



Providencia Nro. 90035686 del Juicio 07206201501116

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. - SALA DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE EL ORO. Machala, martes 26 de enero del 2016, las 17h30,

VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor A.M.C.A., respecto de la sentencia expedida por el Juez de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro-Pasaje, dentro del juicio de Restitución Internacional N. 01116-2015, que sigue la señora Peggy Danny Ricaurte Ulloa, en su calidad de Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio, Económico y Social, organismo designado como autoridad Central del Ecuador, para cumplir con las obligaciones impuestas por la “Convención de La Haya relativa a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980”, se realiza el siguiente análisis:

I. ANTECEDENTES.

Mediante sentencia expedida el 15 de diciembre del 2015, a las 13h13, el señor Juez de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro, con sede en esta ciudad de Pasaje, Provincia de El Oro, resuelve: “Declarar con lugar la demanda de restitución internacional propuesta por la señora Peggy Danny Ricaurte Ulloa, en calidad de Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social, en representación de la señora A.G.B., presentada en contra del señor A.M.C.A., respecto de la niña A.C.C.G., disponiendo su inmediata restitución hacia España, sin que ello implique afectación a la tenencia o patria potestad, por cuanto es considerado ilícito la sustracción internacional de los menores, al tenor de lo que establece La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, artículos 1 y 3; ofíciase a efecto de arbitrar las medidas que permitan el retorno de la prenombrada niña con su madre, por intermedio de las Autoridades Centrales de los Estados contratantes. Que el País requirente, tome las medidas de protección necesaria a favor de la niña A.C.C.G. e investigue el supuesto abuso sexual que denuncia su padre, y que mencionó la niña en la diligencia realizada el 25 de noviembre del 2015, a las 16h00. Como consecuencia de lo resuelto se dispone: a) Que las Autoridades Centrales de los países requirente y requerido (España y Ecuador) se encarguen de agilizar y facilitar los permisos correspondientes de la niña A.C.C.G. y se tomen las medidas de protección necesarias...”. Inconforme con el pronunciamiento contenido en dicha sentencia, la parte accionada ha interpuesto recurso de apelación y a efectos de resolver, se considera:

Competencia del Tribunal de la Sala.

El Tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte

Provincial de Justicia de El Oro, y los jueces integrantes del mismo Dr. Carlos Cabrera Palomeque, Abg. Cecilia Grijalva Álvarez y Abg. Elizabeth Gonzaga Márquez (ponente), somos competentes para conocer y resolver la presente causa, de conformidad con el Art. 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como por lo dispuesto en el Art. 172 de la Constitución¹, Art. 8 inciso primero y Art. 30 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980² (en adelante Convenio de La Haya, 1980), disposiciones de orden supranacional que son parte del bloque de constitucionalidad establecido en el Art. 425 de la Constitución y que confieren competencia internacional tanto a las autoridades administrativas, como a las judiciales del Estado Parte del lugar donde presuntamente se encuentra trasladado o retenido el niño/a. Pertinencia del recurso.

El Art. 76. 7.m) de la Constitución del Ecuador establece que, 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: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

El Art. 279 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en relación a la interposición del recurso de apelación señala que “...El escrito de apelación deberá precisar los puntos a los que se contrae el recurso y sin este requisito la instancia superior lo tendrá por no interpuesto...”

Ahora bien, de la revisión del escrito de interposición del recurso de apelación, se colige que el mismo ha sido presentado dentro del término de ley que las partes tenían para hacerlo y, en el caso sub examine se han precisados los puntos a los que se contrae el mismo.

Validez procesal.

Conforme la potestad de ejercer el control legal de las actuaciones y revisada que ha sido la presente causa, se advierte que la misma se ha sustanciado con arreglo a las normas procesales atinentes el caso, por lo que se considera válido lo actuado, tanto más cuanto que, las partes no han aducido en forma expresa nulidad alguna.

II. PARTE EXPOSITIVA.

Detalle de la demanda.

¹Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

² Suscrito en ciudad de La Haya el 25 de Octubre de 1980; adhiriéndose el Ecuador el 27 de Diciembre de 1991, conforme se constata del R.O. N. 845 de Enero 03 de 1992.

Comparece la Lcda. Peggy Danny Ricaurte Ulloa, en calidad de Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio de Inclusión Económica y Social, 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, relativos a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y manifiesta que, mediante solicitud enviada por el Ministerio de Justicia, Autoridad Central de España, se ha solicitado la restitución internacional de la niña A.C.C., así como la realización de los trámites necesarios a fin de conseguir urgentemente la restitución de ésta a España, sobre la base que la menor tenía su residencia habitual en ese país, tal como se desprende de la documentación adjunta ya que está siendo retenida de forma ilícita en Ecuador por el señor A.M.C.A., padre de la niña desde el 11 de septiembre de 2014. Que el señor A.M.C.A y la niña A.C.C., viajaron a Ecuador a pasar vacaciones, con permiso otorgado por la señora A.G.B., madre de la referida niña, en el lapso que va desde el 11 de agosto de 2014 hasta el 11 de septiembre del mismo año, incurriendo el padre de la niña en una retención ilícita, ya que el permiso otorgado a su hija para vacaciones en Ecuador, había vencido. Que mediante informe de la DINAPEN, sobre el caso de pedido de restitución internacional de la niña A.C.C. se desprende que, el demandado y su hija tienen su domicilio en la Provincia de El Oro, cantón Pasaje, en las calles Juan Montalvo y Río Jubones, como referencia el Comisariato que se encuentra en construcción, por lo que de conformidad a lo previsto en los Arts. 2, 3, 4, 7, 11, 12 y 14 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, solicita se disponga la prohibición de salida del país, medida cautelar necesaria a fin de asegurar la permanencia de la mencionada niña en el Ecuador.

Trámite:

Admitida a trámite la demanda y citado el demandado se convoca a las partes a audiencia de conciliación, diligencia en la cual la parte actora se ratifica en los fundamentos de hecho y derecho de la demanda y sin la comparecencia de la parte demandada, pese haber sido legalmente citado tal como obra de autos, lo cual no permitió que se obtenga acuerdo alguno por la inasistencia y contumacia del demandado y su defensa conforme se advierte a fs. 88, 90 y 91 del cuaderno de primer nivel, convocándose a audiencia de prueba misma que evacuada y cumplido el rigor procesal el a-quo dicta sentencia.

Apelación:

El recurrente al presentar su escrito de impugnación, en lo principal expresa que ha tenido falta de defensa técnica de su anterior patrocinador ya que no le informó de las diligencias a realizarse; que no se tomaron en cuenta por el juez de primer nivel pese a estar anunciados, presentados y reproducidos la prueba en beneficio de los derechos de mi hija, como es el acto urgente certificado que se realizó por parte de la fiscalía multicompetente del Cantón Pasaje, a través de su equipo técnico; en dicho informe manifiesta claramente que mi hija se encuentra muy bien bajo mi cuidado y que existiría peligro al estar con su madre, inclusive se indica en dicho informe que mi hija ha sido víctima de abuso sexual por parte de la pareja de la madre de mi hija, como lo es el ciudadano D.R.; indica también que no se ha considerado el informe psicológico realizado por la perito psicóloga clínica Jacqueline Sacaquirin Valles, entre otros medios de prueba. Señala además que su hija se encuentra en un entorno social saludable para su bienestar físico e intelectual, dejando atrás la terrible pesadilla que le tocó vivir en España cuando estaba al cuidado de su madre en compañía de su conviviente D.R.M., quien según lo manifestado abusó sexualmente de su hija y que su madre nunca hizo nada al respecto, pese a todos los intentos que hizo su hija de contarle a su madre. Que el juez de primera instancia no ha valorado lo establecido en el Art. 12 incisos 2 y 3, Art. 13

literal b) del Convenio de La Haya, en concordancia con los Arts. 35, 45, 46, 66 numeral 3, 424, 425 de la Constitución de la República, en armonía con los Arts. 11, 12 y 14 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, lo que no se tomó en cuenta para el fallo de primera instancia. Que no se encuentra de acuerdo con el auto resolutivo emitido, en consecuencia de conformidad con el Art. 76 numeral 7, literal m) de la Constitución, Art. 8 numeral 2, literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos y Art. 279 del Código de la Niñez y Adolescencia, apela ante el inmediato superior.

Principios constitucionales, convencionales y legales.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el marco constitucional, el convencional y el marco legal en el cual se desenvuelven los casos de sustracción y por ende se pautan y garantizan los derechos de los niños y niñas, son:

a) El Art. 424 de la Carta suprema señala que "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. 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". Los Arts. 11.3 y 426 de la Constitución, señalan que: "Art.11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la 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. 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. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. El Art. 426 a su vez reza: Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

b) El Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980; y, en razón de las cláusulas de compatibilidad³ la Convención de los Derechos del Niño de 1989⁴, el Convenio de

³ Art. 34 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980; Art. 50 del Convenio de La Haya Sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con Respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores de 1996; Art. 35 Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989; y, Art. 41 Convención de los Derechos del Niño de 1989.

⁴ Suscrita por el Estado Ecuatoriano el 26 de Enero 1990 y ratificada según consta en el Registro Oficial N. 400 de Marzo 21 de 1990; instrumento internacional que en su Art. 11.1 impone a los Estados Parte, el deber de adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita

La Haya Sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con Respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la Protección de Menores de 1996 y el Convenio Interamericano de Restitución de 1989⁵, instrumentos internacionales que en su conjunto conforman ese corpus juris⁶ de derechos humanos del referido grupo étnico, y que al tener un status jerárquico prevalente en el ordenamiento jurídico patrio, son de directa e inmediata aplicación por parte de los servidores públicos, en sede administrativa o en sede judicial mismos que como ya señaló en razón de las cláusulas de compatibilidad proveen un abanico de conexiones entre uno y otro convenio y son vitales para lograr la eficacia de los derechos;

c) En cuanto a la legislación nacional interna, el Código Orgánico de Niñez y Adolescencia en sus Arts. 77, 121 y 271, contempla disposiciones que permiten una conexión válida y pertinente con el Convenio de La Haya de 1980.

Jurisprudencia y doctrina aplicada.

¿Cuándo se considera que se ha infringido el derecho de custodia según la Convención de La Haya de 1980?

En el Registro Oficial Suplemento 572 del 10 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional del Ecuador al abordar el tema en forma palmaria ha señalado que, la restitución internacional procede cuando ha existido un traslado o la retención ilícita, en violación a los derechos de custodia. Este derecho debe ser interpretado por cada uno de los países suscriptores de la Convención, aplicándose la del país en la que se encuentre el niño, niña o adolescente. En el Ecuador, la custodia la ostenta quien esté al momento a cargo del cuidado del hijo o hija, lo que no implica que se haya decidido sobre la tenencia, la cual es fijada únicamente por el juez competente. La custodia se asimila con una tenencia de hecho. El doctor Farith Simon señala que: "La tenencia es equivalente a la guarda y custodia de otras legislaciones ya que se refiere al cuidado físico del hijo o hija y a los derechos-deberes que se derivan de la ruptura de las relaciones de pareja o del matrimonio". La custodia o tenencia de hecho en el Ecuador implica el cuidado y la crianza de los hijos e hijas comunes, este es uno de los derechos que engloba la patria potestad: el que ostente la custodia tiene la

de niños en el extranjero, previendo la concertación de acuerdos bilaterales y multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes al tiempo de su ratificación.

⁵ Elaborada en Montevideo – Uruguay, el 15 de Julio 1989 y ratificada por el Ecuador, conforme se advierte del Registro Oficial N. 471 de Diciembre 11 de 2001.

⁶ La expresión “corpus juris de los derechos humanos” es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que “El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”, párr. 115... el corpus juris de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

posibilidad de fijar el domicilio habitual, como lo señala el artículo 60 del Código Civil citado a continuación: "El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio de quien la ejerce, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador".

¿Cuándo estamos en presencia de un traslado o retención ilegal?

[1] Art. 11 de la Constitución.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la 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. 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. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Art. 426 de la Constitución.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. || Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos se rán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Dentro del marco conceptual autárquico que ofrece la Convención de La Haya de 1980, el traslado y la retención ilícita de un menor, se ocasiona “cuando se ha producido una infracción del derecho de custodia atribuido, de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el derecho del estado donde fue dado a una persona, una institución o cualquier otro organismo con arreglo al derecho vigente en el estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención...”; es decir, se requiere que el autor de la retención sea uno de los progenitores o los responsables legales del menor y, que además impidan por un cierto lapso que el otro ejerza sus facultades de tutela y ello debe llevarse a cabo privándole a niños, niñas o adolescentes de ejercer libremente el derecho de mantener contacto con sus padres, impidiendo el ejercicio pleno de la patria potestad y tenencia.

III. ARGUMENTACION JURIDICA Y MOTIVACION.

De la audiencia de segunda instancia:

El Tribunal de la Sala una vez admitido el recurso, convocó a audiencia para el día 18 de Enero del 2016, a las 15h15, conforme el tenor del Art. 280 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, disponiendo la comparecencia de las partes procesales, diligencia en la cual el Abg. Nelson Morocho Cayo en representación del demandado M.A.C.A. expuso que: mi defendido el 10 de septiembre de 2014 iba a viajar a España con su hija, pero resulta que la niña estando en el Aeropuerto le dice que no lo quiere hacer porque el novio de su madre que se llama D.R., le ha estado abusando sexualmente, lo cual está justificado en autos, con esto se determina que la niña corre riesgo y su integridad

amenazada, por eso que el juez de Pasaje le otorgó la custodia temporal de la menor en la causa 07955-2014-1158. El Juez de instancia no consideró las pruebas presentadas porque no prestó atención a que la niña se encuentra insertada en el Ecuador, ella tiene las mejores notas, la niña está en un entorno familiar como lo dice la Constitución y como indica los Arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya. De lo indicado solicita se niegue la recuperación internacional de la menor. La defensa de la parte accionante Ab. María del Cisne Mora, en representación de la señora A.G.B. señaló: que no existe ningún antecedente de peligrosidad del conviviente de la madre de la menor. Que en el año 2014 se pone una denuncia por los hechos que se han indicado, pero es en el 2015, que recién han presentado un escrito, no hubo impulso ni interés como tampoco existe una sentencia que se diga que ha sido objeto de abuso sexual. El Convenio de La Haya lo que trata es de asegurar el regreso inmediato de la menor, la niña viajó al Ecuador y tenía que regresar el 14 de septiembre del 2014, pero no lo hizo porque el padre lo retiene en forma ilegal, por lo que solicita que se asegure el regreso inmediato de la niña a su país España y se ratifique la sentencia de primer nivel. Las partes hicieron uso del derecho a la réplica y contra réplica, así como la defensa material del recurrente. Además en la diligencia evacuada y al finalizar los alegatos de las partes, el Tribunal procedió a escuchar en audiencia reservada a la niña A.C.C.

DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS A SER EXAMINADOS.

A fin de emitir pronunciamiento en el caso sub júdice, este órgano jurisdiccional de alzada deja sentado que, conforme al principio dispositivo contemplado en el Art. 168.6 de la Constitución y desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art.

116 del Código de Procedimiento Civil, es el recurrente quien fija los límites y análisis de la decisión a adoptar, por tanto se examinarán los siguientes aspectos:

¿Tiene la señora Peggy Danny Ricaurte Ulloa, en su calidad de Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio, Económico y Social, organismo designado como autoridad Central del Ecuador, derecho a promover la acción de restitución internacional de la niña A.C.C.G.?

¿La niña A.C.C.G. habría sido trasladada desde su residencia habitual y/o retenida de forma ilícita en Ecuador por su padre el señor A.M.C.A.?

¿El juez de primera instancia en la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2015, a las 13h13, no consideró el Art. 12 incisos 2 y 3, así como el Art.13, literal b) del Convenio de La Haya de 1980, esto es la existencia de un riesgo grave de que el retorno del menor lo exponga a un peligro físico o síquico, o de cualquier otra forma lo coloque en una situación intolerable, conforme lo manifiesta el impugnante?

1. ¿Tiene la señora Peggy Danny Ricaurte Ulloa, en su calidad de Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio, Económico y Social, Organismo designado como autoridad Central del Ecuador, derecho a promover la acción de restitución internacional de la niña A.C.C.?

El literal a) del Art. 3 del Convenio de La Haya de Sustracción de 1980, prevé que tienen legitimación procesal activa 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. En el caso sub examine, la comparecencia de la Lcda. Peggy Danny Ricaurte

Ulloa, la realiza en condición de Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio, Económico y Social, organismo designado como autoridad Central del Ecuador, conforme se advierte en autos, por lo que a criterio de este Tribunal se encuentra legitimada activamente para incoar la acción, en tanto que por disposición del Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Función Judicial del Ecuador como institución y organismo fundante del Estado ecuatoriano, tiene el deber de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y resolver las pretensiones y excepciones deducidas sobre la base de los documentos referidos, así como de la ley y los méritos del proceso.

2. ¿La niña A.C.C.G.. habría sido trasladada desde su residencia habitual y/o retenida de forma ilícita en Ecuador por su padre, el señor A.M.C.A?

Para contestar esta pregunta es necesario revisar las pruebas aportadas por las partes, a saber:

Pruebas aportadas por la parte demandada.

Copias certificadas de un acto urgente, que se inició en la fiscalía Multicompetente N.1 del Cantón Pasaje, ante el señor Fiscal Ab. Orlando Palomeque Beltrán por denuncia del señor A.M.C.A, presentada el 12 de septiembre del 2014, cuyas copias obran a fs. 125 y 126 vta. del cuaderno de primer nivel.

Dentro del anuncio de pruebas, el demandado solicitó que se realice una valoración médica, psicológica y un trabajo social, con el objetivo de que determine su condición de salud tanto física y psicológica y su entorno familiar y condiciones dentro del hogar e institución educativa en donde se desenvuelve su hija, petición que fue aceptada; sin embargo a fojas 108, consta oficio remitido por la Trabajadora Social Msc. Chela Ajila Freire, quien en el Oficio N. 0118-UFMNA.G.T.2015, informa que “En vista de haber transcurrido 72 horas, los interesados no se han presentado a facilitar los datos preliminares para la investigación requerida siendo la audiencia el 11/12/2015. Por lo tanto situación que le hago conocer para fines legales pertinentes”, es decir, el demandado pese a existir una orden judicial no colaboró con la evacuación de la diligencia por él solicitada como prueba a su favor.

Pruebas aportadas por la parte demandante.

Reproduce los informes migratorios de la niña A.C.C.G.y del señor A.M.C.A, que obran desde fojas 7 a 10 de los autos;

Reproduce a su favor la sentencia N. 601/2014 del Juzgado 1^a. Instancia 5 de Málaga, como también el convenio regulador de fecha 10-04-2014 materia de la mencionada Sentencia (fs. 30 a 36),

Reproduce a su favor la denuncia presentada por la señora A.G.B. en el Juzgado Número Tres de Málaga (fs. 43) y el certificado de estudios en la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía (fs. 44).

Reproduce certificados de antecedentes penales del todo el territorio Español y Europeo, en donde se acredita que el señor D.R.M., no registra antecedentes penales.

Reproduce denuncia presentada por el señor D.R.M., contra el señor A.C.A., por calumnias e injurias graves realizadas en su contra.

Certificado de empadronamiento de la señora A.G.B. y del señor D.R.M.

Ahora bien, no hay que dejar de tener en cuenta que la demanda planteada por la señora Subsecretaria de Protección Especial del Ministerio, Económico y Social, versa sobre la retención de forma ilícita en Ecuador de la niña A.C.C., por su padre A.M.C.A, desde el 11 de septiembre de 2014, sobre la base que la referida niña tenía su residencia habitual en España; siendo ese precisamente el aspecto sobre el cual se debió haber practicado la prueba, tal como lo dispone el Art. 116 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “Las partes deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio”, bajo el presupuesto de que la necesidad de la prueba se inicia cuando ocurre una denuncia o cuando se plantea una demanda al denunciar o al demandar se hacen afirmaciones y eso es precisamente lo que se tiene que probar; siendo esto así y de la revisión de las constancias procesales (fs. 7 a 10) se encuentra que efectivamente la niña A.C.C. y su padre el señor A.M.C.A, viajaron a Ecuador para pasar vacaciones, con la anuencia de la señora A.G.B., madre de la niña, lapso que corría desde el 11 de agosto hasta el 11 de septiembre de 2014, por lo que al no haber retornado la niña en la fecha señalada al lugar de su residencia habitual, España, a pesar de haber vencido la fecha límite, dicha decisión a juicio de este Tribunal de Alzada deviene en unilateral y arbitraria, pues el padre de la niña C.G. en manera alguna podía elegir el foro que a él más le conviene (forum shopping) y así pretender justificar la retención ilícita, por cuanto una ilegalidad (retención ilícita) no puede generar una legalidad y menos el sistema de justicia nacional se puede prestar para ello, uno por cuanto no existe constancia procesal alguna de que la madre conocía del presunto ilícito del cual era objeto su hija por parte de su pareja D.R.; y, dos porque no obra en el proceso un registro de la llamada telefónica que dice realizó el señor A.C. a la madre de su niña A.C. el día 10 de septiembre de 2014 luego de haberse informado lo que había expresado su hija cuando se aprestaba a coger el avión de regreso a España, lugar en el cual él personalmente se comprometió a través del Convenio regulador de fecha 10 de abril de 2014 (fs. 33 a 36 del cuaderno de primer nivel), mismo que en la cláusula quinta y sexta registran: “...QUINTA: [...] el padre tendrá a la hija en su compañía los fines de semanas alternos, desde las 21h00 del viernes hasta las 20h00 del día domingo. El padre disfrutará de la compañía de su hija, la mitad de sus vacaciones en las condiciones establecidas en el párrafo anterior. También tendrá a su hija consigo la mitad de los días festivos que no coincidan en domingo desde las 10h00 a las 20h00 en forma alternativa y, al menos una de las dos fiestas navideñas de cada año: el 25 de diciembre o el 1 de enero, con sus respectivas vísperas, eligiendo en caso de desacuerdo, los años pares la madre y los impares el padre.”, “SEXTA: La madre autoriza expresamente a que una vez al año y con una duración máxima de un mes, la menor viaje en compañía de su padre a Ecuador fuera del curso escolar, a fin de visitar a sus familiares, siendo de exclusiva cuenta del padre los gastos del viaje...”.

Lo detallado hasta aquí sirve para decir que existió la retención ilícita, misma que se subsume en lo establecido en el Art. 3 del Convenio de la Haya de 1980, que reza: “...El traslado o 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 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. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

3 ¿El juez de primera instancia en la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2015, a las 13h13, no consideró el Art. 12 incisos 2 y 3, así como la excepción establecida en el Art.13, literal b) del Convenio de La Haya de 1980, esto es la existencia de un riesgo grave de que el retorno del menor lo exponga a un peligro físico o síquico, o de cualquier otra forma lo coloque en una situación intolerable, conforme lo manifiesta el impugnante?

El recurrente impugna la decisión del juez de primera instancia por cuanto a su decir, no ha valorado lo establecido en el Art. 12, incisos 2 y 3 y el Art. 13 lit. b) del Convenio de La Haya de 1980, para lo cual realizamos las siguientes precisiones y análisis:

El Art. 12 del Convenio aludido prevé que “La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un 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 ambiente. 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 solicitud de retorno del menor”. Sobre la base normativa descrita y vistas que han sido las constancias procesales se puede constatar que la madre de la niña A.C.C., hizo su reclamo administrativo el 17 de septiembre de 2014, mismo que fue receptado en Ecuador el 28 de febrero de 2015, esto es antes del año de la retención indebida, tal como lo dispone el primer inciso del Art.12 del Convenio de La Haya, que reza “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el Art. 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 periodo 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”, lo cual en el caso de autos significa que la señora A.G.B. acudió ante la Autoridad Central de España, la cual derivó el caso a la Autoridad Central ecuatoriana (sede administrativa) para luego esta última remitirla a sede judicial, situación que en rigor significa haber evacuado la reclamación restitutoria dentro del año respectivo conforme la regulación convencional del Art. 12, actividad que por cierto da cuenta la constancia de la señora A.G.B. por recuperar por las vías que el Convenio habilita, perseverancia que a la postre tiene como fin de que la niña retorne al lugar de su residencia habitual y no quede integrada al ambiente familiar pretendido por su padre.

Registrado lo anterior corresponde señalar que el demandado al formular su impugnación a la sentencia dictada por el a-quo además ha indicado que, no se tomó en cuenta la prueba presentada en beneficio de su hija, esto es el acto urgente que se formuló en la fiscalía multi-competente del cantón Pasaje, referente a los informes realizados por el equipo técnico dentro del mencionado acto. Respecto a lo afirmado en esta parte es necesario señalar que, en el numeral “Séptimo” de la sentencia impugnada, el juez de primer nivel esboza un análisis a la documentación señalada por el impugnante, sin embargo frente al cuestionamiento formulado corresponde revisar si el acto urgente evacuado ofrece información suficiente a efectos de considerar la excepción propuesta por el demandado en el trámite convencional; en efecto, acorde a nuestra legislación nacional el acto urgente es un trámite de orden administrativo que tiene el propósito de obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, pudiendo el fiscal de suyo realizarlos y cuando se requiera autorización judicial solicitarlos por cualquier medio idóneo como fax,

correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, de lo cual se dejará constancia en el expediente fiscal, ante lo cual podemos decir la diligencia de acto urgente en manera alguna contribuye a determinar si existió o no la conducta que se anuncia como vulneratoria a la integridad sexual de la niña A.C., pues jamás fue validada en sede judicial por las profesionales que laboran e integran el Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia, en razón de la contumacia del señor A.C.A. a evacuarlas, pese a estar notificado en legal y debida forma para que asista, ni tampoco existe documentación alguna que dé cuenta que en razón del acto urgente se hubiere llegado a la etapa de instrucción que contempla nuestro ordenamiento procesal penal o el de España, por lo que concluimos que las actuaciones constantes en el acto urgente, al no haber sido validadas y contradichas en legal y debida forma, mal pueden ser considerada como suficientes para justificar la excepción contenida en el Art. 13. b) de la Convención de La Haya de 1980, misma que exige una verdadera demostración de que la niña A.C.C.G.. estuvo expuesto a actos lesivos a su integridad y/o que una vez restituida enfrentaría un plus de dificultades y sufrimientos que la expondrían a una situación intolerable, tanto más cuanto que, a contrario sensu la actora ha incorporado documentación del señor D.R.M. -pareja de la señora A.G.B.- en el que se advierte que no registra antecedentes penales, mismo que ha sido conferido por el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia Español (fs.102), constancia que per-se no excluye que a posteriori y de ser el caso la administración de justicia de España investigue e inicie las acciones que correspondan respecto del referido ciudadano español y/o provea de medidas de protección a la niña A.C.C.G. cuando se debata el tema de fondo atento el tenor del Art. 16 del Convenio de La Haya de 1980.

Respecto a los documentos que corren desde fs. 167 a 272 y que fueron incorporados a posteriori junto al escrito de apelación, este órgano jurisdiccional de alzada estima que no pueden ser valorados, pues el tiempo para actuación de prueba precluyó y además porque de aceptarlos se violentaría el principio de legalidad de la prueba contenido en el Art.117 íbidem, que reza: Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio, por lo que en cumplimiento del Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, mismo que señala que los jueces y las juezas resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes, concluimos que la presente causa se ha sustanciado con arreglo a las garantías y normas procesales contempladas tanto en la Constitución como en la Ley, y, mal haría este Tribunal en acoger la tesis expuesta por el señor A.M.C.A en su escrito de apelación así como tampoco es responsabilidad del sistema de administración de justicia el que el señor A.C.A. no haya coordinado con su patrocinadora la actuación de diligencias en forma pertinente y oportuna, siendo por tanto dicha omisión de su sola y absoluta responsabilidad al verse afectado su propio interés.

Por todo lo anotado en líneas precedentes y coincidiendo con la doctrina más aceptada respecto a que el Convenio de La Haya de Sustracción de 1980, persigue asegurar el retorno inmediato de los niños desplazados o retenidos ilícitamente en un Estado contratante, y hacer respetar efectivamente en los otros Estados contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un estado contratante, al haberse vulnerado el derecho de la niña A.C.C.G. a retornar a su residencia habitual (centro de vida), concluimos que el señor A.M.C.A, contravino expresas disposiciones convencionales y el del Convenio regulador de fecha 10 de abril de 2014 que él mismo suscribió.

Por todo ello y dado que el Ecuador está compelido a honrar los convenios que suscribe bajo el principio Pacta Sun Servanda⁷, así como todos aquellos que conforman el orden público internacional (ius cogens), este Tribunal de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, en aplicación de las reglas de la sana crítica y de los Arts. 11.3 y 426 de la Constitución de 2008, del Art. 3 literal a) y Art.5 literal b) de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, de los Arts. 77 y 125 del Código Orgánico de la Niñez y la Resolución 162 del Pleno del Consejo de la Judicatura de Transición, publicada en el Registro Oficial N. 616 de Enero 11 de 2012, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, expide la siguiente:

IV. SENTENCIA

Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor A.M.C.A;

Bajo las consideraciones esgrimidas precedentemente, se confirma la sentencia que ha subido en grado, conminando a la Autoridad Central ecuatoriana hacer el seguimiento del caso con su par de España, para que se provea de la defensa técnica necesaria al señor A.M.C.A, a fin de que previa la decisión judicial que corresponda por parte de la autoridad judicial española, se agoten las vías alternativas de solución de conflictos (Mediación) en el propósito de que no se vea afectada la estabilidad emocional, afectiva y psicológica de la niña A.C.C.G.. Se oficiará debidamente a la Secretaria Nacional del Migrante con el fin de que instruya a personeros de dicha entidad con sede en España, realicen el seguimiento debido y brinden colaboración necesaria al compatriota y a su hija, prestándole todo tipo de apoyo logístico, incluida la defensa técnica.

Este Tribunal de alzada no puede inobservar, la denuncia presentada por el padre de la niña, señor A.C.A. en lo referente a un presunto abuso sexual por parte de la pareja de su madre, por lo que previo a su traslado a su país de residencia habitual, deberán tomarse todas las precauciones del caso por parte de la Autoridad Central, a fin de precautelar la integridad física y psicológica de la niña A.C.C.G.. Notifíquese.

GONZAGA MARQUEZ ELIZABETH DEL ROSARIO

Jueza Provincial

CABRERA PALOMEQUE CARLOS ORLANDO

Juez Provincial

GRIJALVA ALVAREZ CLEMENCIA CECILIA

⁷ Todo tratado en vigor es obligatoria para las partes que figura en él y deberá ser ejecutado por éstas de buena fe, Art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969.

Jueza Provincial