuertes de 160 a 128 bits. Es análogo a una "suma de control" [checksum] o a un código de control de errores CRC [Cyclic Redundancy Checksum, Suma de Control de Redundancia Cíclica], en el sentido que representa de modo compacto el mensaje y es usado para detectar cambios en el mismo. Esta función se puede aplicar con un software adicional o está incluido en las funciones de firma electrónica simétrica como es el PGP. Cita tomada de la Tesis "El Control del Correo Electrónico y los Derechos de los Trabajadores". Previa a la obtención del grado de Magister en Derecho Informático de la doctora Mónica Jara Villacís, Universidad de Cuenca, año 2010. Citado por Tomado de Guía del Usuario Versión Gratuita PGP for Personal Privacy Versión 5.5 de Netwok Associates, Inc. <http://www.nai.com>) y de esta forma manteniéndolo completo, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, requisito denominado de originalidad, establecido en el art. 7 de la Ley mencionada; los correos no tienen una firma electrónica o digital que posea un certificado emitido por la entidad correspondiente y esté protegido con un código hash que es un software que utiliza métodos criptográficos y es usado para detectar cambios en el mismo; tampoco se ha solicitado la intervención de un perito informático para comprobar su integridad y originalidad. De igual forma es necesario cumplir con los requisitos para su conservación, detallados en el artículo 8 del mismo cuerpo legal, por lo que se volverá importante demostrar tanto el contenido del documento así como establecer el origen del mensaje, información que generalmente se establece en las cabeceras de los email, lo que podrá ser clarificado para el entendimiento del juez o autoridad de forma imparcial. En armonía con este punto, no debemos olvidarnos de solicitar la intervención de un perito calificado y acreditado para el análisis técnico y tecnológico del documento electrónico que ayude al juez a valorar en forma correcta la prueba, según lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Comercio Electrónico "Valoración de la prueba. La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidas. Para la valoración de las pruebas, el juez o arbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas". En el presente caso no se ha procedido a designación de perito de oficio por parte de la suscrita, en razón que la prueba fue presentada de forma incompleta, esto es que solamente se presentó la impresión de los documentos electrónicos y no en formato original (electrónico en un soporte para ello), por lo que resulta inocuo contar con un perito ya que no va a poder realizar una verificación técnica en razón que no cuenta con la información desmaterializada, esto son los correos electrónicos en su formato original para comparar aspectos técnicos que permitan tener la certeza de su integridad y originalidad de los mensajes y que estos realmente salieron del correo del requirente y llegaron al de la demandada. Además el artículo 66 numeral 21 de la Constitución establece "El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este Derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación". Dentro de la doctrina constitucional, el derecho de inviolabilidad de correspondencia, busca la protección del peligro de atentados contra otro tipo de derechos, así mismo del rango de fundamentales, se habla de la protección contra la libertad, tanto de acción como de libertad de pensamiento y sus manifestaciones extrínsecas, que tienen dos o más personas que se comunican por este medio en todas sus formas, es decir el pensamiento político, religioso, sexual, de creencias, etc. Otros consideran que protege la intimidad, ya que en la correspondencia se imprimen los más internos sentimientos, los relatos de la vida privada, familiar, confidencias, las mismas que al ser reveladas podrían causar atentados contra el honor y buen nombre así como grandes conmociones sociales para el individuo que expresa e incluso para quien recibe. Este derecho no solo protege a un sujeto, sino a dos o más sujetos en un

mismo momento, conforme la dinámica de la correspondencia epistolar y electrónica, esto es al remitente y al o a los destinatarios, tanto en el ejercicio de su libertad o a la reserva de la intimidad, es por ello que también este derecho protege otros derechos tales como el de no discriminación, derechos económicos, el honor, a la imagen, etc. El principio protegido por tanto implica no un solo derecho desde mi punto de vista, es decir no solo la libertad, o a la intimidad; sino más bien, es un principio de protección intermedia por el peligro que puede suponer su vulneración frente a otros derechos que del contenido mismo del correo puede afectarse, esto por que como vemos los contenidos son indeterminados, para su protección; es decir, no importa lo que diga o muestre (conforme sea lenguaje escrito, imágenes, sonidos) es decir la información en sentido general para que éste sea inviolable o secreto, sino solamente se protege frente al peligro que genera su vulneración o revelación. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil, en el art. 199 dispone lo siguiente: "Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba". Esta disposición puede afectar la valoración de los correos electrónicos si son dirigidos o realizados por terceros como en el presente caso. La Constitución también establece en el artículo 76 entre las garantías del debido proceso que. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Por lo que las mismas una vez traducidas y con la certeza que se tratan de impresión de correos electrónicos, dirigidos por terceros y sobre asuntos íntimos no se proceden a su valoración por las razones indicadas. QUINTO: Analizada la prueba en su conjunto se puede colegir que el niño, su madre y padre residían antes de su llegada a nuestro país en Suiza, se ha probado que llegaron toda la familia junta y permanece en el país, hasta que el padre viaja de vuelta a su país natal Suiza el 15 de abril de 2010, y que en fecha 19 de mayo de 2010 su padre empieza con un trámite de recuperación internacional solicitando ante la Autoridad Central de Suiza, esto es a más del mes cuatro días, pese a que su padre manifiesta en el proceso que la madre solamente un día antes de su partida a Suiza le manifestó su deseo de permanecer en el país; es decir, el padre pese a que conoció aproximadamente el 14 de abril de 2010 que no regresaría su hijo a Suiza, no presentó reclamo alguno a autoridad en este país de la decisión que según él había tomado solo la madre, peor inmediatamente al llegar a su país, sino que espera más de un mes para iniciar su reclamo, lo que no es lógico pese a que él manifiesta que desde un principio manifestó su malestar y desacuerdo con la decisión de su esposa de radicarse en este país. Por su parte la requerida Evelin Vega justifica que el tiempo que su esposo estuvo en el País, ella ya obtuvo un RUC para iniciar actividades comerciales en el país, esto es el 9 de abril de 2010, que denota que ella desde antes del viaje de su esposo ya empezó a preparar la permanencia en este país, y mantiene ella la versión que fue una decisión de pareja y que el regreso de su esposo a su país de origen Suiza se debía a arreglos para vender sus cosas allá y-utilizar los programas de retorno del migrante para residir en este país y por lo tanto la permanencia del niño en el país al parecer fue autorizada de forma verbal por el padre y tácitamente consentida hasta que él decide pedir su recuperación. Además en todo el proceso la madre del niño, pese a las circunstancias, ella no ha ocultado al niño, ha acudido a todas las audiencias, ha colaborado con las investigaciones, ha dado contestación a los requerimientos realizados, sin que se demuestre mala fe procesal. De la investigación realizada por parte de la Oficina Técnica del Juzgado, con respecto a la situación del niño NN, en su entrevista manifiesta que su padre le ha prometido venir al País, que él o sea el niño, está en comunicación constante con él; sin embargo, no se le ha explicado de la verdadera situación en la que se encuentra por parte de su progenitor, pese al tiempo que ya ha transcurrido desde la separación, con el correspondiente tacto y con información suficiente acorde a su capacidad, tomando en cuenta su opinión y sobre todo el respeto de sus sentimientos; hecho que ha traído como una consecuencia que el niño siga esperando el retorno de su padre al país (no su partida hacia Suiza para reunirse con él) y por lo tanto el niño no ha encontrado ningún obstáculo (incluso sentimental) para adaptarse al país del que es nacional. Su nuevo hogar que está conformado por su madre y más familiares, hacen de ella un lugar acogedor para el menor pues allí también existen otros niños con los que puede relacionarse, sentirse seguro y feliz; se encuentra estudiando en un colegio particular, además aprende idiomas pese al alto costo que eso representa, vive con la familia de la madre y no se encuentra solo, le permite relacionarse con una gran cantidad de personas lo que es saludable para su desarrollo. Además su condición de nacional, le permite que no tenga una condición migratoria irregular, que le ponga de algún modo en una eventual condición de riesgo, o que no tenga acceso a servicios en igualdad de condiciones que los otros niños de este país, su

madre se encuentra trabajando y tiene además el apoyo de su familia. De la audiencia con el niño y sin violar el derecho de reserva de la conversación sostenida con NN, el niño habla y comprende perfectamente el castellano, no se le puede notar por el lenguaje que ha nacido fuera del país, para su edad es un pequeño astuto y entiende con ciertas limitaciones propias de su edad lo que sucede a su alrededor y el proceso legal en el que se ve inmerso. Por lo que un retorno en estas condiciones a Suiza, sin que se tenga la certeza que conforme a sus normas de ese país, la custodia sea compartida entre los dos padres como se ha fundamentado la solicitud y que su retorno le pone en un riesgo psicológico porque el niño se encuentra adaptado e integrado a este medio y en la espera de que su padre regrese a este País; hace que su situación tenga que ser valorado para proteger su interés superior, conforme las normas y principios que rigen del Convenio de la Haya, que se prenden (sic) hacer efectiva; al respecto el señor Dyer, citado en el documento "La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes; Normativa y Doctrina" Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 no. 1, publicada por UNICEF, Comisión de la Niñez y la Familia y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente; Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007, pág. 15; manifiesta que "en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, "la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores" es el propio menor. Es él que sufre por perder de repente su equilibrio, es él que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida". En el presente caso el niño es nacional, no es extranjero en este país, habla desde su nacimiento el idioma por ser el materno, se encuentra alojado y viviendo con su familia materna, tiene niños de su edad que le han permitido crear vínculos con ellos y sentirse cómodo en su escuela si bien es nueva, en Suiza el niño no acudía a un sistema regular de educación lo que hace que no sienta efectos porque no sufrió un cambio de escuela, lo que lleva a concluir que la madre a elegido a esta ciudad como su domicilio permanente y por lo tanto le garantiza al niño su permanencia y estabilidad, lejos de los problemas de pareja, que creaban un clima no cálido para el niño, la madre ha buscado escuela, cursos de idiomas, consta de la prueba documental que tiene instalado su negocio y trabaja en él. La opinión continúa del señor Dyer quien manifiesta que "No obstante, incluso desde la óptica elegida, era preciso admitir que el traslado de un niño puede a veces estar justificado por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le era más próximo. Por ello el Convenio reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia". Si bien uno de los objetivos del convenio es que la madre en este caso, no se aproveche de la situación de hecho -retención del niño- para forjar un vínculo legal para ejercer jurisdicción y solicitar su custodia (entendida la misma como tenencia en nuestra legislación); el padre pese al tiempo que ha durado el proceso administrativo y judicial, y que conforme a su teoría del caso que no decidieron vivir en el país contrario a lo que manifiesta la requerida, no ha manifestado interés que la custodia del niño sea resuelto por la autoridad que él considera competente, aun conociendo que la relación entre ambos cónyuges se encuentra deteriorada y su separación es un hecho, dándole de esta manera seguridad a su hijo respecto a que legalmente uno de sus padres tenga su custodia y por lo tanto sus verdadero interés quede protegido, esto en el marco de lo manifestado en las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1979 en el marco de las discusiones que son el antecedente de este convenio "los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios" (cita tomada de "La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes; Normativa y doctrina". Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional. Año 1 no. 1, publicada por UNICEF, Comisión de la Niñez y la Familia y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente; Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007). Por lo que conforme al literal b) del artículo 13 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la suscrita Jueza Temporal encargada del Juzgado Primero de la Niñez y la Adolescencia del cantón Cuenca RESUELVE, negar la restitución internacional del niño NN por las consideraciones anotadas. Se dispone continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes. Se dispone notificarse a la

Autoridad Central de Suiza, para que conozca de la resolución ejecutoriada el fallo, el Consejo Nacional se encargará de la traducción del presente fallo a uno de los idiomas oficiales del convenio para su mejor comprensión. Cúmplase y Notifíquese.

f) Dra. Mónica Jara Villacís, Jueza Temporal.

SEGUNDA INSTANCIA

Juez Ponente: Dr. Luis Urgiles Contreras.

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL, DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL AZUAY. Cuenca, 22 de diciembre de 2011. Las 14h37.

VISTOS: De fojas 237 a 246 de autos comparece MARIA FERNANDA TORAL CISNEROS, como apoderada del señor MARCO HALTINER e interpone recurso de apelación del auto resolutorio dictado, en el juicio de recuperación internacional no. 254-2011, por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca, el 07 de noviembre del 2011 las 08h10, que en lo principal "RESUELVE, negar la restitución internacional del niño NN por las consideraciones anotadas. Se dispone continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes. Se dispone notificarse a la Autoridad Central de Suiza, para que conozca de la resolución ejecutoriada el fallo, el Consejo Nacional se encargará de la traducción del presente fallo a uno de los idiomas oficiales del convenio para su mejor comprensión. "La actora en el proceso, SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, se adhiere al recurso de apelación, (fojas 247). El recurso de apelación se concede mediante providencia de 11 de noviembre del 2011 las 14h01. La causa se encuentra en estado de resolver, para lo cual se considera: PRIMERO: Esta Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay es competente para conocer y resolver el recurso venido en grado. SEGUNDO: El presente juicio ingresa a Secretaría de la Sala y se dispone se ponga en conocimiento de las partes la recepción del mismo, de conformidad con lo que dispone el artículo innumerado 41 de la Ley Reformatoria al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, vienen los autos para resolver en mérito a lo que consta del expediente. TERCERO: El apelante funda su recurso, en los siguientes términos: 1. La República del Ecuador es signataria de diversos convenios y tratados internacionales referentes a la protección de los derechos de los menores. Ha ratificado la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO; así como la CONVENCION DE LA HAYA sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores. Estos convenios, entre otros, establecen y garantizan los derechos de los menores que según nuestro Código de la Niñez y Adolescencia son de ORDEN PUBLICO, independientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles (Art. 16). Nuestra Constitución prevé que "Los derechos y garantías determinados en esta Constitución, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". (Art. 11 numeral 3) y que "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; las Leyes Orgánicas (...). En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior..." (Art. 425). Que al respecto, nuestro Código Civil en su Art. 1478 establece que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene al derecho público ecuatoriano; en su art. 9 que son nulos y de ningún valor los actos prohibidos por la ley; y, en su artículo 11 que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante. Que en el presente caso, la madre del menor asegura que el padre del mismo le confirió la custodia "... de manera verbal..."; es decir, contraviniendo lo dispuesto, entre otros en los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño: "Art. 8.1 Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer

rápidamente su identidad." "Art. 9.1 Los Estados Partes velarán que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesario en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...)" "Art. 11.1 Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención de niños en el extranjero." Art. 16.1 Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra éstas injerencias o ataques". Que éstos derechos son de orden público, irrenunciables e intransigibles; por lo tanto la custodia o tenencia de menores, adoptada por su madre, sin una orden judicial, es ilegal y con atención al interés superior del menor, éste debió ser restituido a su país de origen para que sean las autoridades suizas las que determinen los aspectos transcendentales y de fondo, como son tenencia, régimen de visitas, alimentación del menor. 2. Los argumentos esgrimidos en la demanda y sostenidos a lo largo del proceso, han sido probados; no así las excepciones planteadas por la demandada y lo sostenido por ella; que existen muchas incongruencias, en lo manifestado por la demandada, que no han sido consideradas al momento de dictar la resolución; por ejemplo, en el informe técnico que consta de autos y se recoge en la sentencia, se manifiesta por parte de la madre: "...Que, su hijo recibe un bono del estado suizo por un valor de 200 francos y que ha pedido a su esposo que le haga llegar pero que solo lo ha hecho en tres veces..."sin embargo, presenta como prueba recibos por 400 y 300 dólares enviados por su cónyuge, desde enero del 2011 hasta agosto del 2011; en el informe de la oficina técnica, declara tener una empresa de venta de artículos ortopédicos colombianos, pero en la contestación a la demanda manifiesta ser profesora; dice que su cónyuge no le tenía aprecio por el origen sudamericano, con pensamientos racistas hacia personas de otras nacionalidades, sin embargo ha declarado estar casada por casi siete años y que los problemas conyugales supuestamente recién comenzaron desde que nació su hijo, lo que demuestra que no es verdadero lo manifestado; si el actor fuere racista no hubiera contraído matrimonio con ella ni concebido un hijo a los tres años de haberse casado con ella (una latina). Que desde que se produjo la retención ilícita la demandada y su hijo residían en Máchala y posteriormente en Cuenca, en dos direcciones distintas; por lo tanto, a que "estabilidad" o "adaptación" se refiere la demandada y la señora jueza de primera instancia si han vivido en dos ciudades distintas y en tres direcciones diferentes y el menor recién asiste a su nueva escuela desde septiembre del 2011. Que no es coherente ni lógico, que si los problemas conyugales se debían a supuestos trastornos psicológicos del esposo y falta de comprensión la demandada haya aceptado seguir viviendo con él en Ecuador y esperar su retorno en agosto o septiembre del 2010 para iniciar "una nueva vida", poner un negocio y "vivir juntos". Que en su confesión judicial manifestó que compraron pasajes de ida y vuelta (Suiza-Ecuador-Suiza) en razón de una promoción ya que salían más baratos; que es iluso pensar que un pasaje redondo sea más económico que uno de una sola ruta; que existe contradicción en lo manifestado por la demandada y que es ella quien puede causar daños psicológicos al niño que está inmerso en una dura situación legal, de manera innecesaria y caprichosa por las falacias en las que ha incurrido 3. En la sentencia se manifiesta que el menor está adaptado a Ecuador y que "...un retorno en estas condiciones a Suiza sin que tenga la certeza que conforme a sus normas de su país la custodia sea compartida entre los dos padres como se ha fundamentado la solicitud y que su retorno le pone en riesgo psicológico por que el niño se encuentra adaptado e integrado a este medio y en la espera de que su padre regrese a este país; hace que su situación tenga que ser valorado (sic) para proteger su interés superior..." Que no consta del proceso justificado algunos de los presupuestos del Art. 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que dispone como excepción para negar la restitución: "...a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado y retención; o, b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". Que no existe prueba de ningún maltrato físico o psicológico, ni al niño ni a su cónyuge y que el retorno del niño a su país de residencia habitual no puede perturbarle psicológicamente. Que en casos como el presente, se está tratando de conseguir por medios de hecho, de manera "ilícita" el derecho de

tenencia. 4. Que en la contestación a la demanda, las excepciones se contraen a negar que la madre sea una delincuente y a sostener que* previo al proceso planteado, se debía determinar que existió la sustracción del menor y, por lo tanto el delito por las autoridades competentes, desconociendo la vigencia del Convenio antes referido. Que estos aspectos no han sido considerados al momento de dictar sentencia. 5. Se manifiesta en la sentencia que el acto no ha requerido la restitución del menor con el fin de que sean las autoridades suizas las que decidan los aspectos de fondo relacionados con la custodia, régimen de visitas y de derecho de alimentos de su hijo; sin embargo, consta del proceso en la demanda y en la adhesión de la demanda que la Procuradora Judicial del actor solicita expresamente la restitución con ese fin; inclusive consta la buena voluntad demostrada por el actor al ofrecer cubrir todos los costos que demande el retorno del menor y de su madre, hasta que la situación legal en Suiza sea resuelta. Con tal motivo, se difirió la audiencia de conciliación del 5 de agosto del 2011 y se hizo ofrecimientos de buscar un acuerdo transaccional. 6. Que la demanda ha sido admitida en marzo 11 del 2011 y que contaba con todos los requisitos que dispone el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo de lo cual, en la sentencia se manifiesta que la demanda no cumplía con los requisitos del Convenio Sobre Aspectos Civiles en sustracción Internacional de Menores ya que los documentos acompañados no han sido traducidos al castellano y no se ha justificado que la custodia o tenencia del menor la ejercían de manera conjunta los padres, por así prever la ley suiza. 7. Que consta del proceso a fojas 219 a 220 y 227-229, la traducción de oficio de los documentos acompañados a la demanda, y la certificación de la señora Sonja Hauser, autoridad central de suiza para la aplicación del Convenio de La Haya en el que manifiesta: "de acuerdo con el Código Civil de Suiza.(CC) los niños están sujetos bajo la custodia de sus padres mientras sean menores de 18 años (Art. 296 CC). Padres que contrajeron matrimonio ejercen la custodia conjunta de sus hijos (Art. 297 para 1 CC). En caso de disolución matrimonial la custodia de los hijos está a cargo de los dos padres hasta que un juez decida lo contrario (Art. 297 para 2 CC). Tener la custodia incluye el derecho a determinar el lugar de residencia del hijo (Art.-301 para 3.CQ". 8. Que la sentencia manifiesta no haberse cumplido, por parte de la Autoridad Central, con lo dispuesto en el Art. 27 del mencionado Convenio que dispone: "Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente convenio o que la solicitud carece de fundamento, una autoridad central no estará obligada a aceptar la solicitud" En el presente caso, la Autoridad Central ha determinado que la petición de restitución cumple con los requerimientos y por ello ha dado trámite a la misma. En el caso, de que la documentación no hubiere sido "suficiente" la señora Jueza debía cumplir con lo dispuesto en el Art. 15 del mismo convenio que le faculta a obtener de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el Art. 3 del Convenio. 9. Que la jueza a quo, al negar la restitución del niño NN, otorga tácitamente la tenencia del menor a su madre y resuelve el aspecto de fondo para los cuales no es competente. 10. Se refiere a la disposición de los arts. 121 y 125 de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia que contempla el derecho de recurrir a los organismos competentes cuando un niño, niña o adolescente haya sido llevado al extranjero con violación de las disposiciones del Código y de las autoridades judiciales. 11. Que la Convención referida contempla una serie de requisitos para su aplicación, entre ellos la necesidad de que se haya producido un traslado o retención ilícita (art. 3) establece que se considerará que el traslado o retención reviste tal calidad: "...Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente, antes de su traslado o retención." Que de la confesión judicial de la actora, la misma ha manifestado, bajo juramento, que la custodia y patria potestad del menor en Suiza y en Ecuador, la ejercían de manera conjunta ambos progenitores; por lo tanto, al no mediar orden judicial y haberse retenido al niño en el Ecuador dicha retención es ilícita. 12. Que se ha probado que el menor tenía la residencia habitual en Suiza, nació allí y vivió durante toda su vida. Que es sabido que: "La residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico a diferencia del domicilio de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias...". 13. Que se -ha tratado de forjar como verdad que por el hecho de que la madre ha obtenido un Ruc en el Ecuador, en los últimos días de permanencia del padre del país, este asintió a que el menor podía quedarse. Que no se ha probado que el padre conocía tales hechos, que a él se le indicó que era para efectuar un negocio en el

Ecuador a través de los padres de la demandada, y que la víspera del viaje, esta manifestó que no retornaba a Suiza, que el debió hacerlo solo por sus obligaciones laborales, sin consentir que su esposa e hijo decidan radicarse en el Ecuador. Que la decisión de fijar la residencia en Ecuador, de la madre y del menor, fue efectuada de manera ilegal, ya que ella no contaba ni cuenta con autorización judicial que le otorgue la tenencia o custodia del menor. 15. El art. 5 del documento internacional al que nos referimos dispone que los elementos de la acción, "el derecho de custodia", era ejercido conjuntamente por los padres del menor, lo cual, no solo incluye el cuidado de su persona sino el de recibir (sic) sobre su lugar de residencia habitual. 16. Que la sentencia manifiesta que, analizada la prueba, se colige que los padres del menor habrían decidido fijar su residencia habitual en Ecuador; sin embargo, no se ha probado que haya aplicado el plan de retorno de migrantes, como sostiene la demandada. Que se manifiesta también se "presume la aceptación tácita del padre del menor para que esta resida en Ecuador, lo cual contradice la disposición del Art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia que manda: "Los derechos y garantías de los menores son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles. 17. Se vuelve a referir a la confesión judicial de la madre y sostiene que de ella se desprende que adquirieron los pasajes de ida y vuelta a Suiza por lo que el plan no era radicarse en el Ecuador. Que el niño es más suizo que ecuatoriano, en consideración al tiempo de permanencia en cada uno de los países; sin embargo, la sentencia manifiesta que el niño es "nacional" y que por tanto no es un extranjero, existiendo contradicción con la cita efectuada del documento "La Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, Normativa y Doctrina". Que la jueza sostiene "en el presente caso el niño es nacional, no es un extranjero en este país, habla desde su nacimiento el idioma por ser el materno, se encuentra alojado y viviendo con su familia materna..." Que sin embargo, sucede todo lo contrario, que el niño es también suizo, y vivió allí desde su nacimiento hasta su retención ilícita en abril de 2010; que habla castellano pero también comprende "italiano y alemán" que se encuentran viviendo con extraños, una familia desconocida, con nuevos profesores, en ciudades y país diversos. En condiciones culturales que no le son familiares. 18. Que de la documentación que consta de autos se ha demostrado que el niño no sufre de ninguna perturbación psicológica. Que la sentencia, sorprendentemente manifiesta que el niño sigue esperando el retorno de su padre a Ecuador y no su partida a Suiza. Que el actor en ningún caso, ha tratado de hablar al hijo mal de su madre pero que su comunicación cada vez menor con él, es cada vez más distante y fría y está ocasionando un deterioro en la relación parento filial. Que a pesar de la distancia y del juicio nunca ha dejado de proveer a su hijo, de manera mensual, el valor suficiente para su manutención. 19. Que en aplicación a lo dispuesto en el art. 11 del Convenio: "Las autoridades judiciales administrativas de Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora." Que en el presente caso, los tiempos han sido excedidos sobre manera. Cita el artículo 12 del mismo Convenio, y concluye solicitando se declare la procedencia de la acción y por tanto la restitución inmediata de su hijo NN a Suiza. CUARTO: Con la fundamentación dada al recurso se aprecia que la procuradora judicial del padre del niño la doctora María Fernanda Toral Cisneros así como la Secretaria Ejecutiva del Consejo de la Niñez y Adolescencia la señora Sara Oviedo Fierro, solicitan se proceda a la restitución internacional del niño NN a su país de origen y residencia habitual, Suiza. Para ello este Tribunal considera: A fojas 112 comparece la señora Sara Oviedo Fierro y en calidad de Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, organismo designado como Autoridad Central del Ecuador para efectos de cumplir las obligaciones impuestas por el "CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES" de 25 de octubre de 1980; solicita al Juez de la Niñez y Adolescencia de Cuenca que: "a) Se disponga la prohibición de salida del país, medida cautelar necesaria a fin de asegurar, durante el proceso la permanencia del niño en el país. b) Resolver el pedido de restitución internacional del niño NN, tomando en consideración la documentación presentada." Para lo cual se fundamenta en los arts. 2, 3, 4, 7, 11, 12, 14, del mencionado Convenio. Acompaña a la demanda el expediente completo de pedido de restitución del niño, presentado por su padre, señor NN. QUINTO: El fundamento legal de la petición de restitución se basa en el hecho de que en 1992, el Ecuador se adhirió a la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de

Menores, suscrito el 25 de octubre de 1980, cuyo objeto es asegurar el regreso inmediato de los menores trasladados o retenidos ilegalmente en todo Estado Contratante; y, asegurar que los derechos de custodia y de visita que contemplen las leyes de una Estado Contratante se respeten en forma efectiva en los demás Estados Contratantes. Que mediante resolución 14-CNNA-2008 de 8 de mayo de 2008, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, a través de la Secretaría Ejecutiva, es el organismo designado como Autoridad Central de este país, para el cumplimiento del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Circunstancia que justifica la legitimación de personería activa para proceder con el trámite y limita la normativa legal que se deberá considerar para efectos del fallo. SEXTO: Del análisis del Convenio Internacional se desprende que el art.8 determina los requisitos esenciales para plantear la petición de restitución de un menor objeto de traslado o retención ilícita, por parte de la Autoridad Central del país de residencia habitual del niño, en el caso, NN: "Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. La solicitud incluirá: a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; e) una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado, g) cualquier otro documento pertinente." Del análisis de los documentos acompañados a la petición de la Secretaria Ejecutiva del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se observa que no se han cumplido con todos los requerimientos determinados en el artículo 8 invocado, especialmente lo determinado en el literal f). La Autoridad Central del Ecuador ha adoptado las medidas adecuadas para a obtener un retorno voluntario del niño NN, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 ibídem que señala: a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación. Diligencias que las manda a cumplir con la providencia emitida el 24 de junio del 2010 (fojas 81) y en la que: "Dispone: 1. Oficiése al Señor Director Nacional de la Policía Especializada de Niñez y Adolescencia con el contenido de esta providencia y copia del expediente a fin de que procedan a ubicar al niño NN y a su madre, señora Martha Evelyn Lisett Vega Mora (Evelyn Lisett Haltiner Vega Mora). 2. Oficiése a las autoridades de Dirección General de Migración a fin de que procedan a informar el movimiento migratorio del niño NN y de su madre Martha Evelyn Lisett Vega Mora (Evelyn Lisett Haltiner Vega Mora); debiendo dichos organismos remitir los informes respectivos a Autoridad Central del Ecuador, 3. Notifíquese con el contenido de la presente providencia a la señora Sonja Hauser de la Oficina Federal de Justicia FOJ de Suiza, Autoridad Central de ese país...". SEPTIMO: Con el informe emitido por la DINAPEN se tiene conocimiento que el niño NN ha sido ubicado en la ciudadela xx de la ciudad de xx. "De la información proporcionada el deseo del solicitante era llegar a una solución amigable con la madre del niño para el retorno voluntario a su lugar de residencia habitual. Mediante correo electrónico se informa que la madre del niño no está interesada (sic) en resolver el conflicto de manera amistosa y no hace una propuesta de retorno (sic) voluntario hasta finales de febrero por lo que solicita se inicie el procedimiento correspondiente. A fin de cumplir con lo que establece el art. 7 y 10 de la Convención de la Haya relativa a los Aspectos

Civiles de la Sustracción Internacional de menores, y petición del solicitante, la abogada Katherine Subía funcionarla de la unidad de relaciones internacionales de la Autoridad Central, mantuvo una conversación telefónica con la señora Evelyn Lisett Vega Mora, madre del menor a fin de intentar una devolución voluntaria del niño; sin embargo, tanto telefónicamente como por escrito supo manifestar que no desea retornar al niño a Suiza." OCTAVO: Con la negativa de la madre, señora Evelyn Lisett Vega Mora constante a fojas 18 de los autos se establece: a) "...recibí con preocupación, la invitación ante la denuncia de mi esposo presentada en Suiza, dado que es mi deseo radicar-me en Ecuador, pero no el de mi esposo Marco Haltiner."; b) "Destaco que nos trasladamos a Ecuador para gozar de las vacaciones con mi esposo planteándole el deseo de radicarme nuevamente en Ecuador y que me gustaría que regresara para continuar con nuestra relación y continuar con la crianza del niño, como hasta entonces en Suiza, habitando por espacio de tres semanas que pasó en Ecuador mi esposo siempre en un inmueble de propiedad de mi familia en la ciudad de Máchala; c) "Es cierto que la patria potestad la tenemos los padres por igual, pero también es cierto que si esposo me abandona me corresponderá ejercer el cuidado filial que como madre tengo que prodigarme ante la ausencia de su padre." Con lo que la Autoridad Central del Ecuador da por agotada el trámite de restitución voluntario del niño NN a Suiza; y comparece ante uno de los Jueces de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca para que la autoridad judicial competente resuelva si la retención del niño NN, es ilícita, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la causa resulta sorteada al Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Cuenca el 9 de marzo del 2011. NOVENO: Se admite a trámite contencioso general, la solicitud de restitución internacional del menor y se dispone citar a la demandada así como realizar la investigación del caso a cargo de la trabajadora social de la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de Cuenca. A fojas 120 comparece la demandada y se da por legalmente citada. La audiencia de conciliación se realiza el 5 de agosto del 2011 a las 10h30, la que se suspende por pedido de las partes para buscar un acuerdo transaccional, se reinicia el 24 de agosto del 2011 a las 10h30 compareciendo la actora, la demandada, y el padre del niño a través de su procuradora judicial. La demandada Evelin Lisett Vega Mora contesta la demanda en los siguientes términos: Que respondo a los nombres de Evelyn Lisett Vega Mora de 28 años de edad, de estado civil casada, de ocupación profesora y con domicilio en la ciudad de Cuenca y formula como excepciones: "2. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho plasmados en esta injusta ilegal e infundada demanda seguida en mi contra por la parte actora en calidad que lo ha hecho. 3. No me allano con ninguna nulidad procesal ya que en el presente trámite no se está siguiendo el debido proceso por lo que me reservo el derecho de seguir las acciones constitucionales pertinentes. 4. Improcedencia de la acción pues se están violentando expresas disposiciones contempladas en tratados y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, como en la Constitución Política de la República y en el propio Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 5. Falta de derecho para presentar esta demanda pues se la hace al amparo de las disposiciones constantes en la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores lo cual en especie jamás ha existido ni existe tanto más que mencionado tratado internacional (sic) en su propio artículo 3 en relación con el artículo 5 define claramente que debe entenderse por traslado o retención ilícita de un menor y que en la presente causa demostraré a cabalidad las mentiras y contradicciones en los fundamentos de la demanda. 6. De igual manera improcedencia de la acción pues al haberse fundamentado la demanda en una convención internacional que trata sobre sustracción de menores, esta no es la vía judicial pertinente para presentar tal reclamo pues me permito recordarle que según el diccionario jurídico Consultor Magno dice que se entiende por sustracción de menores "Al delito que consiste en sustraer a un menor, de determinada edad, del poder de los padres, tutor o persona encargada de él y detenerlo u ocultarlo" en mi caso, aparte de que ninguna de las condiciones anteriormente expuestas se ha cumplido, en el supuesto caso no concebido y jamás aceptado que ese haya sido mi proceder, tenía que presentarse la acción legal o judicial ante los organismos competentes que investigan y juzgan delitos y establecer en primer término si en efecto hay delito de mi parte. 7. Debo recordarle a la parte actora que soy la madre y representante legal de mi hijo NN, por lo que al tener tal calidad ni de lejos se me debe considerar como una persona extraña que ha cometido un ilícito, esto de conformidad al artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia y al artículo 28 del Código Civil Ecuatorianos, tanto mas que es necesario aclarar que mi hijo goza de doble nacionalidad." Sin lograr

acuerdo el Juez señala el día 22 de septiembre del 2011 a las 08h30 para la audiencia de prueba, a la que comparecen las partes con sus abogados defensores. Se recibe la confesión judicial de la señora Evelyn Lisett Vega Mora, y se deja constancia de un interrogatorio de confesión del actor, se da paso a la prueba documental y a los alegatos de las partes, con lo cual concluye la etapa de prueba, la misma que se reabre por disposición de la Jueza a quo para traducir documentos que por error han sido agregados a otro proceso 1013-11. Nombra peritos y ordenado su posesión. Con el informe pericial se instala la audiencia el 18 de octubre del 2011 (fojas 211). DECIMO: El artículo 12 de la Convención determina la competencia en la que debe actuar la autoridad judicial del Estado Contratante donde se halle el menor, al disponer: "Artículo 12. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor." Por lo que correspondía al juez de primer nivel calificar la ilicitud de la retención de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 ibídem, que determina: "a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Al respecto el Tribunal considera: 1) Del documento emitido por la SECRETARIA EJECUTIVA NACIONAL DEL CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (fojas 81) se desprende que la Oficina Federal de Justicia FOJ de Suiza, Autoridad Central de ese país, ha remitido a la Autoridad Central del Ecuador, "solicitud de restitución internacional del niño NN de nacionalidad suiza y ecuatoriana, nacido en SUIZA, el 1 de diciembre del 2005; solicitud que ha sido interpuesta por su progenitor, el señor Marco Haltiner, de nacionalidad Suiza..." 2. Que de la documentación remitida a la Autoridad Central del Ecuador "...se desprenden que el niño NN ha tenido su residencia habitual en Suiza, presumiéndose por denuncia del padre, que está siendo retenido en forma ilícita en Ecuador, desde abril del 2010". 3. Que no existe resolución judicial que atribuya la custodia del niño a ninguno de los dos progenitores y que "... de acuerdo a la legislación suiza, la patria potestad les corresponde a ambos padres." (fojas 219-220, traducción de documentos de fojas 94-95). DECIMO PRIMERO: De las pruebas actuadas en el juicio, el Tribunal concluye que la demandada Evelyn Lisett Vega Mora reconoce que está casada con el señor Marco Haltiner "casi siete años"; que su matrimonio se realizó en Suiza; que su hijo nació y residió en Suiza por cuatro años y medio; y que los dos cónyuges ejercían la custodia de su hijo; asevera también en su confesión judicial (fojas 149) "que cuando vinimos al Ecuador compramos los pasajes de ida y vuelta aunque en la pregunta siguiente dice "no era el plan retornar a Suiza sino que compramos el pasaje ida y vuelta por las promociones y así salía más barato." La demandada ha reconocido que el viaje a Ecuador ha sido con el objeto de pasar vacaciones en compañía de su esposo e hijo. "...Es mi deseo radicarme en Ecuador, pero no el de mi esposo Marco Haltiner..." (fojas 18) así como también que es verdad que la patria potestad "la tenemos los padres por igual". Además, sostiene que su situación con el señor Marco Haltiner no ha sido de lo mejor en Suiza pues los familiares de su esposo habrían intervenido en su contra observando su situación conyugal; alegado también falta de fidelidad. DECIMO SEGUNDO: El Tribunal observa que los cónyuges Marco Haltiner y Evelyn Lisett Vega Mora ingresaron al Ecuador, acompañados de su hijo NN, en forma legal y voluntaria, el 27 de marzo del año 2010 (documentos de fojas 184-186). El niño NN, como lo reconoce el padre, en documento de fojas 101, no ingresó al Ecuador con su pasaporte de ciudadano suizo sino como ciudadano ecuatoriano, con cédula no. xx según consta del documento de fojas 111 así como del informe de la Jefatura de Migración del Azuay de fojas 183. Esta situación implica que tanto la madre como el niño, al ingresar al país como ciudadanos ecuatorianos se acogían a la protección de la Constitución y leyes del País y adquirirían un estatus de residencia indefinida. El traslado del menor no puede ser considerado como ilícito, en virtud de que el ejercicio pleno del derecho de custodia compartida entre los cónyuges según lo determinado en la normativa suiza, el niño ingresa al Ecuador, en compañía de sus dos progenitores. Durante su permanencia en el Ecuador lo hizo en compañía de sus dos padres hasta que el padre retorna a Suiza el 15 de abril del 2010, quien lo hace de forma voluntaria, consciente de que tanto su cónyuge como su hijo permanecerían en el Ecuador, en el domicilio de la familia de la madre,

conocido por él; y, sabiendo que tal situación no revestía peligro alguno para el niño, y que al quedarse la madre con el niño en el Ecuador lo hacía en pleno ejercicio del derecho de custodia compartido. DECIMO TERCERO: Que en lo relativo a la retención ilícita alegada por la Autoridad Central de Suiza por parte de la madre del niño NN, no se ha logrado comprobar conforme a derecho su ilicitud. La Constitución de la República define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, siendo deber primordial del Estado: "garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales" a todos sus habitantes. Entre las garantías del debido proceso, se reconoce el derecho a la "Presunción de inocencia" entendido como "el derecho de toda persona a ser tratada como inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada". Esto es, que tal presunción sólo puede ser desvirtuada cuando en el juicio las pruebas legalmente practicadas demuestren tal culpabilidad, bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediación. En ese contexto el Art. 20 de la Convención faculta a las autoridades administrativas o judiciales: "La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales." La Autoridad Central de Suiza da a conocer la posición del padre del niño respecto al problema, la misma que no ha sido debidamente probada en el juicio contencioso general que se analiza. Siendo la madre la acusada de presunción de ilicitud, en la retención de su hijo, la carga de la prueba era responsabilidad de los actores, quienes nada han aportado para demostrar tal culpabilidad. Se han limitado a sustentar una "presunción de culpabilidad" por el hecho de que la madre se ha negado a un retorno voluntario a Suiza con su hijo, cuando tal posición obedece al ejercicio de la custodia compartida que le asigna la ley suiza, así como su derecho a la libertad por el cual nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge para un ejercicio conjunto de la patria potestad. DECIMO CUARTO: El Estado ecuatoriano posee una amplia normativa de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, encaminados a promover de forma prioritaria su desarrollo integral y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; la Constitución garantiza que "se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas". En tal sentido el niño NN tiene en este país la garantía y protección a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de efectividad y seguridad. En ejercicio de la tutela judicial efectiva, el Juez a quo ha ordenado que la trabajadora social de la Oficina Técnica realice una investigación del caso, la que consta de fojas 114 a 119 y de la que se concluye: "... Que el niño NN tiene cinco años tres meses; nacido en Suiza por la separación de sus progenitores el niño vive bajo el techo y amparo su progenitura (sic) EVELYN LISETT VEGA MORA, denotándose que entre ellos existe una relación permanente, segura y afectiva, su madre demuestra responsabilidad y cumplimiento en sus obligaciones para con su hijo, cuida personalmente y con apoyo de sus familiares para el mejor bienestar y desarrollo integral de su hijo; la vivienda es facilitada por su familia, habitan seis personas, presta garantías de habitabilidad; la situación económica se basa en el trabajo personal de la madre del niño; con su progenitor el niño se dice está en contacto permanente vía Internet. Del diálogo sostenido con la madre hace hincapié en que la situación conyugal con el esposo no ha sido buena en Suiza, que los familiares de él han actuado con dureza, que el esposo tiene problemas psicológicos, comprador compulsivo, que vivía en constantes desavenencias familiares, inclusive estas actuaciones se han dado en presencia del niño, que existe discriminación, falta de fidelidad conyugal, y jamás se escucharon sus razones que deseaba tener dentro del hogar..." Lo que demuestra a este Tribunal que las condiciones en las que se desarrolla el niño no son atentatorias de los derechos fundamentales de los que por edad goza. Con lo que queda demostrado que el niño NN de la edad de seis años, estudiante de la escuela particular xx domiciliado en la ciudad de Cuenca en el sector de xx, de doble nacionalidad, ha quedado integrado en su nuevo ambiente familiar, social, cultural y educativo en esta ciudad de Cuenca. Por lo expuesto, esta Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, resuelve negar el recurso de apelación presentado por la abogada María Fernanda Toral Cisneros; apoderado especial del señor Marco Haltiner; así como la adhesión de la Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, CONFIRMAR el auto resolutorio subido en grado, que niega la restitución internacional del niño NN. Para efectos de la ejecución del presente fallo, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se encargará de su

traducción a uno de los idiomas oficiales del Convenio. Actúa la doctora Mónica Ortiz Tobar como Secretaria relatora encargada. Notifíquese.

f) Dr. Pablo Vintimilla González, Juez Provincial.

FALLO DE CASACION

Jueza Ponente: Dra. Rocío Salgado Carpió.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Quito, 09 de octubre de 2012. Las 11h00.

VISTOS: 1. COMPETENCIA: En virtud de que la Jueza y Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, conformé el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 1 de la Ley de Casación. 2. ANTECEDENTES: Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone la Ab. María Fernanda Toral Cisneros en su calidad de apoderada especial de Marco Haltiner contra el auto resolutorio pronunciado por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011, a las 14h37, mismo que confirma el fallo de primera instancia dictado por la Jueza Temporal del Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, el 7 de noviembre de 2011, las 08H10 que niega la petición de restitución internacional del niño NN propuesto por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por petición de Marco Haltiner en calidad de padre del mencionado niño. Para resolver se considera: 3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO. El recurrente fundamenta el recurso en las causales primera, tercera y cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación y alega como normas de derecho infringidas las contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3; 76, numeral 7, literal k); 425 de la Constitución de la República del Ecuador; 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores; 8, 9 y 11 de la Convención sobre Derechos del Niño; 16 del Código de la Niñez y Adolescencia; 9, 11 y 1978 del Código Civil; 5 del Código Orgánico de la Función Judicial; 113, 114, 115, 116, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil 4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACION: 4.1. La casación es un medio de impugnación extraordinario y supremo cuyo objetivo fundamental es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo y forma de los que puede adolecer, proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas* actividad jurisdiccional confiada al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria que, en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en bien de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación, técnicamente es un recurso riguroso, restrictivo y formalista por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la Ley. 5. ANALISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACION A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS. Ateniéndonos a la jerarquía de las normas que el casacionista considera infringidas corresponde iniciar el estudio por aquellas acusaciones que refieren la violación de normas constitucionales. 5.1. FALTA DE APLICACION DE LOS ARTS. 11, NUMERALES 2 Y 3; 76 NUMERAL 7, LITERAL K); Y 425 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. El recurrente sostiene que en la sentencia impugnada existe falta de aplicación de las normas legales contenidas en los Arts. 11, numerales 2 y 3", 76 numeral 7 literal k); y, 425 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a: "Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)". 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución f en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier

servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.- Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (...); Art. 76. Ibídem "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: k. Ser juzgado por un juez o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto."; Art. 425 ibídem. "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados (1). Sostiene que: "Los señores Jueces de segunda instancia, manifiestan que es deber primordial del Estado: garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales a todos sus habitantes; sin embargo, la Constitución del Ecuador, dispone en su Art. 11 numeral 2 que Todas las personas somos iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Habla de todas las personas, independientemente de que sean ecuatorianos o extranjeros; y por tanto: al fallar como lo han hecho no están aplicando este principio fundamental; ya que están tratando al Sr. Marco Haltiner, como un extranjero al cual no le asisten los mismos derechos, por tal situación; y le están privando de su legítimo derecho a requerir la restitución del menor; porque supuestamente la custodia de su hijo, es compartida y que esto significa que la madre, a su solo arbitrio, por tal situación, puede elegir el lugar de residencia del menor". Al respecto, este Tribunal observa que: a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en su calidad de organismo designado como Autoridad Central del Ecuador para cumplir con las obligaciones impuestas por la "Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980, relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", atendiendo la petición de restitución internacional del niño NN de nacionalidad suiza y ecuatoriana, nacido en Suiza el 1 de diciembre de 2005, presentada por su padre el señor Marco Haltiner, solicitó, ante el juez competente, conocer y resolver dicha pretensión; b) La demanda ha sido conocida y resuelta en primera instancia, por la Jueza Temporal Primera de la Niñez y Adolescencia del Azuay, quien mediante auto de 7 de noviembre de 2011, negó la restitución internacional del referido niño; y, c) Apelada que fue la mencionada resolución por la Abogada María Fernanda Toral Cisneros, apoderada especial del accionante, el proceso pasó a conocimiento de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que con providencia de 22 de diciembre de 2011, confirma el auto resolutorio subido en grado. De lo dicho se infiere que el legítimo derecho que le asiste al señor Marco Haltiner de solicitar la restitución internacional de su hijo NN, no solo fue ejercido, sino que también fue atendido por el órgano administrador de justicia ecuatoriano, que de ningún modo estaba obligado a favorecer sus pretensiones, sino que, muy por el contrario, fue de sus (sic) deber administrar justicia con rectitud, aplicando a cada caso la normatividad pertinente en procura de precautelar los derechos que se ven afectados. Así, siendo que en la especie, el requerimiento del actor tiene de por medio a su hijo menor de edad, el papel del juez se remite única y esencialmente a garantizar el interés superior de ese niño, previsto por la Constitución de la República en el Art. 44, y desarrollado por el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 11, partiendo de la premisa que dicho interés es uno de los principios fundamentales en cuanto se refiere a los derechos de este grupo de la población, el mismo que fue consagrado "inter alia" en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Tratado Internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, excluyéndose de ella únicamente Estados Unidos de América y Somalia, lo que pone de manifiesto su fuerza obligatoria. El interés superior del niño si bien no ha sido definido por los convenios internacionales que lo consagran, se lo conceptualiza como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar." (Artículo publicado por BAEZA CONCHA, Gloria, "El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia", en Revista

Chilena de Derecho, Vol. 28, No. 2, p. 356); y, se caracteriza por ser: "1) Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; 3) Un concepto relacional pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; 4) La garantía de un interés jurídico supremo consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor". ("La Vida de los Derechos de la Niñez", Compilación Normativa, TI. Ministerio de Justicia y del Derecho. Comentarios y Compilación de Jorge Enrique Ibáñez Nájjar, p. 45). Tanto del concepto como de sus características se desprende que el principio de interés superior del niño conlleva la obligación que tienen los Estados de proteger y privilegiar, ante todo y sobre todo, los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sobre el tema, la doctrina ha discutido ampliamente, puesto que existen diversos puntos de vista respecto a si este deber es absoluto, es decir si prevalece sobre los demás derechos, sin embargo, se vislumbra como la tesis más aceptada la considerada entre otras por, "...Gatica y Chairnovic" que han señalado "...que el llamado interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña/ (GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia "La justicia no entra en la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño"). En tal virtud, si para precautelar el interés superior del niño NN, el Tribunal de instancia consideró indispensable desechar la pretensión de restitución internacional presentada por su padre, no incurrió en la falta de aplicación de las normas constitucionales que el recurrente acusa como infringidas, puesto que al hacerlo el juzgador está rallando no en contra del padre o de la madre, sino a favor del niño. 5.2. FALTA DE APLICACION DE LOS ARTS. 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 Y 19 DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES: El casacionista denuncia, con fundamento en la causal primera, falta de aplicación de los Arts. 1, 3, 4, 5, 12, 13, 14, 16 y 19 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores.. Para fundamentar sus afirmaciones el recurrente afirma que: "El Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles en Sustracción Internacional de Menores, en el que se fundamenta la presente acción tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante (art. 1 ro.). En este contexto, forma parte del denominado Derecho Internacional de Protección, cuyo campo de acción es proveer la tutela del menor, estableciendo procedimientos adecuados y ágiles a los fines de cumplir con su cometido. La Convención contempla una serie de requisitos para su aplicación. Entre ellos, interesa la necesidad de que se haya producido un traslado o retención ilícitos (artículo 3). Así se establece que se considerará que el traslado o retención revisten la calidad de tal cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separadamente o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención (9), y/o cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Del análisis de las circunstancias y documentos que constan de autos, se prueba que el menor, tenía la residencia habitual en Suiza (nació ahí y vivió durante toda su vida en dicho país); y, que la custodia y la patria potestad del menor la ejercían de manera conjunta ambos progenitores; ha sido incluso reconocido en la confesión judicial por la madre del menor tal circunstancia; por lo tanto, resulta sorprendente, de que a pesar de que el Convenio es expreso al manifestar que se considerará la retención ilícita, cuando el derecho de custodia, lo ejercían de manera efectiva ambos progenitores; como en el presente caso; los señores Jueces de segunda instancia, aleguen que al ser la custodia compartida; uno de ellos puede a su arbitrio fijar su domicilio en otro lugar, ya que nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge; con el fin de ejercer la patria potestad de manera conjunta, (...) efectivamente, la madre podía fijar su residencia habitual domicilio, en el lugar que ella desee, por el derecho de libertad que le asiste; pero eso no significa, que sin orden judicial, pueda fijar el domicilio de su hijo, a su solo arbitrio, en el lugar que a ella le plazca. "Al respecto, este Tribunal

observa que: a) El Art. 3 de la Convención sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores prevé que "...la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención..."; b) La patria potestad del niño NN es ejercida en forma conjunta por sus padres; c) La familia conformada por el referido niño y sus padres Evelyn Lisett Vega Mora y Marco Haltiner, partieron desde Suiza e ingresaron al Ecuador, habiendo permanecido los tres en el país hasta cuando el padre debió retornar al país de origen, según sostiene él por asuntos laborales y según afirma su cónyuge para vender sus bienes y retornar al Ecuador con lo necesario, a efectos de radicarse en el país, aprovechando los planes de apoyo al migrante que implemento el Gobierno Nacional, de tal manera que queda descartada la posibilidad del traslado arbitrario; d) De conformidad con el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.". De ahí que el accionante debía probar la retención arbitraria del menor NN. Al efecto, ha presentado los documentos con los que demuestra que su traslado a Ecuador obedecía a un viaje de vacaciones, pues compraron los pasajes de ida y vuelta, así como también ha probado trabajar en Suiza bajo relación de dependencia. En tanto que la madre del niño a través del Registro Unico de Contribuyentes que obtuvo mientras estaba acompañada de su cónyuge en el país ha establecido su intención de realizar actividades económicas en el Ecuador, de lo cual tenía conocimiento el actor, quien además abandona el país dejando a su familia, a sabiendas de que su cónyuge se negaba a retornar a Suiza con su hijo, procediendo en un inicio a enviarles remesas de dinero, conforme consta de los documentos que obran a fs. 154 y 155 del cuaderno de primera instancia; e) No estando clara la existencia de elementos que inequívocamente informen la retención ilícita, y vistas las pretensiones de las partes, correspondía al juzgador considerar en conjunto la normatividad que en el concierto internacional rige para los casos como el sub iudice y así llegar a establecer si en el supuesto de existir razones suficientes para ordenar la restitución internacional del niño, podría resultar improcedente por concurrir un caso de excepción, de los previstos por la Convención sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, en el Art. 12, que dice: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un (1) año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.- La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un (1) año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.- Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución del menor", los que obvia y naturalmente deben ser admitidos y decididos en consideración al interés propio del menor si se llega a establecer la configuración de uno de ellos. En la especie, el tribunal ad quem analiza la situación actual del niño NN, llegando a la conclusión de que, de la investigación realizada por la trabajadora social de la Oficina Técnica se desprende que entre él y su madre "...existe una relación permanente, segura y afectiva", que "...su madre demuestra responsabilidad y cumplimiento en sus obligaciones para con su hijo, cuida personalmente y con apoyo de sus familiares para el mejor bienestar y desarrollo integral de su hijo; la vivienda es facilitada por su familia, habitan seis personas, presta garantías de habitabilidad; la situación económica se basa en el trabajo personal de la madre del niño; con su progenitor el niño se dice está en contacto permanente vía internet...": Asimismo, con los documentos que obran de autos a fs. 152 del cuaderno de primer nivel, la demandada ha probado que su hijo se encuentra estudiando en el Centro Educativo xx de la ciudad de xx y que, además, toma clases de idioma alemán en el Instituto de Idiomas de la Universidad Panamericana de Cuenca (fs. 153 íbidem). Por otra parte, también ha demostrado encontrarse desarrollando una actividad económica independiente, pues se ha dedicado a la comercialización de artículos ortopédicos (fs. 166, 167 y 168 íbidem). Antecedentes que le han llevado a concluir que el niño NN de la edad de seis años, de

doble nacionalidad "...ha quedado integrado en su nuevo ambiente familiar, social, cultural y educativo en esta ciudad de Cuenca...", por lo que en aplicación del Art. 12 de la referida Convención, niega la restitución internacional del niño NN, de lo que se desprende que el cargo acusado carece de sustento. Adicionalmente, cabe precisar si la resolución del Tribunal de Instancia afecta el derecho de custodia, contrariando lo establecido en el Art. 19 *ibídem*. Al respecto, es necesario aclarar que ventilándose un caso de restitución internacional de menores, le está vedado al juez pronunciarse sobre el derecho de custodia de aquel, entendido éste como "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor", conforme analiza Doña Elisa Pérez Vera, en su Informe Explicativo del Convenio relativo a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Revisada la resolución impugnada, que es confirmatoria de la dictada en primera instancia, la que a la vez niega la restitución internacional del niño NN, dispone "...continuar con el contacto del niño y su padre por el medio tecnológico que ha sido utilizado y convenido para ello entre las partes..." se desprende que no existe resolución alguna con la que se otorgue el derecho de custodia a uno de los progenitores, sin que de ningún modo pueda entenderse que la disposición emitida en aras de que padre e hijo permanezcan en continuo contacto y comunicación, pueda siquiera considerarse como la regulación del derecho de visita, cuyo trámite se encuentra regulado por el Art. 21 de la varias veces mencionada Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sino como un mecanismo para asegurar que, a pesar de haberse negado la restitución, padre e hijo mantengan un contacto permanente, haciendo uso de los medios tecnológicos, que actualmente permiten no solo el intercambio escrito de ideas, sino incluso la visualización de los sujetos, que pueden incluso interactuar a través de la red, a efectos de que la relación parento-filial que les une se fortalezca y sea el medio idóneo para el desarrollo pleno, de la personalidad del niño, permitiendo que crezca rodeado del afecto y preocupación permanente de sus padres, todo ello en aplicación de la disposición contenida en el Art. 44 de la Constitución de la República que dice: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.- Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.". Precautelando al mismo tiempo el derecho que tiene el padre de relacionarse con su hijo y obligando concomitantemente a la madre a proporcionar los medios y el espacio adecuado para que padre e hijo se mantengan en permanente comunicación, conforme lo exige el Art. 9 número 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dice: "Art. 9. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y de contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño." de tal suerte que la sentencia impugnada no incurre en la falta de aplicación de las normas de derecho, que el recurrente nomina infringidas.

5.3. FALTA DE APLICACION DE LOS ARTS. 8, 9 y 11 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Aunque el recurrente omite fundamentar su alegación de falta de aplicación de los Arts. 8, 9 y 10 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 16 del Código de la Niñez y Adolescencia, este Tribunal considera indispensable detenerse a precisar que: a) Las normas que el recurrente nomina como infringidas de la Convención sobre los Derechos del Niño prevén: "Art. 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad; Art. 9. 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de

participar en él y de dar a conocer sus opiniones.- 3. 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 niño.- 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas; Art. 11. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.- 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes."; b) La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en Resolución No. 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad, con el Art. 49 "Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión." X "Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.", en el número 1 del Art. 3 establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones pública o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño."; c) Atendiendo precisamente a dicho interés superior del niño y a la naturaleza de los derechos y garantías de este grupo catalogado entre los que requieren atención prioritaria, por sus condiciones de vulnerabilidad, el tribunal ad quem ha resuelto sobre la procedencia o no de la restitución internacional del niño NN, negando la solicitud, sin que dicha negativa pueda considerarse: 1. Como atentatoria a su derecho de identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, ya que de la revisión de la resolución impugnada se desprende que aquella nada dice que pueda contrariar los elementos que conforman este derecho humano tan amplio e importante, como es la identidad, que permite a todo ser humano estructurar un proyecto de vida en base al conocimiento y certidumbre respecto del grupo humano al que se pertenece, al entorno familiar y social al que se debe, a su pasado y sobre todo a su reconocimiento como individuo único e irrepetible. 2. Como propiciatoria de la separación del niño contra la voluntad de sus padres, ya que verificada la separación del niño respecto de su progenitor, ha sido sometida a su conocimiento y resolución la petición de restitución internacional de aquél, en cuyo trámite no ha quedado claro si existe o no la retención ilícita del niño por parte de su madre, en tanto que si se ha demostrado que el menor se encuentra integrado a su nuevo medio, lo que constituye causa de excepción para que proceda la restitución, aún en el evento de haberse probado la retención ilícita. 3. Ni tampoco como violatoria del derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, ya que si bien es cierto que en la resolución impugnada no se pueden resolver asuntos relativos a custodia y visitas, si se debía disponer, como en efecto se lo hace, el mantenimiento entre padre e hijo de un intercambio asiduo y permanente. En tal virtud, aunque los cargos no se encuentran fundamentados conforme lo exige la Ley de Casación, lo que impide que prosperen, este Tribunal los desecha además por improcedentes. 5.4. FALTA DE APLICACION DE LOS ARTS. 16 DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 9, 11 y 1478 DEL CODIGO CIVIL y 5 DEL CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. Al respecto, el casacionista dice: "Se ha dejado de aplicar también en el fallo recurrido, lo dispuesto en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, en que se establece que, por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de ORDEN PUBLICO, interdependientes, indivisibles, IRRENUNCIABLES e INTRANSIGIBLES (Art. 16); por lo que mal puede alegarse como se lo hace en el fallo recurrido, que por la custodia compartida que ejercían ambos progenitores, la madre unilateralmente podía decidir sobre la residencia habitual y domicilio del menor, en la forma en la que lo ha hecho; ya que en el supuesto no consentido de que el padre le hubiera otorgado la custodia verbal, ésta hubiera sido ilegal, ya que tal situación no depende de la voluntad particular de las

partes, porque contraviene al derecho público; al respecto, nuestro Código Civil establece en su Art. 1478 que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano; en su Art. 9, que son nulos y de ningún valor los actos prohibidos por la ley; y, en su Art. 11 que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia; en el presente caso; la madre del menor asevera que el padre del mismo, le confirió la custodia ...de manera verbal...) es decir contraviniendo tales disposiciones; y, en el fallo recurrido, también se deja de aplicar dichas normas; al considerar que la custodia compartida, le otorgaba a la madre la facultad unilateral de decidir la residencia del menor.". Por su parte, la sentencia impugnada dice: "Siendo la madre la acusada de presunción de ilicitud, en la retención de su hijo, la carga de la prueba era responsabilidad de los actores, quienes nada han aportado para demostrar tal culpabilidad. Se han limitado a sustentar una presunción de culpabilidad por el hecho de que la madre se ha negado a un retorno voluntario a Suiza con su hijo, cuando tal posición obedece al ejercicio de la custodia compartida que le asigna la ley suiza, así como su derecho a la libertad por el cual nadie le puede obligar a permanecer junto a su cónyuge para un ejercicio conjunto de la patria potestad...". De lo transcrito, no puede deducirse que el juez de segunda y definitiva instancia sostenga que en ejercicio de la custodia compartida, que ejercían los progenitores, uno de ellos (la madre) podía decidir por sí solo el sitio de residencia habitual y domicilio del menor, lo que la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay manifiesta es que, en aplicación del derecho a la libertad no se le puede exigir a la madre continuar viviendo con el padre del menor para así poder ejercer en forma conjunta la patria potestad sobre el niño. De esta manera se precautela el derecho de custodia que ejerce cada uno de los progenitores del niño, el que no se pierde a pesar de su estado de separación, lo que se encuentra en armonía con el tantas veces aludido principio del interés superior del niño y con lo dispuesto por el Art. 19 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de modo que en el fallo impugnado no se han dejado de aplicar las normas legales invocadas.

5.5. RESOLUCION EN LA SENTENCIA O AUTO DE LO QUE NO FUERA MATERIA DEL LITIGIO. El recurrente basa este cargo en el numeral 4 del Art. 5 de la Ley de Casación, que prevé los casos de "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis.", que dan lugar a casar la sentencia, por el vicio de disonancia o incongruencia en el que ha incurrido el Juez de segundo nivel al resolver el asunto controvertido. La concurrencia de la causal cuarta se advierte al comparar la parte resolutive del fallo con la o las pretensiones de la demanda y/o reconvenición y con las excepciones deducidas, dicha causal se configura de tres maneras: 1) Cuando el juez otorga más de lo pedido (plus o ultrapetita); 2) Cuando el juez otorga algo distinto a lo pedido (extrapetita); y, 3) Cuando el juez deja de resolver sobre algo de lo pedido (citra petita), por tanto consiste en "Los excesos o defectos de poder del juez en el ejercicio de la jurisdicción (R.O. No. 33 de 25 de septiembre de 1996, Pág. 6). En la especie, el recurrente denuncia el vicio de ultra petita y fundamenta su alegación manifestando que: "En la sentencia de primera instancia, ratificada íntegramente por los jueces de segunda instancia, se resuelve, que el padre del menor debe seguir en contacto con el mismo, por el medio tecnológico SKYPE; cuando no se ha requerido en la demanda planteada, ni cabe en mérito del Convenio tantas veces aludido; ya que esto sería determinar la custodia a favor de la madre y un régimen de visitas, vía internet, con el padre; ninguna de estas dos circunstancias fueron materia de la litis; ni podían ser resueltas por los jueces, porque no se había seguido el trámite correspondiente; lo único que se debía resolver era la Restitución del Menor, para que sus jueces naturales, decidan sobre dichos aspectos." Con acierto, el recurrente menciona que en procesos como el que nos ocupa, en los que se reclama la restitución internacional de un menor, no cabe que el juzgador se pronuncie respecto de asuntos atinentes a la custodia o régimen de visitas, así se infiere de las disposiciones contenidas en los Arts. 19 y 21 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tantas veces referido y que, en su parte pertinente prescriben: "Art. 19. Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia."; "Art. 21. Una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor.* Sin embargo, de la lectura del fallo impugnado se advierte, como se explicó ya en líneas anteriores, que éste al confirmar la resolución dictada por el juez de primera instancia, negó la restitución internacional del niño NN y dispuso que padre e hijo sigan manteniendo contacto por el medio

tecnológico que ha sido utilizado y convenido por las partes, con lo que ni otorgó el derecho de custodia a ninguno de los litigantes ni estableció un régimen de visitas; sino que actuó en estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador, en los Arts. 44 y 45, que dicen: "Art. 44. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.- Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."; "Art. 45. Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.- Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a, la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar..*", en concordancia con lo establecido en los Arts. 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconocen los derechos del niño a preservar sus relaciones familiares y promueven el respeto del derecho que todo niño tiene de mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres de modo regular cuando se encontrare separado de ellos. En tal virtud, la disposición de que se continúe el contacto entre el padre y el niño NN, por un lado, ha de entenderse estrictamente como el medio idóneo para garantizar el ejercicio pleno del derecho del niño a mantener la relación con su progenitor, lo que se aspira contribuirá de manera determinante a que alcance el desarrollo integral de su personalidad, que es posible sólo cuando se encuentran satisfechas sus necesidades de afecto, protección, cuidado, seguridad y apoyo emocional, lo que se puede alcanzar con la participación activa de los padres, quienes a pesar de encontrarse distantes o separados del niño, deben a través de la comunicación o contacto permanente coadyuvar en su formación; y, por otro lado, como la obligación que pesa sobre la madre de proporcionar los medios y propiciar los espacios necesarios para que dichos contacto y comunicación entre padre e hijo se desarrollen, puesto que con la resolución del juez, pasó de ser un simple deber moral a una orden judicial tendiente a garantizar tanto los derechos del hijo como los del padre a enriquecer su relación filial, se desecha el cargo. 5.6. APLICACION INDEBIDA DE LOS PRECEPTOS JURIDICOS APLICABLES A LA VALORACION DE LA PRUEBA; QUE HAN CONDUCIDO A UNA EQUIVOCADA APLICACION DE NORMAS DE DERECHO EN EL AUTO RESOLUTORIO MOTIVO DEL PRESENTE RECURSO DE CASACION. El casacionista; acusa, con fundamento en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, la violación de las disposiciones legales contenidas en los Arts. 113, 114, 115, 116, 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil. Sustenta sus alegaciones manifestando que la prueba aportada por los accionantes ha sido contundente; no así la prueba de la parte demandada; que en nada ha probado sus excepciones; ya que la demanda sostuvo de que el proceso estuvo mal planteado porque debió de haberse iniciado primero un juicio en donde se establezca su responsabilidad en la retención ilícita del menor; obviamente desconociendo la vigencia y validez del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores. Por otro lado, si la prueba hubiera sido valorada en conjunto y en mérito a las normas legales antes indicadas; los señores Jueces hubieran ordenado la restitución internacional del menor, de manera inmediata, ya que sólo se debía justificar que la custodia era conjunta, que el lugar de residencia habitual era Suiza y que no existe grave peligro físico o psicológico en caso de que el menor retorne a Suiza; todo esto se ha probado en el proceso; sin embargo a criterio, de los jueces, NO." (sic). Al respecto, este Tribunal de Casación observa que la causal tercera, contempla el caso de violación indirecta de la norma que permite casar el fallo cuando el mismo incurre en error al inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar erróneamente las normas relativas a la valoración de la prueba, "cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o alano aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; para lo cual en su fundamentación debe demostrar el error de derecho en que ha

incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación de error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro..." (Andrade Ubidia Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, 2005, p. 150.) (Lo resaltado nos corresponde). En este caso, si bien se señalan las normas aplicables a la valoración de la prueba que a criterio del recurrente han sido indebidamente aplicadas, no señala las normas de derecho que a consecuencia de tal quebranto han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas, conforme exige la Ley para la configuración de la causal tercera. La jurisprudencia al respecto se ha pronunciado en el sentido de que: "Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas, a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicando indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y de ser el caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas o principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente." (ídem, pág. 202). Tal omisión, no permite que prospere el cargo con fundamento en dicha causal. Además de que la pretensión del recurrente tiende a una nueva valoración de la prueba, actividad para la que el Tribunal de Casación no tiene atribuciones, puesto que ésta es facultad privativa de los jueces de instancia, mientras que su competencia se limita a controlar que aquellos, al realizar dicha valoración, no hayan transgredido las normas de derecho que la regulan. Adicionalmente, el casacionista nomina como infringidas, con sustento en la causal tercera, las normas contenidas en los Arts. 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil. El Art. 114, dispone que "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la Ley.- Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por el adversario.", de su texto se desprende que no se trata de un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba, por tanto no cabe denunciar su quebranto con fundamento en la causal tercera del tantas veces citado Art. 3 de la Ley de Casación. En tanto que, respecto del Art. 115, que dice: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.", la jurisprudencia, se ha pronunciado en el sentido de que "La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición (Art. 119, actual 115 del Código de Procedimiento Civil) porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales a apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado. GJS XVI No. 4 Pág. 895" (Ob. Cit. pp. 287 y 288); admitiendo la denuncia de su infracción única y exclusivamente cuando el recurrente considera que el Juez de instancia ha incurrido en la valoración absurda de la prueba, explicando en qué consiste aquella, en cuyo caso el Tribunal de Casación habrá de examinar el proceso para determinar si, efectivamente, al momento de apreciar las pruebas se han violado o no las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia y la razón, llevándole a adoptar decisiones absurdas o arbitrarias, lo que no sucede en el presente caso, en el que el recurrente no explica de manera clara y explícita que en el fallo impugnado existe valoración absurda de la prueba, por lo que se desecha el cargo. 6. DECISION EN SENTENCIA: En consecuencia, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, no casa el auto definitivo proferido por la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 22 de diciembre de 2011. Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese y devuélvase.

f) Dra. Rocío Salgado Carpió, Jueza Nacional. Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Juez Nacional..