

Sentencia de primera instancia

UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

No. proceso: 17294201901239

Quito, miércoles 21 de agosto del 2019, las 15h39, VISTOS.- Ab. Ana Cristina Guerrón, en mi calidad de Jueza de Garantías Jurisdiccionales legalmente designada por sorteo de ley, por encontrarse la causa en estado de resolver respecto a las Medidas Cautelares solicitadas por los accionantes, se efectúan las siguientes consideraciones de orden constitucional y legal: PRIMERO. COMPETENCIA.- La suscrita Jueza de Garantías Penales y Jurisdiccionales es competente para conocer y resolver la presente petición de Medidas Cautelares, de conformidad con lo establecido en el Art. 87 de la Constitución de la República del Ecuador. SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL.- En la tramitación de la presente causa, no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que influya o pueda influir en la decisión, por lo que se declara su validez procesal, constitucional y legal. TERCERO. ANTECEDENTES.- 3.1 Con fecha 14 de Agosto de 2019 la señora Yessenia Alejandra Gomez Chumbi, madre de Abril Gomez Ian Isaul, conjuntamente con la Coordinación General Defensorial Zonal presenta petición de Medida Cautelar. 3.2 Con fecha 20 de Agosto del 2019, se realiza la audiencia oral conforme lo dispone el Art. 36 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la que las partes, conforme consta en acta de audiencia que antecede señalan: La Sra. Yessenia Alejandra Gomez Chumbi, madre de Abril Gomez Ian Isaul junto con su defensora técnica la Dra. Aide Mariana Peralta Zambrano, quien representa los derechos del Dr. Remigio Manosalvas, Coordinador General Defensorial Zonal 9: “Comparezco en representación del Dr. Remigio Manosalvas y la señora Yessenia Alejandra Gómez, traemos a su conocimiento la imposibilidad de enterrar al niño Abril Gómez Ian Isaul. La señora Gómez fue sometida a una cesárea, recibiendo a su hijo, sin embargo se le comunica que el menor había muerto, se recibió el informe estadístico de nacido vivo, sin embargo el 22 de mayo de 2019 se le llevó a Medicina Legal, donde se expide el informe estadístico de defunción fetal. Se acudió a la inscripción al Registro Civil, pero allí se informó que no se podía registrar la defunción fetal por haberse registrado la inscripción de nacido vivo. El Registro Civil ha señalado que puede registrar la inscripción siempre y cuando se anule el registro de defunción fetal. El caso ha sido puesto en conocimiento de la Fiscalía, quien ha ordenado la entrega del cadáver, los padres han buscado una funeraria, sin embargo se les ha indicado que no se puede hacer el velorio por no tener la orden de defunción, frente a esta situación se ha solicitado estas medidas cautelares, toda vez que el cuerpo de Ian Isaul no puede esperar en la morgue a ser sepultado. La ley dispone enterrar a los muertos en 72 horas. El artículo 26 del Reglamento Establecimientos Servicios Funerarios y Manejo Cadáveres señala que: “Para autorizar la inhumación, cremación y/o transporte dentro del territorio nacional de cadáveres, mortinatos o piezas anatómicas humanas, los establecimientos de salud públicos y privados

emitirán el formulario de autorización correspondiente; y el deudo o solicitante deberá presentar ante dichos establecimientos los siguientes documentos: a. En el caso de cadáveres y mortinatos humanos, copia del formulario estadístico de defunción - INEC, suscrito por el médico que lo emite; o, en el caso de no existir médicos o las circunstancias no lo permitan, el formulario se llenará con la declaración de dos (2) testigos, conforme lo previsto en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; b. En el caso de piezas anatómicas humanas, copia del informe suscrito por el médico correspondiente; y, c. Cédula de identidad, pasaporte o carné de refugiado del deudo o solicitante de la autorización.” Esto no ha sido posible presentar, y por tanto ningún cementerio puede atenderlos. Al amparo del artículo 12 del Reglamento para la Gestión de Cadáveres, Mortinatos, Piezas Anatómicas, Osamentas Humanas y Regulación del Funcionamiento de los Establecimientos que Prestan Servicios Funerarios, solicitamos que el Ministerio de Salud Pública disponga la inhumación del cadáver de Abril Gomez Ian Isaul a la brevedad que sea posible en el cementerio que la familia considere necesario. El artículo 12 prescribe: “La Autoridad Sanitaria Nacional con el objeto de precautelar la salud pública, podrá disponer la inhumación o cremación inmediata de los cadáveres humanos, conforme a las precauciones que se encuentran contempladas (...)”, esta facultad otorgada a la autoridad sanitaria por razones de salud, sin embargo en este caso, dentro de esta medida cautelar lo solicitamos también para evitar la vulneración del derecho a la vida digna, integridad familiar e integridad personal que tiene la madre de IAN ISAUL, la señora Yessenia Gómez, ha pasado ya más de dos meses, van a ser tres meses y Ian Isaul no tiene sepultura pese a que la Ley Orgánica de salud y el Reglamento al que he hecho referencia manda que los cuerpos se entierren en 72 horas. Consideramos que los derechos se están vulnerando en la persona del accionante Yesenia Gómez, el derecho a la vida digna, las personas somos un fin en sí mismo, ella decidió ser madre, y tuvo un parto deseado, un hijo era esperado, las complicaciones médicas, de salud han dado como resultado que ahora nos convoca aquí. A pesar de haber sido sometida a una cesárea no conoce a su hijo y no puede darle un funeral, una tumba, lesionado su derecho a la vida digna. Lesiona su derecho a la vida digna, ya que se le ha causado sufrimiento, los padres se encuentran en procura de poder enterrarlo, la única noticia que tiene es que está en la morgue lo que vulnera el derecho a la integridad familiar e integridad psicológica, ya que es parte de la vida en familia enterrar a los muertos y vivir el duelo, saber el lugar en donde se encuentra su familiar, esto le ha causado dolor y sufrimiento. Estos derechos están en la Constitución de la República del Ecuador, en el Pacto civil y de derechos políticos, La Convención Interamericana de Derechos Humanos y ha sido ampliamente discutida por el Tribunal de Derechos Humanos Europeo”. Sra. Yessenia Alejandra Gomez Chumbi: “Necesitamos darle una tumba a nuestro bebe, no queremos que pase en un cuarto frío, queremos que nuestro bebe descanse en un lugar digno”. Por su parte el Dr. Raúl Byron Duque Duque, en representación del señor Dr. Luis Marcelo Ocaña García, procurador Judicial de la Dra. Catalina Andramuño Zeballos, Ministra de Salud Pública, indica: “Comparezco ofreciendo poder o ratificación del Procurador Judicial de la Ministra de Salud Pública, dentro de esta medida, debo manifestar que el

Ministerio de Salud Pública ni sus autoridades han tenido noticia del nacimiento y fallecimiento del menor Abril Gomez Ian Isaul, a pesar del tiempo transcurrido de más de dos meses y que no puedan darle sepultura, pese a que existe una orden fiscal, no existe evidencia de que al Ministerio de Salud se le haya solicitado autorización para que emita una orden para que se inhume el cadáver, no existe negativa del Ministerio para que se ordene la sepultura del menor, por lo expuesto, el Ministerio de Salud pública ha lesionado o violado el derecho a la vida digna y la integridad familiar de los padres. El Ministerio de salud estará dispuesto a cumplir con las disposiciones que su autoridad ordene en su Resolución". En virtud de lo expuesto, y por haberse convocado a la médica que atendió al menor se le concede la palabra: La Dra. María José Andrade Cevallos, Medico Perito del Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses: "Realice la autopsia médica en la persona de NN, de sexo masculino el 23/05/2019 a las 15h45, con fecha probable de fallecimiento 22/05/2019 aproximadamente a las 14h00, dentro de la autopsia al examen externo se recibió un cadáver de sexo masculino de 37 semanas, estaba cubierto por una sabana hospitalaria, su talla era de 47 cm, se valoró el perímetro cefálico torácico, braquial, dentro de los hallazgos encontré una coloración azulada. Debido a esta autopsia es importante conocer que se realizó análisis científicos técnicos para determinar si hubo muerte intrauterina o extrauterina, para esto realizamos procedimientos que se llaman docimasias que me indican que científica y técnicamente él bebe tuvo una muerte intrauterina, debido a esto el padre del menor me había presentado un certificado de nacido vivo, por el cual, y debido a todo mi antecedente yo no pude entregar un certificado de defunción general sino un certificado de defunción fetal, pues para mí el niño murió intrauterinamente. Independientemente de eso se ha entregado la papeleta de defunción, mas sale de mis manos el hecho que los padres no puedan concatenar esta parte legal con el Registro Civil, ya que según el padre este certificado de nacido vivo ya fue registrado en el Registro Civil, de ahí por la parte médica y de la oficina de Criminalística no se ha retenido el cuerpo para ningún estudio extra, nos encontramos a la espera de alguna Resolución tanto del Registro Civil como de la parte judicial para que se pueda dar sepultura al menor. Debo manifestar que se recogieron las muestras de cerebro pulmón, corazón, hígado y riñones para que se realicen los estudios histopatológicos que serían confirmatorios microscópicamente de mis hallazgos macroscópicos, conozco que estos órganos fueron remitidos al Hospital Eugenio espejo, no tengo conocimiento de los resultados". CUARTO. ANALISIS.- La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 numeral 9 señala que, el más alto interés del Estado, es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, así como señala que las normas y actos del poder público deben mantener armonía con las disposiciones constitucionales, a fin de que sean válidos jurídicamente. El Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dice textualmente: "Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos" y el Art. 87 de la Constitución señala: "Se podrá ordenar medidas cautelares

conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”. Las medidas cautelares tienen como objetivo principal proteger de manera directa los derechos constitucionales, ya sea evitando o haciendo cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, pudiendo ser éstas solicitadas de manera conjunta o independientemente a las acciones constitucionales de protección de derechos. Es decir, las medidas cautelares están configuradas para ser adoptadas bajo los siguientes presupuestos: 1. Hacer cesar la amenaza a un derecho constitucional, con lo que se evita que la violación se consuma; y 2. Hacer cesar la violación del derecho constitucional, con lo que se interrumpe la violación del derecho. Con el objeto de diferenciar dichos presupuestos, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado (Sentencia T-225, 15 de julio de 1993, Corte Constitucional de Colombia, citada en la sentencia No. 052-11-SEP-CC, pág. 11, dictada por la Corte Constitucional para el Período de Transición, dentro del caso No. 0502-11-EP): “La violación lleva implícito el concepto de daño o perjuicio. Se vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado: se amenaza un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua. En el primer caso la persona afectada ya ha sido víctima de la realización ilícita, por tanto el objeto es cesar dicha transgresión. En el segundo, por el contrario, la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño”. Conforme el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. Dichos requisitos están determinados en el artículo 27 ibídem, según el cual, las medidas cautelares procederán frente a un hecho “que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho”, considerando al hecho como grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de dicha violación. Comúnmente la gravedad de la violación de derechos ha sido entendida doctrinariamente como el grado más intenso o elevado de vulneración de los derechos, en otras palabras la afectación directa al núcleo de los derechos en cuestión, mientras la urgencia se vincula al riesgo o amenaza inminente de violación razonablemente posible de intereses jurídicos no sujetos a reparación (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. Medidas Provisionales respecto de Colombia. 22 de noviembre de 2010, citado por Daniel Fernando Uribe Terán, en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, “Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador”, págs. 87-90); además se determina que no procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos, a lo que agrega la Corte Constitucional mediante resolución de 30 de Mayo del 2013 en el caso Nro. 561-12 CN, los presupuestos para la procedencia de las medidas cautelares a saber “ a) Peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión; b) Inminencia de un daño grave (periculum in mora); e) que no

existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; d) que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales, y e) que no se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos. Las medidas cautelares son preventivas, por lo tanto, no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho amenazado o en transgresión presente, conforme el artículo 28 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que su extensión se limita a evitar las consecuencias gravosas, como puede ser la ejecución de un acto, para lo que existe la suspensión provisional del acto, conforme lo establecido en los artículos 26, segundo inciso, y 31 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (...). Las juezas y jueces constitucionales, para conceder las medidas cautelares, autónomas o en conjunto, verificarán que la invocación de la amenaza o violación del derecho, según sea el caso, aparezca verosímil; la medida otorgada deberá ser proporcional a la amenaza o violación que se pretende tutelar, sin que dicho pronunciamiento se constituya en un prejuzgamiento sobre la garantía propuesta en su conjunto...". En conclusión las medidas cautelares no son procesos contenciosos de conocimiento o reparación de un derecho, por el contrario, constituyen procesos expeditos e informales en los cuales prima la inmediatez de la medida para precautelar o evitar el riesgo de la violación de un derecho. En el caso que nos ocupa, la accionante Yessenia Gomez Chumbi, como madre del menor Abril Gomez Ian Isaul y el Coordinador General Defensorial Zonal 9 interpone estas medidas cautelares, en base al ordenamiento constitucional y legal, indicando en lo pertinente que encontrándose de 37 semanas de gestación ha ingresado al Hospital San Francisco de Quito, y el 22 de mayo de 2019 donde ha sido atendida y sometida a un procedimiento de cesárea, que se le ha extendido un certificado estadístico de nacido vivo, con el que se procedió a la inscripción del nacimiento del niño Abril Gomez Ian Isaul en la dirección General de Registro Civil, que luego los padres reciben la noticia de que el niño había muerto y no habían recibido el certificado médico de defunción, el niño habría sido llevado al departamento de medicina legal y la perito María José Andrade habría emitido el informe estadístico de defunción fetal, habiendo señalado como causa de la muerte óbito fetal. Conforme el informe estadístico de nacido vivo y la consecuente inscripción en la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, Ian nació vivo y existe en cuanto a persona, sin embargo el informe estadístico de defunción fetal contradice la noticia del nacimiento, por tal motivo este caso se encuentra en conocimiento de la Fiscalía Provincial de Pichincha a cargo del Dr. Francisco Hidalgo en la investigación administrativa 44191AAMN1FGEPFHS. Que han pasado más de dos meses desde el nacimiento y muerte o defunción fetal de Abril Gómez Ian Isaul, sin que hasta el momento pueda ser enterrado. Frente a estos hechos los accionantes aducen que se han vulnerado derechos constitucionales como el derecho a una vida digna conforme lo previsto en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, sin que hasta la fecha los padres hayan podido dar sepultura digna a su hijo, en virtud de lo expuesto en líneas anteriores. Así también se ha manifestado que se ha vulnerado el derecho a la integridad personal dispuesto en el artículo 66, numeral 3, literal a) de la Constitución de la República, y el derecho a la intimidad personal y familiar

consagrado en el artículo 66, numeral 20 de la mencionada norma magna. Esto en relación con lo establecido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 11, que garantiza el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, numeral 2, que dispone: “nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias y abusivas en su vida privada”, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, artículo 17 numeral 1 y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en donde se establece que la vida familiar incluye la posibilidad de decidir qué hacer con el cuerpo de un familiar que ha muerto, decidir cómo, cuándo y dónde se realizará el funeral, dar sepelio a los familiares es un derecho y se ha traído a colación el asunto Hadri Vionnel c Suiza de 14 de febrero de 2008 como antecedente, por lo tanto, de manera específica solicitan que al amparo del artículo 12 del Reglamento Establecimientos Servicios Funerarios y Manejo Cadáveres, que faculta a la autoridad Sanitaria Nacional disponer de la inhumación o cremación inmediata de cadáveres humanos, se ordene a la Ministra de Salud que de manera inmediata se disponga la inhumación del cuerpo de Abril Gómez Ian Isaul, con NUI / pasaporte 1759572785. Frente a lo expuesto por la parte accionante se ha concedido la palabra a la parte accionada, esto es el Ministerio de Salud cuyo representante ha ofrecido poder o ratificación y ha hecho conocer en audiencia oral que la entidad como tal ha desconocido de la situación fáctica que se ha puesto en conocimiento en esta audiencia y que en lo pertinente estará dispuesto a acatar lo dispuesto por esta Autoridad. Por lo relatado y expuesto, esta Autoridad ha procedido a verificar la documentación que se ha puesto en mi conocimiento por parte de los accionantes de la cual se tiene que en efecto obra un certificado de nacimiento de Abril Gómez Ian Isaul, emitido por la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, también consta un informe estadístico de nacido vivo con número de identificación 1759572785, consta un informe estadístico de defunción fetal al que se ha hecho alusión en audiencia y por el que se imposibilita el entierro de IAN, consta también la providencia de la Fiscalía General del Estado, de Pichincha, Fiscalía de actuaciones administrativas a cargo del Dr. Francisco Hidalgo, de donde se corrobora lo manifestado por la médico legal, en donde se dispone que se tomen las muestras respectivas para que se realicen los exámenes del caso para determinar con precisión la causa de la muerte en el caso de haber nacido vivo, documentación que permite a esta autoridad valorar los argumentos expuestos en audiencia para considerar de acuerdo en lo establecido en el artículo 26 de la LOGJCC la pertinencia de las Medidas Cautelares. Consecuentemente, a la luz de los hechos cabe considerar que existe verosimilitud fundada de la pretensión, conocida en doctrina como el *fumus bonis iuris*, en virtud de la situación fáctica que ha expuesto el accionante, ya que a pesar que Fiscalía ha dispuesto que se entregue el cadáver a sus padres, no ha sido posible enterrarlo desde hace más de dos meses y por tanto la no posibilidad de ser inhumado o enterrado porque existe una inscripción de nacimiento, un informe estadístico de defunción fetal y no se cuenta con el formulario estadístico de defunción INEC, por los argumentos expuestos, vulnerándose derechos constitucionales, tales como el derecho a la vida digna, integridad personal, e intimidad personal y familiar garantizados en el Art. 66 de la Constitución de la República,

así como en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, que son de irrestricta y obligatoria aplicación para el Estado Ecuatoriano, por tanto es un deber primordial el garantizar el goce efectivo de los mismos. El Art. 11.3 de la Constitución señala: “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”; de igual forma, el Art. 11.8 ibídem, indica: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. (...)”; Art. 11.9 ibídem dice: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; Art. 66.2 ibídem: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”; así como los consagrados en los instrumentos internacionales, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos. Finalmente, en el caso sub examine, de los hechos dados a conocer a esta Autoridad, se advierte que cumplen con los preceptos que exige la ley, por lo que, al amparo de lo preceptuado en los Arts. 26, 27, 28, 29, 32, 33 y 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y según lo establecido en el Art. 12 del Reglamento para la Gestión de Cadáveres, Mortinatos, Piezas Anatómicas, Osamentas Humanas y Regulación del Funcionamiento de los Establecimientos que prestan Servicios Funerarios, que faculta a la autoridad sanitaria disponer la inhumación o cremación inmediata de los cadáveres humanos, argumentado por la parte accionante RESUELVO, conceder la petición de medidas cautelares solicitadas por Yessenia Alejandra Gomez Chumbi, madre de Abril Gomez Ian Isaul, conjuntamente con la Coordinación General Defensorial Zonal; y para el efecto se dispone que el Ministerio de Salud Pública autorice de manera inmediata, en el término máximo de 72 horas, la inhumación del cuerpo de Abril Gomez Ian Isaul con NUI 1759572785, a fin de que sus padres decidan la forma y modo de realizar el entierro, para lo cual a través de Secretaría ofíciese a las entidades respectivas para que den cumplimiento a lo dispuesto por esta Autoridad, como medida cautelar. En base a la naturaleza y fin de la medida, póngase en conocimiento de la suscrita el cumplimiento íntegro de la misma, sin perjuicio de que Fiscalía realice la investigación del caso con la debida diligencia a la que están obligados los funcionarios públicos, para lo cual se dispone oficiar a la Fiscalía General del Estado para que se lleve a efecto el debido proceso en la investigación que se ha puesto en conocimiento de dicha entidad, garantizándose el principio de celeridad y debida diligencia. Se concede 48 horas para la legitimación de la intervención al representante del Ministerio de Salud. Tómese en cuenta la casilla judicial 1213 y casilla electrónica 02317010006, correos electrónicos: marcelo.ocana@msp.gob.ec raul.duque@msp.gob.ec consignados en audiencia. Agréguese al proceso los escritos que anteceden y en atención a los mismos tómese en cuenta el contenido de los mismos; los casilleros y correos

electrónicos, así como las autorizaciones conferidas. Ejecutoriado que sea el presente auto, conforme establece el Artículo 38 del cuerpo legal invocado, remítase copia certificada a la Corte Constitucional. Notifíquese y Cúmplase