

JUEZ PONENTE

DR. EDUARDO BERMUDEZ CORONEL

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, a 07 de mayo de 2012.- Las 10h19.-**VISTOS: (JUICIO No. 153-2012 JBP).- 1. COMPETENCIA:** En virtud de que la Jueza, Conjueza y Juez 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, conforme 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 el Dr. Iván Torres Proaño en su calidad de procurador judicial del señor Patrick Robert Pierre Bernaud contra el auto definitivo proferido por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26 de abril de 2011, las 08h49, mismo que confirma el fallo de primera instancia que denegó la petición de restitución internacional del niño Mateo Bernaud Pérez propuesta por la Socióloga Sara Oviedo, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, y por petición del ahora recurrente en su calidad de padre del mencionado menor. Para resolver el cual, se considera: **3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** El recurrente alega como normas de derecho que estima infringidas los Arts. 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, y Arts. 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Fundamenta el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador; en la misma causal por falta de aplicación del Art. 426 de la Carta Fundamental; y, asimismo en la ya expresada causal, por falta de aplicación de los Arts. 1, 3, 11 y 12 del Convenio Internacional antes citado. Cabe precisar que el recurrente como *“alcance al recurso de casación interpuesto”*, presenta nuevo cargo contra el auto impugnado *“que tiene que ver con la falta e indebida aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, en los artículos que mencionaré a continuación”*. Se puntualiza que, el auto definitivo

objeto de casación fue dictado el 26 de abril de 2011 y notificado a los sujetos procesales en esa misma fecha, resolución que no fue objeto de recursos horizontales, por lo que el término para presentar el recurso de casación feneció el día martes 03 de mayo de 2011 a las 24h00. Dentro de ese término se presenta el recurso de interposición y formalización del recurso extraordinario ya señalado; en tanto que, el referido “alcance” se lo presenta el jueves 26 de mayo de 2011, a las 16h01, conforme fe de presentación que suscribe el Secretario Relator del Tribunal de última instancia. Como se ve, con posterioridad a la interposición del recurso y su fundamentación, se presenta otro escrito reformativo, el que se debió hacerlo dentro del término de cinco días que prevé el Art. 5 de la Ley de Casación, habiéndose hecho en forma extemporánea desde que el escrito de fundamentación y el de reforma constituyen una unidad, por lo que improcede el posterior escrito y por ello se lo rechaza. El auto de admisión del recurso de fecha 17 de enero de 2012, implícitamente se refiere a este hecho al señalar: “El recurso de casación se interpuso dentro del término establecido por el artículo 5 de la Ley de Casación ... en consecuencia se admite a trámite...”. **4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: 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. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS: 5.1.** El recurrente, amparado en la causal primera de la Ley de Casación, expresa que en el auto impugnado se ha aplicado erróneamente el Art. 425 de la Constitución, se dejó de aplicar el Art. 426 de esta misma Ley Fundamental, como igualmente se inaplicó los Arts. 1, 3, 11 y 12 del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, instrumento internacional que forma parte del ordenamiento jurídico interno del Ecuador. **5.2.** Conforme el principio dispositivo contemplado en el Art. 168.6 de la Constitución de la República y desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, es el recurrente quien fija los límites de análisis y decisión del Tribunal de

Casación. El recurso de casación no lleva al Tribunal llamado a resolverlo al conocimiento de toda la causa, sino sólo al conocimiento de los vicios de la sentencia o auto impugnado, con la adición de que la casación es remedio utilizable exclusivamente por los errores de derecho, aunque éstos se hayan producido en la premisa menor del silogismo. *“La casación es un instituto judicial consistente en un órgano único en el Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina, sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución de mérito”* (Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, Vol. 2, Oxford University Press, México, 2000, p. 325).

5.3. La causal invocada, primera del Art. 3 de la Ley de Casación, prevé la violación directa de la ley sustantiva o material de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto impugnados, hecho que debió ser determinante de su parte resolutive. Por esta causal no cabe consideración alguna respecto de los hechos ni menos la realización de análisis probatorio desde que se parte del entendido de su correcto análisis por el tribunal de última instancia. Este vicio de juzgamiento in iudicando acontece en estos eventos: a) Cuando el juez inaplica al caso controvertido normas sustanciales que las debió aplicar y, de así haberlo hecho, habrían determinado una resolución distinta a la acogida. b) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente de aquel hipotético contenido en ella; se provoca, en consecuencia, el error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, c) Cuando el juzgador incurre en error de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no los tiene.

5.4. El casacionista expresa *“La sentencia recurrida viola los tratados de derecho internacional aprobados por el Ecuador, pues aunque reconoce el principio de jerarquía previsto en la Constitución, mismo que es innegable; al mismo tiempo considera que la Constitución está por encima de los Tratados Internacionales, cuando se debe tener en cuenta estos dos elementos jurídicos constitucionales sumamente importantes: el inciso segundo del artículo 424, que dispone: la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El inciso segundo del artículo 425, dispone que: ‘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’.* En este sentido, en la sentencia impugnada los señores Jueces aplican erróneamente el principio de jerarquía de las normas establecidas en la Constitución, pues concluyen que los tratados internacionales son de inferior jerarquía constitucional, y en tal virtud, acuden al artículo 425, inciso segundo, lo que, a su vez, les permite entrar a analizar

artículos como el 44 y 46 numeral 1 de la Carta Magna, dejando de lado otros derechos garantizados por la misma Constitución y por los tratados internacionales, como son el derecho del menor a tener un padre y a una madre en un ambiente familiar completo. En virtud de esta errónea interpretación, los jueces dejan de aplicar el contenido del inciso segundo del artículo 426 de la Constitución en el cual se reconoce claramente el rango de igual jerarquía de los tratados internacionales y de la Constitución".

5.5. La interpretación conlleva razonamiento que se dirige a responder la pregunta de cuál es el significado de un texto; hay interpretación tanto cuando se analiza el texto en abstracto como cuando se plantea el problema de la aplicación de su contenido a un caso concreto. Interpretar un texto significa decidirse por una de entre varias posibles maneras de entenderlo y aplicarlo. *"Desde el punto de vista de su finalidad, el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando certeza y previsibilidad jurídicas".* (Konrad Hesse, citado por Iván Vila Casado, Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia, 2002, p. 343). Todos los textos jurídicos, por más completos que parezcan, son, en principio susceptibles de y necesitan interpretación. Robert Alexy sostiene que existen al menos cuatro razones para realizar una labor de interpretación: *"Por la vaguedad del lenguaje jurídico, a diferencia de lo que sucede con los rigurosos términos de las matemáticas o de las ciencias naturales. Porque con mucha frecuencia se presentan conflictos entre normas aplicables al mismo supuesto de hecho. Porque en la actividad judicial surgen casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente. Por la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma para evitar un resultado abiertamente injusto, lo que se presenta en los llamados 'casos límite'".* (Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23). Crece en importancia la interpretación jurídica de la Constitución en atención a su carácter abierto y amplio, y en cuanto contiene normas con diferente estructura, conectadas con principios y valores que indican las directrices fundamentales, el sentido y la finalidad del ordenamiento constitucional. *"La Constitución es fragmentaria y fraccionada; fragmentaria, porque no regula todo lo que tiene que ver con las instituciones jurídico políticas, y fraccionada, porque gran parte de las normas se presentan como incompletas y requieren, por lo tanto, ser completadas con datos que ofrece la realidad social. Además, la ley hace parte de todo un ordenamiento jurídico, lo que permite que para su interpretación se pueda acudir a otras leyes y, sobretudo, a la Constitución, techo del ordenamiento. Eso no es posible cuando se trata de interpretar la Constitución, ya que ella se encuentra sola en la cúspide normativa y no puede ser relacionada con otros conjuntos jurídicos, todos ellos de inferior jerarquía".* (Iván Vila Casado, op. cit. p. 352).- **5.6.** La doctrina permite reconocer una serie de principios de la interpretación constitucional con gran importancia práctica en cuanto se han convertido en guías de la

labor hermeneútica que realizan los tribunales de justicia. Entre esos principios se encuentra el de armonización, en cuanto los conflictos que enfrenten entre sí normas constitucionales, al tratar de resolver un problema concreto, deben ser resueltos por el intérprete a través de una labor de armonización o concordancia práctica. Este principio *“está íntimamente relacionado con el de la unidad constitucional. Las normas constitucionales que se enfrentan en una tensión recíproca tienen que ser armonizadas, puestas en concordancia la una con la otra. Ningún bien jurídico puede ser considerado de rango superior, a menos que la misma Constitución lo ordene, como sucede con el artículo 44 de la Constitución colombiana, en donde se señala en forma categórica que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los adultos. Los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que conserven su entidad.”* (Iván Vila Casado, ídem, pp. 359 y 360).

5.7. Es verdad, así se lo ha reconocido, que los tratados internacionales, en el Ecuador, están al mismo nivel jerárquico que la Constitución, los que deben ser aplicados de manera directa por jueces y autoridades administrativas. La Corte Constitucional Para el Periodo de Transición del Ecuador, refiriéndose al Art. 424 de la Constitución de la República, establece que: *“El bloque de constitucionalidad es ese conjunto de principios, normas, valores, disposiciones que, aun encontrándose fuera de la Constitución, por su contenido garantista de los derechos humanos, tiene rango constitucional. Estas normas vinculan a los miembros de los Estados que han ratificado tales instrumentos internacionales. Las normas internacionales amparan y protegen; desde este punto de vista, todo ser humano posee una doble garantía de sus derechos, por las normas internas del Estado al que pertenece o donde se encuentre, y en forma externa, por el Derecho Internacional. Esta supremacía que tienen los tratados internacionales de derechos humanos está dada por la remisión que la propia Constitución haga, la cual obliga a su aplicación directa en caso de conflicto o ausencia de regulación en el derecho interno, como se señala en los artículos 11 numeral 3 y 426 de la Constitución”* (sentencia No. 031 - 11 - SEP - CC de 21 de septiembre de 2011).

5.8. La doctrina de la protección integral considera a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, en tanto que, el principio del interés superior del niño debe ser entendido como garantista de modo que signifique la satisfacción de sus derechos. Dentro de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes se incluye o comprende a todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el Ecuador y que forman parte de la Constitución de la República; en este contexto la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1 consagra que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. En tanto que, el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador prevé: *“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". El principio de interés superior conlleva que en el tratamiento judicial o administrativo en los que se encuentren en juego derechos de niñas, niños y adolescentes, debe ser priorizado de tal modo que se logre la efectiva protección de tales derechos y, así lo consagra el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, principio que, conforme este precepto legal, es uno de interpretación de esa ley, de tal modo que se consiga hacer efectivos los derechos de los menores. La Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al principio del interés superior del niño, precisa: "La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, 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, T. I, Ministerio de Justicia y del Derecho. Comentarios y Compilación de Jorge Enrique IbáñezNájar, p. 45). Por lo tanto, para determinar la opción más favorable para el niño, niña o adolescente se debe contextualizar la interrelación Estado, sociedad y familia dentro del marco del respeto a los derechos humanos, de tal modo que se satisfaga el interés prevaleciente de los niños, niñas y adolescentes que hagan práctico su interés superior, contra el que no puede invocarse otro interés que no sea el bienestar y desarrollo integral y armonioso de aquellos, desde que por el principio pro hominerige la interpretación normativa que más se ajuste a sus derechos, prevaleciendo sobre cualquier otro, y así lo consagra literalmente el Art. 44 inciso primero de la Constitución de la República. No existe, en consecuencia, la falta de aplicación del Art. 426 ni la errónea interpretación del Art. 425 de la Carta Fundamental, cargos formulados por el recurrente y que se los desestima.- **5.9.** Dice el casacionista "Como producto de la errónea interpretación del artículo 425 y la falta de aplicación del artículo 426 de la Constitución, se produjo la falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3, 11 y 12 del Convenio de la Haya, que en su artículo 1, letra a), establece que el Convenio tiene por objeto garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados de manera ilícita. Por lo tanto, al haber la

madre trasladado ilícitamente al niño Mateo Bernaud Pérez de su residencia habitual en Francia al Ecuador, violó el ejercicio de la patria potestad conjunta y el derecho de custodia, y por ello sobretodo, el derecho del menor a tener a su padre y a vivir en un entorno familiar y escolar favorable”. Si bien el objetivo de esta Convención es el reintegro al país de su residencia habitual de niños, niñas y adolescentes que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente en un país diferente al de aquél, por lo que el Art. 12 de la Convención establece: “Cuando un menor ha sido trasladado o detenido ilícitamente bajo los términos del artículo 3 y que un periodo de menos de un año ha pasado desde el traslado o la detención al momento de la presentación de la demanda ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se encuentra el menor, la autoridad en cuestión ordenará su inmediato regreso”. Pero es trascendente citar su párrafo segundo, en cuanto: “La Autoridad judicial o administrativa, aun cuando los procesos se hayan iniciado después de la expiración del periodo de un año, previsto en el párrafo anterior, deberá también ordenar el regreso del menor, a menos de que se haya demostrado que el menor se ha integrado a su nuevo medio”. El Tribunal de última instancia consideró las circunstancias en las que se encuentra actualmente el niño, y que llevó a decidir que no cabe la restitución internacional, desde que éste se ha integrado a su nuevo medio familiar. En efecto, consta de la resolución impugnada: “Procesalmente se ha demostrado que el niño Mateo Bernaud Pérez se encuentra residiendo en el Ecuador con su madre, de nacionalidad ecuatoriana, quien no se ha negado a que el menor mantenga comunicación con su padre ... ordenar la restitución del menor a Francia, significaría que debería vivir únicamente con su padre prescindiendo del cuidado y protección de su madre ... privar al menor de los cuidados de su madre, constituye una violación a sus derechos constitucionales consagrados en los Arts. 44 y 46 numeral 1 de la Constitución ... Mateo Bernaud Pérez, menor de 6 años, requiere de la protección y cuidado de su madre, derechos que, como ya se observó no tendrá si se ordena su restitución a Francia, así como la privación del entorno familiar y escolar que luego de casi dos años de permanencia en el Ecuador ha logrado; lo que ocasionaría un daño psicológico en su desarrollo ... las pruebas actuadas, valorando el hecho de que el menor se encuentra bajo el cuidado y protección de su madre, residiendo en el Ecuador, con su abuela materna en un entorno familiar acogedor y seguro que le permite su desarrollo integral; y de que, su restitución implicaría no sólo como ya se observó, violación a sus derechos constitucionales, sino que implicaría un daño psíquico al que se refiere el literal b) del artículo 13 de la Convención en referencia”. Como se aprecia, el Tribunal ad quem consideró fundamental el hecho de que el niño se encuentra integrado al nuevo entorno familiar, encontrando que se ha adaptado a su nuevo medio, hecho que determinó la negativa de restitución internacional, esto es a Francia, del expresado menor.- **5.10.** Cabe enfatizar que tal negativa se enmarca en el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los adultos, atendándose al principio de su interés superior. Además, por la forma

categoría en que determina el precepto constitucional los derechos de los menores, tienen rango superior a los de los adultos, lo que no permite, por ese principio fundamental, el retorno a Francia del niño varias veces mencionado y en la forma que consta del Art. 20 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores. Por lo que se rechaza este último cargo.- **6.**

DECISIÓN EN SENTENCIA:En consecuencia, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no casa el auto definitivo proferido por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 26 de abril de 2011. Hágase saber. F) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel y Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUECES NACIONALES; Dra. Rosa Jacqueline Álvarez Ulloa, CONJUEZA NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. F) Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E).

CERTIFICO: Que las cinco (5) fotocopias que anteceden, son tomadas de su actuación original, constante en el juicio No. 153-2012 JBP (Recurso de Casación) que sigue SARA OVIEDO FIERRO, Secretaria Ejecutiva Nacional del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia contra CATALINA PEREZ CAMARGO. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borrones.- Quito, 07 de mayo de 2012.

Dra. Patricia Velasco Mesías
SECRETARIA RELATORA (E)