

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

Myr (r) Mark Evan Hester, Oficial retirado de la Armada de Estados Unidos, casado, mayor de edad, con número de cédula 0928564244, por mis propios derechos, en la mejor forma que procede comparezco a vuestro Despacho y digo:

Al haber sido violada la Institución Jurídica de "Jerarquía de la Ley" consagrada como tal y protegida en el Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, solicito la TUTELA de la Garantía Jurisdiccional de ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, la que amparo en lo dispuesto por la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales en sus Artículos 58 y ss. y sustento en el Principio Constitucional preceptuado en el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución que MANDA:

"El más alto deber del Estado es el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución".

#### I.- Objeto De Esta Acción.

En Sentencia la Corte Constitucional determinará que en las Resoluciones de la Primera Sala de lo Laboral, Social, de Familia, Niñez y Adolescencia del Guayas del proceso signado 52-2010 y luego en la Sala de lo Civil, Mercantil Y Familia signada 756-2011 de la Corte Nacional de Justicia se han VIOLADO DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES especialmente del Debido Proceso en detrimento del accionante, por lo que solicito la reparación integral al afectado.

#### II.- Legitimación Activa.

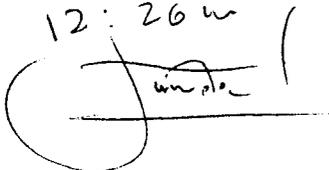
Interpone la presente Acción Extraordinaria de Protección el Myr (r) Mark Evan Hester, Oficial retirado de la Armada de Estados Unidos, casado, mayor de edad, con número de cédula 0928564244, por sus propios derechos al haber sido quien presentó el Juicio de Tenencia No. 5415, en calidad de Padre, que se tramitó ante el Juzgado 10 de la Niñez y la Adolescencia y que por disposición administrativa, al haber sido creados los juzgados adjuntos, está en actual conocimiento del Juzgado Décimo Adjunto por la naturaleza de la causa.

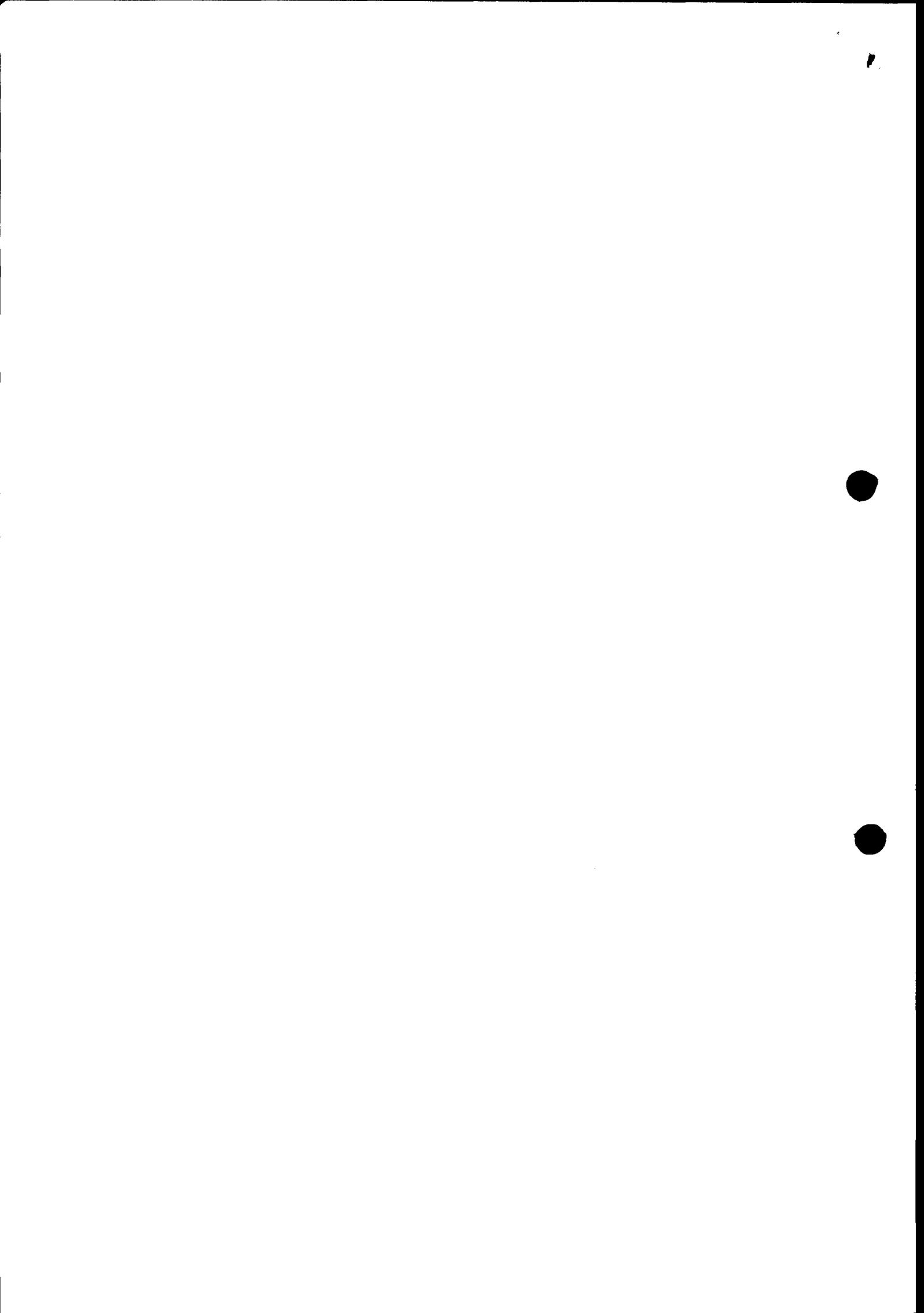
#### III.- Término de Interposición.

Conforme lo establece el Art. 60 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales

1. Febro-2012

12:26 w





al no haber sido Notificado con la Resolución de la Corte Nacional de Justicia dada y notificada el 12 de enero del 2012, pero al haber tomado conocimiento el 13 Enero del 2012, de la misma interpongo la presente acción, dentro del término legal, conforme se aprecia de la Fe de presentación de este recurso, lo presento dentro del término legal.

Por lo que conforme a lo establecido en el Art. 62 Ibidem que determina:

“La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional EN UN TÉRMINO MÁXIMO DE DIEZ DÍAS.”

La Sala deberá inmediatamente remitir el expediente completo a la Corte Constitucional.

### III.- Requisitos Legales Intrínsecos de este Recurso Extraordinario de Protección.

#### 1. La calidad en la que comparece la persona accionante.

La tengo demostrada en mi legitimación Activa.

#### 2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.

Corre de autos que la resolución de la Sala de la Corte Nacional de Justicia fue emitida el 12 de Enero del 2012 y con fecha 20 de Enero 2012 el Secretario Relator de esa Sala ha procedido a devolver todas las actuaciones al inferior, y del proceso, no consta recurso horizontal pendiente de resolución. Con lo cual se deja constancia, de autos, de la ejecutoria.

#### 3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios.

Corre de autos que se interpuso el respectivo Recurso de Apelación por la demandada; la interposición de los recursos considerados extraordinarios de Casación y de Hecho, conforme La Ley de Casación y el Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, fueron interpuestos por el actor, agotando así los ordinarios y extraordinarios. Los recursos horizontales sobre el Recurso de Hecho negado por la Sala de la Corte Nacional de Justicia resultan ineficaces pues no alteran la resolución, debido a ello no fueron presentados.

#### 4. Señalamiento De La Judicatura, Sala O Tribunal Del Que Emane La Decisión Violatoria Del Derecho Constitucional.



Primera Sala de lo Laboral, Social, de Familia, niñez y Adolescencia del Guayas del proceso signado 52-2010 que deniega el Recurso de Casación y luego en la Sala de lo Civil, Mercantil Y Familia signada 756-2011 de la Corte Nacional de Justicia, que deniega el Recurso de hecho ante la negativa previa.

#### 5. Identificación Precisa Del Derecho Constitucional Violado En La Decisión Judicial.

El Derecho Violado, distinto al hecho por el que se inició el proceso, es el debido Proceso en la resolución de la causa, precautelado en el Art. 76 de la Constitución de la República:

“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:

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.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.

Se me privó de un Grado en la Defensa de mis Derechos en consecuencia se me negó el ser escuchado en el momento oportuno por la Corte Nacional de Justicia.

→ La Violación tuvo lugar al irrespetar y romper la Jerarquía dentro del Orden Legal y Jurídico sobre el que se asienta el Derecho Procesal que contiene el Art. 425 de la Constitución de la República que establece:

“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."

Esta Violación e Irrespeto al Orden Jerárquico Constitucional tuvo y tiene lugar en las Resoluciones de la Primera Sala de lo Laboral, Social, de Familia, Niñez y Adolescencia del Guayas del proceso signado 52-2010 y luego en la Sala de lo Civil, Mercantil Y Familia signada 756-2011 de la Corte Nacional de Justicia sobre el mismo caso al pretender imponer una Ley Común sobre una Ley Orgánica.

#### 6. Acontecimiento de la Violación.

La violación ocurrió el 25 de Junio del 2010 al negar la Sala Ad quem el recurso de Casación que presentamos contra su resolución por adolecer de vicios procedimentales en su resolución de fecha 7 de Abril del 2010, bajo el fundamento del Art. 2 de la Ley de Casación; devino en el Recurso de Hecho negado el 12 de Enero del 2012, que textualmente determina el mismo argumento para su desestimación.

#### IV.- Interposición de la Acción.

Conforme al Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determina:

"La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días."

Cumplo con presentar la presente acción ante la Sala de lo Civil, Mercantil Y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

#### V.- Admisibilidad Y Procedencia.

##### 1. Antecedentes:

El 4 de Noviembre del 2009, la Jueza Decima de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas concedió al Myr. Mark Evan Hester la Tenencia de su menor hija Nicole Hester López por cuanto su cónyuge reside en Estados Unidos desde hace 4 años y la menor vivía con su Tía materna quien se niega entregarla al Padre.

Con fecha 7 de abril del 2010, con dos de tres votos la Primera Sala De Lo Laboral, Niñez Y La Adolescencia De La Corte Provincial De Justicia Del Guayas Revoca la Resolución de la A quo determinando que estar bajo la custodia de la madre no la



perjudica, a pesar que no vive en este país.

Con fecha 23 de abril se solicitó Revocatoria del auto resolutorio, que fue negado el 20 de Mayo siguiente.

Con fecha 21 de junio del 2010 presentamos el Recurso de Casación que fue negado el 21 de Julio del 2010 bajo el argumento que, al tratarse de un Juicio de Tenencia, la resolución recaída no causa ejecutoria por lo que conforme al Art. 2 de la Ley de Casación, que determina:

“El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”

Por lo que con fecha 20 de julio del 2010, se presentó el Recurso de Hecho que fue aceptado con dos de tres votos a pesar que la Ley determina que sin calificarlo deberá subir el proceso.

Con fecha 12 de Enero del 2012, la Sala de lo Civil, Mercantil Y Familia de la Corte Nacional de Justicia, con el mismo fundamento con que se rechazó el Recurso de Casación, niega el de Hecho.

2. Fundamentos de Hecho sobre el DERECHO VIOLADO y su relación directa e inmediata por la acción, distinta de los hechos que dieron lugar al proceso:

Las Salas al resolver los recursos extraordinarios interpuestos se basaron en la Ley de Casación sin tomar en cuenta la norma superior del Art. 10 del Código Orgánico de la Función judicial que determina como Principio:

“Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad:

...

La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, **SINO RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD Y DEL ERROR JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INSTANCIA.”**

El rigor de la aplicación superior de este artículo sobre la Ley de Casación es determinada por el Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“Principio de supremacía constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de



menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.”

Y el Art. 5 Ibidem “

“Principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, **aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”

La literalidad de estas normas no fue aplicada pese a la clara directriz del la Hermenéutica jurídica contenida en el numeral 1 del Art. 18 del Código Civil que ordena taxativamente:

“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”

Con estos artículos fundamenté mi pedido de nulidad de la providencia que denegaba el Recurso Supremo de Casación al ser concordante con el Art. 425 de la Constitución de la República que establece:

“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.”

### 3.- La Relevancia Constitucional Del Problema Jurídico Y De La Pretensión.

La Relevancia Constitucional radica en el hecho que ninguna Institución Jurídica, ningún Principio Jurídico ni ningún Derecho Constitucional se aplicarán si la “Jerarquía De La Ley” es desobedecida o dejada de lado.

Está Regla básica donde se afina el ejercicio del Derecho es connatural e intrínseca a todo el orden Constitucional, el permitir su inobservancia deviene en la inutilidad de la Constitución pues sus principios y Derechos no serán aplicados cuando una norma inferior la desconozca.



Esta no es una Tesis del así llamado "neo constitucionalismo" esta regla básica es el pilar fundamental del orden social desde el inicio del Constitucionalismo Inglés en 1215 y el Francés de 1789: la Jerarquía entre las Leyes; pero su estructuramiento o andamiaje fue mejor explicado con el Filósofo y Jurista Hans Kelsen; según la teoría kelseniana de la jerarquía de las normas a "peldaños" la validez de cada norma vendría sustentada por la existencia de otra norma de rango superior y, así, sucesivamente. Cualquier norma jurídica no podría considerarse aisladamente sino como parte integrante de un marco normativo complejo y unitario; respetando el orden jerárquico de las normas, se formaría, así, un ordenamiento jurídico coherente. La validez de las normas, por tanto, vendría dada por el modo de producción de las mismas y no por su contenido.

La falta de respeto o guía de una norma inferior frente a su inmediata y subsiguientes superiores llevaría a la incoherencia del ordenamiento jurídico nacional.

La Relevancia Constitucional De la Pretensión estriba en el hecho que, como probaré en el análisis que desarrollo, el Art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial no ha derogado tácitamente el Art. 2 de la Ley de Casación, SINO QUE ESTE PRECISA DE UN INCISO EN EL QUE SE EXCEPTÚE DE ESA REGLA LAS RESOLUCIONES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Al revisar los siguientes Fallos de Casación:

- 27-XI-95 (Res. 169-95, R.O. Ed. Esp. 4, 17-III-96)

"SEGUNDO.- El Art. 741 del Código de Procedimiento Civil, claramente establece que las resoluciones que se pronuncian sobre alimentos no causan ejecutoria, lo cual tiene su razón de ser en que con el transcurso del tiempo, necesariamente variarán las circunstancias económicas de alimentante y alimentado. Por lo tanto, al no poner fin al proceso ni causar ejecutoria, la resolución del Inferior mal puede ser susceptible de recurso de casación..."

- 27-IX-96 (Res. 665, R.O. 51, 22-X-96)

"TERCERO.- El Art. 2 de la Ley de Casación determina claramente cuáles son las providencias respecto de las que procede el recurso supremo y extraordinario de casación, entre ellas no consta el auto que declara la nulidad de lo actuado, por no ser de aquellos que ponen fin al proceso. ..."

Podemos apreciar que el Juzgador mide en la misma balanza dos hechos procesales de enorme diferencia y peso, considerándolos iguales cuando el primero es un resultado procesal final y el otro es una herramienta del proceso. Crea así, una descompensación jurídica, pues mientras la nulidad es advertida para la validez procesal pretendiendo de por si remediar un hecho dañino dentro del proceso, las resoluciones de las Salas



especializadas llevan la trascendencia de la aplicación del producto procesal; quien defiende la inexistencia de una nulidad pretende beneficiarse de un acto o hecho prohibido por la ley, actúa con dolo; mientras que quien pretende su derecho busca su reconocimiento legal. Mal puede entonces la Ley prohibir que este último agote todo mecanismo de defensa, pues provocaría dejar en indefensión a quien su Derecho pudo haber sido vulnerado por ERROR JUDICIAL O ILEGALIDAD JUDICIAL: CIRCUNSTANCIA PROHIBIDA POR LA CONSTITUCIÓN.

Tan solo a manera ilustrativa: si, en forma errónea o ilegal, la decisión judicial dispusiera un pago de pensión alimenticia exagerado, imponiéndole a un obrero el pago de \$2.000, dicha resolución, al no gozar de la Tutela que supone el Recurso Extraordinario de Casación para que se corrija lo ilegal de una Resolución de Instancia o su error de hecho, de estar fuera de su alcance cubrir dicha pensión, el alimentante incluso podría terminar en la cárcel. Y si bien es cierto que *las circunstancias puedan variar a futuro*, EL DAÑO YA ESTARÍA HECHO HABIENDO PODIDO SER EVITADO, ES DECIR EL ESTADO LO ABANDONÓ: NO TUTELÓ SUS DERECHOS.

O viceversa, a la madre le es asignada una pensión exigua a pesar de ser de una posición económica, al menos media, que le permitía que sus hijos estudiaran en colegios de alto presupuesto, pero ahora no le alcanzaría para que continúen en el mismo colegio (a pesar de que los alimentos deben ser cóngruos) y de ocurrir esto en el periodo de matriculación, *a pesar que las circunstancias cambien posteriormente*, LA MADRE DEBE RETIRAR A LOS NIÑOS A UNA ESCUELA DE TAL VEZ DE MENOR CALIDAD; PERO LOS NIÑOS SERÍAN SEPARADOS DE SU MODO DE VIDA HABITUAL, AFECTÁNDOLES EN TODO NIVEL DESDE EL AFECTIVO, SENTIMENTAL E INCLUSO EDUCACIONAL. Ahora bien, LAS CIRCUNSTANCIAS PUEDEN VARIAR, PORQUE LA RESOLUCIÓN NO CAUSÓ EJECUTORIA, PERO EL DAÑO YA ESTARÍA HECHO HABIENDO PODIDO SER EVITADO, es decir, el ESTADO LOS ABANDONO EN LA TUTELA DE SUS DERECHOS.

En el caso que nos aplica, y también a manera ilustrativa y para medir el grado dañoso de la aplicación del Art. 2 de la Ley de Casación a las resoluciones de familia, se le pretende devolver la Tenencia a la madre que reside fuera del país para que su hija le



sea entregada a su Tía con el solo hecho de separarla de su Padre quien no ha sido tachado por la Sala ni siquiera de mal padre. Tal vez cuando las circunstancias cambien la recuperará pero, **EL DAÑO YA HABRÁ SIDO INFRINGIDO AL SEPARAR AL PADRE DE SU HIJA DE 10 AÑOS, PUDIENDO HABER SIDO REPARADO EL ERROR JUDICIAL O LA ILEGALIDAD DE LA APLICACIÓN DE LAS PRUEBAS. EL ESTADO NO ME PUEDE ABANDONAR EN LA BUSQUEDA DE MI DERECHO POR QUEBRANTAMIENTO DE LA JERARQUÍA DE LA LEY.**

La no revisión del posible error o ilegalidad judicial en cuanto a las resoluciones sobre familia es entonces de **RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y NACIONAL**.

Pero y sin embargo, es posible que el legislador haya pretendido subsanar este error de la misma Ley, aunque tal vez no con el suficiente éxito. El Art. 10 del Código Orgánico de la Función judicial que determina como Principio:

“Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad:

...

La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, **SINO RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD Y DEL ERROR JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INSTANCIA.**”

El legislador en la **NORMA SUPERIOR A LA LEY DE CASACIÓN, DETERMINA COHERENTEMENTE QUE EL CONTROL SE EJERCERÁ EN LOS FALLOS DE INSTANCIA Y, LAS RESOLUCIONES DE FAMILIA SON FALLOS DE INSTANCIA.** Aquí el legislador **NO HACE DISTINGO DE LA MATERIA.**

Mientras que la Ley de casación habla “autos que pongan fin”, **INDICANDO QUE AQUELLOS AUTOS QUE NO LO HAGAN NO SERÁN MATERIA DE CASACIÓN; EL LEGISLADOR EN LA NORMA SUPERIOR INMEDIATA DETERMINA QUE SI SE PROCEDERÁ CON CASACIÓN EN FALLOS DE INSTANCIA Y LAS RESOLUCIONES DE FAMILIA CONSTITUYEN FALLOS DE INSTANCIA.**

De tal manera que, se estaría violando El “Principio de Jerarquía” que produciría una negativa al acceso de los Derechos consagrados en la Constitución y si la **ilegalidad** o



el error judicial no son controlados y subsanados habríamos entrado, como en efecto así es, en ABUSO DE DERECHO avalado con resolución judicial circunstancia prohibida por las leyes desde hace 400 años tal como reseñara William Shakespeare en el "Mercader de Venecia".

De ahí que, la aplicación del Art. 2 de la Ley de casación se refiere a los autos de tramitación Procesal más no a los Autos **SOBRE RESOLUCIÓN DE DERECHOS EN FALLOS DE INSTANCIA.**

La falta de legalidad o el cometimiento del error judicial, si las circunstancias posteriormente no varían, consumarían un atropello y detrimento del Derecho Superior de los infantes y, en general Falta de protección Constitucional a los Derechos de Familia. Esa falta de Tutela de derechos constitucionales nace o mal nace de la inaplicación del Principio de "Jerarquía de las Leyes", al anteponer las Salas Provinciales y de la Corte Nacional De Justicia una ley inferior sobre una superior desconociendo y desatendiendo el marco Jurídico Constitucional.

Para el doctor Lucio Mendieta y Núñez, el derecho social "Es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales, dentro de un orden justo. Es el derecho de toda sociedad a mantenerse como unidad autónoma, el derecho de la sociedad para desarrollarse vitalmente por el único medio posible: la conservación, la seguridad y el bienestar de los miembros que la integran. ..." (Revista Mexicana del Trabajo, Secretaría del Trabajo y Previsión Social. México 1967. Págs. 58 y 62).

Entonces la desatención o falta de Tutela Judicial efectiva en el Control de los fallos de Instancia, sea cual fueren estos, **VA PRECISAMENTE EN DETRIMENTO DEL MÁS DÉBIL LO QUE CAUSA, JURÍDICAMENTE, ALARMA SOCIAL PUES SE ESTARÍA DESATENDIENDO PRECISAMENTE EL ROL PRINCIPAL DEL ESTADO QUE ES PROTEGER A LOS ASOCIADOS PREFIRIENDO A LOS QUE EN MENOR POSICIÓN SE ENCUENTRAN Y VOLVERÍASE A LAS TEORÍAS LEGALIZADAS,** ahora sí, "EL HOMBRE, LOBO DEL HOMBRE" Como Afirmara Thomas Hobbes en "El Leviatán"



Con el mayor de los respetos, solicito a la Corte Constitucional acoger la presente acción por ser de importancia y connotación Constitucional y Nacional, declare la inconstitucionalidad de las resoluciones aquí determinadas, así como la reparación integral que me asiste y disponga la reforma pertinente en el Art. 2 de la ley de Casación

**VI.- Autorizaciones y Notificaciones:**

Autorizo a los Letrados que suscriben esta acción para que presenten los Escritos y Recursos que consideren convenientes a mis Derechos. Recibiré notificaciones en la Casilla Judicial No. Casilla Constitucional No. 403.

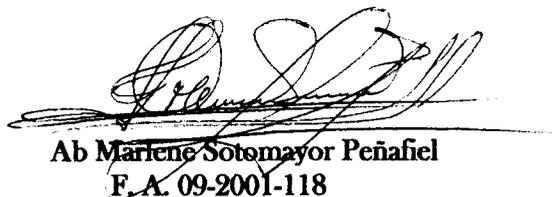
A pie de página consta mi firma, la que utilizo en todos mis actos públicos y privados.

**POR TANTO:**

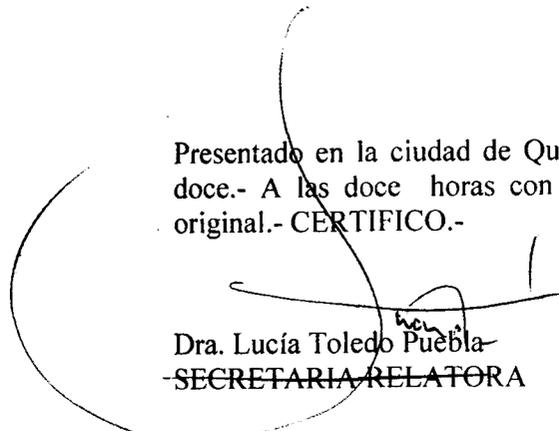
Sírvase admitir la presente Acción Extraordinaria de Protección y, en su oportunidad, aplicar la Constitución y las leyes.

  
Ab. Carlos Alberto Manrique

  
Myr (r) Mark Evan Hester

  
Ab Mariene Sotomayor Peñañiel  
F. A. 09-2001-118

Presentado en la ciudad de Quito, el día de hoy primero de febrero del año dos mil doce.- A las doce horas con veinte y seis minutos.- Con dos copias iguales a su original.- CERTIFICO.-

  
Dra. Lucía Toledo Puebla  
SECRETARIA RELATORA

