UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TITULO:

LA LEX ARTIS COMO FUENTE DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA MÉDICA

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PENAL

AUTORES:

Jessica Alexandra Vergara Letamendi

Juan José Núñez del Arco Serrano

TUTOR:

Mag. Santiago Alejandro Ortega Gomero

SAMBORONDÓN, 10 MAYO 2022

Resumen

Mediante el presente trabajo de grado determinamos la necesidad y utilidad de la implementación en el Código Orgánico Integral Penal de criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable en los casos de homicidio culposo por mala práctica médica, y lo hicimos mediante un análisis integral de la doctrina y jurisprudencia que trata la prueba científica, el deber objetivo de cuidado, los tipos penales en blanco, el principio de legalidad y la valoración de la prueba. Con lo cual nos fue posible determinar que debido a la falta de criterios de selección respecto de la *lex artis* disponible para el caso de estudio, causa que los magistrados ecuatorianos estén impedidos de cumplir los criterios de valoración de la prueba establecidos en el Art. 457 del referido texto normativo. Por tanto, luego de aplicar el enfoque metodológico racionalista y un análisis inductivo a partir de técnicas cualitativas, concluimos que el juez al momento de elegir la *lex artis* aplicable al caso concreto, debe analizar respecto de las opciones disponibles, su actualidad, especialidad, grado de comprobación y nivel de riesgo, a fin de seleccionar objetivamente la *lex artis* que más se adapte a las circunstancias fácticas del caso, lo que, además, le permitirá emitir una decisión de una alto nivel científico y objetivo.

Palabras Clave: Homicidio por mala práctica médica; deber objetivo de cuidado; *lex artis*; tipo penal en blanco; criterios científicos de la prueba.

Abstract

Through this degree paper, we stablish the need and usefulness of the implementation, in the Ecuadorian Criminal Code, of selection criteria, regarding the *lex artis* applicable in cases of medical manslaughter. It was carried out through a comprehensive analysis of the doctrine and jurisprudence about scientific evidence, the standard of conduct of a law abiding person, unclear provisions in criminal codes, the precision and legality principles, and the analysis of evidence according to scientific standards. We were able to determine that, due to the lack of objective selection criteria regarding the *lex artis* available for the case study, this causes the Ecuadorian judges to be prevented from complying with the evaluation criteria stablished in the article 457 of the aforementioned Code, regarding the current degree of scientific acceptance of the principles on which the expert reports are grounded on. Therefore, after applying the rationalist methodological approach and an inductive analysis based on

qualitative techniques, we conclude that the judges, when choosing the *lex artis* applicable to the specific case, must analyze the available options, their current status, specialty, degree of verification and level of risk, including the factual reality of the circumstances of each case, in order to objectively select the *lex artis* that best suits the factual circumstances of the case under their judgment, which, in addition, will allow them, to issue a ruling according to high scientific and objective standards.

Key Words: Medical manslaughter, standard of conduct of a law abiding person, *lex artis*, unclear law provisions, cientific standars for evidence.

Introducción

Las normas penales se caracterizan por tener dos elementos dentro de su estructura, esto es, un supuesto de hecho y la legítima consecuencia jurídica; sin embargo, existen ciertos ámbitos que por su alto nivel técnico y científico no pueden ser regulados por el derecho penal, sino que, en realidad, la ley penal se limita a ejecutar una remisión hacia los instrumentos que abarcan el contenido propio de los referidos ámbitos. Así, surgen los llamados tipos penales en blanco, a partir de los cuales se evidencia que el legislador se apoya en otras disposiciones para que la estructura del tipo se encuentre completa. Dentro del Código Orgánico Integral Penal existen varios tipos penales en blanco, pero el que nos interesa para el desarrollo del presente trabajo es el contenido en el artículo 146 del prenombrado código, esto es, el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional. A modo de aclaración, por considerar que el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal alberga diversas profesiones, diremos que nuestro trabajo se centrará exclusivamente en el caso del homicidio culposo por mala práctica médica.

Nuestra investigación nos ha permitido conocer diversos antecedentes del delito de homicidio culposo por mala práctica médica, por tanto, lo natural y normal sería que todos esos antecedentes sean plasmados por los autores en el presente trabajo; sin embargo, debido a la relevancia y gravedad del hecho, nos limitaremos a desarrollar integralmente un único antecedente que le permitirá conocer al lector el origen del referido delito en nuestro país.

Lamentablemente, en Ecuador no es raro que tengamos que introducirnos en una historia nefasta para hablar de cuestiones jurídicas, pues, la implementación legislativa del delito homicidio culposo por mala práctica médica está precedida por una muerte trágica. Así, obligatoriamente debemos exponer la historia de la señorita Laura Albán Cornejo. En la ciudad de Quito, el 13 de diciembre de 1987 la señorita Laura Albán Cornejo, debido a que su salud estaba seriamente deteriorada, acudió hasta las instalaciones del Hospital Metropolitano para ser atendida por los médicos de la mencionada casa de salud. Es así, que el mismo día fue diagnosticada con meningitis bacteriana, por lo cual se ordenó su internamiento en el prenombrado hospital. Los días 14, 15 y 16 de diciembre de 1987 transcurrieron con una aparente tranquilidad para la señorita Albán Cornejo, pues, su condición médica se fue estabilizando, pero todo cambió la noche del 17 de diciembre de 1987 donde la referida

ciudadana mostró un cuadro agudo de dolor, por lo cual el médico residente suministró a la señorita Laura Albán Cornejo diez miligramos de morfina, provocando que la referida ciudadana muera el 18 de diciembre de 1987 a la 01:30 de la mañana. Luego de las investigaciones correspondientes, se pudo determinar que los galenos que estaban a cargo de la señorita Albán Cornejo actuaron negligentemente, debido a que, bajo los parámetros científicos aplicables a la época, la aplicación de morfina en pacientes con meningitis está contraindicada, es decir, que la señorita Susana Albán Cornejo murió porque los médicos le suministraron morfina de manera negligente. El caso descrito, constituye el punto de partida de lo que hoy conocemos como delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, dado que, la República del Ecuador se comprometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a incorporar en su legislación penal la mala *praxis* médica.

A pesar de que el compromiso estatal descrito en renglones anteriores se dio en el año 2007, el Ecuador, recién con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, esto es, el 10 de agosto de 2014, insertó dentro de su legislación penal a la mala praxis médica y lo hizo bajo el rótulo de homicidio culposo por mala práctica profesional.

Cabe advertir que el presente trabajo no busca analizar el contenido del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, sino que, en realidad, lo que se quiere es mostrar que hoy en día existen innumerables instrumentos extrapenales que sirven para la resolución de los casos de mala *praxis* médica, sin que sea posible verificar la existencia de criterios normativos que permitan a los jueces elegir adecuada y objetivamente la *lex artis* médica aplicable al caso concreto. Aquello, debido a que, en los casos de homicidio imprudente por mala práctica profesional, toda ciencia o profesión nos va a remitir a un estatuto o guía que rige la actuación del profesional de la salud. En el caso médico, la *lex artis*, que es de interés de este trabajo investigativo, al estar referida en el tipo penal estudiado, no se encuentra dentro de un esquema jerarquizado de normas, como para poder encasillarla en una u otra categoría; sin embargo, definitivamente es una norma de carácter científico que contiene preceptos y procedimientos que han sido desarrollados con el avance de la ciencia. Son, ineludiblemente, normas de cuidado de obligatorio acatamiento por parte de los médicos, a las que los distintos códigos nos remiten como normas de diligencia, debiendo reconocerse, eso sí, que se deja abierta la puerta al escogimiento de cualquier *lex artis* médica de todas las aplicables al caso concreto.

De este modo, advertimos que el problema jurídico que se va a abordar en el presente trabajo de titulación consiste en analizar si el criterio de valoración de la prueba denominado como grado actual de aceptación científica que se encuentra estatuido en el Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal, faculta a los magistrados a realizar una libre selección respecto de toda la *lex artis* disponible para los casos de homicidio culposo por mala *praxis* médica o, si por el contrario, requiere la implementación legislativa de criterios científicos y objetivos que permitan verificar que las elecciones realizadas por los jueces sean las adecuadas, neutralizando así las actuaciones arbitrarias y poco técnicas de los letrados, que surgen precisamente de la existencia de este tipo penal en blanco. La realidad jurídica ecuatoriana, marca que en la actualidad, existen diversos casos de homicidio por mala práctica médica, los cuales son resueltos en base a las normas científicas libremente seleccionadas por el juez que en ocasiones no son las adecuadas para el caso que se resuelve, es decir, que no existe a nivel legislativo una herramienta que permita unificar los criterios de selección, siendo de vital importancia que se resuelva el problema jurídico planteado, pues, permitirá la unificación de criterios y la protección del Derecho a la Seguridad Jurídica. Por otro lado, debemos afirmar que el objetivo del presente trabajo consiste en revisar la doctrina, jurisprudencia y legislación aplicable a fin de determinar la viabilidad de la implementación de criterios técnicos para la selección de la *lex artis* disponible en los casos de homicidio culposo por mala *praxis* médica, es decir, que se busca otorgar herramientas a los magistrados para que puedan cumplir con los criterios de valoración de forma acertada.

Indudablemente, la tesis que se plantea tiene un alcance práctico, puesto que, la misma busca implementar criterios objetivos para la selección de la *lex artis* disponible en el caso de homicidio culposo por mala práctica profesional, lo cual, a su vez, implica que los jueces tendrán herramientas normativas que deberán aplicar al momento de elegir entre todas las opciones disponibles.

Marco Teórico

Con la evolución del conglomerado social también aparecen nuevas formas de criminalidad, las cuales deben ser inmediatamente reguladas por el legislador a fin de evitar la impunidad, pero, en ciertos casos, debido a la falta de prolijidad del legislador al momento de

regular las nuevas formas de criminalidad o por la estructura compleja de los nuevos comportamientos sociales, se adoptó la fórmula del reenvío, es decir, que el legislador para determinar el supuesto de hecho de un tipo penal remite tanto a los justiciables como a los magistrados a otras normas; en el marcado supuesto, estamos frente a los llamados tipos penales en blanco (Reyna, 2015, p. 33).

Con relación a las normas penales en blanco, el maestro Miguel Abel Souto (2005) se ha pronunciado ya sobre la problemática que entraña esta falta de expresión íntegra de la conducta delictiva. Considera que existen dos categorías, las propias e impropias. Las propias o también denominadas por el autor como auténticas, son las que remiten a una instancia legislativa inferior, como los reglamentos. Las impropias, por su parte, remiten a cuerpos normativos diferentes al cuerpo normativo penal, sean del mismo rango o de carácter internacional. La interpretación de carácter restrictivo y restringido es la que debe primar, aun en estos casos donde el contenido del tipo penal es completado por otra norma (Pérez Daza, 2009).

Lo último tiene amplio sentido lógico, pues, de acuerdo con los postulados de la dogmática penal, los tipos penales son también conocidos como leyes penales preceptivas, es decir, que deben ser interpretadas de forma literal, lo cual es recogido correctamente por el prenombrado autor.

Contrario a lo anterior, el Principio de Legalidad sostiene que los tipos penales obligatoriamente debe ser claros, expresos, completos y unívocos en relación a la conducta que buscan regular, por lo cual, el legislador no puede realizar una descripción típica imprecisa u obscura. De la idea anterior surge el Principio de Máxima Taxatividad, el cual establece que la tipificación de una conducta debe realizarse de la forma más precisa posible, a tal punto que el tipo penal debe contener por sí mismo tanto el supuesto de hecho como la legítima consecuencia jurídica, en consecuencia, irrespetar el postulado descrito en renglones anteriores afectaría la división de poderes, pues, al momento de realizar la interpretación de los tipos penales, los magistrados asumirían las funciones propias de los asambleístas o legisladores (Jauchen, 2013, p. 95). Por su parte, la Doctora María Paulina Araujo (2023) determina que el Principio de Legalidad en su arista formal implica que las normas penales solo emergen luego de haberse agotado el procedimiento de ley, mientras que, en su arista material, que es la dimensión que interesa en el presente trabajo, implica que la norma penal debe ser clara,

autónoma y unívoca. La tensión descrita toma relevancia en la presente investigación porque abarcamos una infracción contenida en una norma considerada como un tipo penal en blanco, cuya existencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es totalmente válida, pues, tal como lo ha expresado la Doctora María Paulina Araujo (2023) los tipos penales en blanco son permitidos siempre que lleven a ámbitos científicos del Derecho y la remisión sea específica.

Dentro de la presente investigación, la idea de que la remisión de los tipos penales en blanco debe ser concreta y específica se torna fundamental, porque lo que buscamos exponer es que dentro de la realidad jurídica ecuatoriana se han irrespetado los parámetros dogmáticos necesarios para la validez de los tipos penales en blanco, pues, en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, la remisión que realiza el legislador es abstracta, lo cual permite que la idea aportada por la referida autora se vuelva una posible fórmula para solucionar el problema investigado.

La correcta formulación o tipificación a la que hemos hecho referencia permite que las decisiones judiciales respeten el llamado Principio de Congruencia, el cual para efectos de la presente investigación, debe ser considerado como el fundamento metódico de las causas jurisdiccionales, esto es, que el referido principio tiene como finalidad asegurar la decisión tomada obedezca a la realidad del proceso o, lo que es lo mismo, la relación entre acusación y decisión. Por otro lado, advertimos que el Principio de Congruencia puede verse afectado debido a la inadecuada tipificación del comportamiento que se busca regular, es decir, que si la configuración legislativa de una conducta no es adecuada o suficiente puede causar que se emita una decisión errónea, ante esta situación surge la posibilidad que el propio legislador le otorgue a los magistrados la facultad de completar esa inadecuada configuración legislativa (Moya, 2019 p. 23). Sin embargo, bajo nuestro juicio, es necesario que la referida facultad sea reglada, pues, si se les otorga una libertad absoluta a los magistrados al momento de seleccionar la *lex artis* aplicable pueden verificarse conductas arbitrarias y abusivas por parte de los servidores judiciales, lo cual implica a su vez la posibilidad de que la decisión adoptada para solucionar la controversia sea errada.

Las construcciones teóricas expuestas tienen como finalidad demostrar que en el país la selección de la *lex artis* aplicable no se encuentra reglada, es decir, que su aplicación depende exclusivamente del criterio subjetivo de los funcionarios competentes. Sin perjuicio de aquello, previo a desarrollar el análisis correspondiente sobre el asunto investigado, corresponde establecer que la *lex artis* también identificada como ley del arte, hace alusión a un conjunto de disposiciones, normas o pautas que circulan en el tráfico jurídico como fuentes de estándares científicos, objetivos y demostrables, los cuales son propios del actuar cuidadoso o del buen obrar. Por otro lado, vale destacar que la ley del arte tiene como objetivo la estandarización de procedimientos bajo el marco del cuidado debido (Medina, 2010, p. 297).

En el ámbito médico, la *lex artis* ejerce un rol protagónico, puesto que, sistematiza y adecúa las actuaciones a los estándares científicos aplicables, evitando que se ejerzan procedimientos arbitrarios y erróneos, así como un mal diagnóstico o la realización de intervenciones quirúrgicas cuando existen mecanismos menos riesgosos (Araujo, 2015, pp. 82-83). Dentro de los casos de homicidio culposo por mala práctica médica, los postulados de la *lex artis* son fundamentales, pues, sirven para establecer si la actuación de los profesionales de la salud fue adecuada o no, pero la situación se complica cuando no se han establecido mecanismos objetivos y técnicos de selección respecto de la *lex artis* aplicable al caso concreto. Dicha situación es causada por la evidente falta de técnica legislativa por parte de nuestros asambleístas, quienes realizaron una remisión sin considerar los criterios de especificidad y grado científico necesarios para la correcta configuración de los llamados tipos penales en blanco, tal como lo expresa la Dra. María Paulina Araujo (2023).

Tan importante como el tema de la *lex artis* es el tópico del deber objetivo de cuidado, porque es una institución jurídica que tiene como finalidad que todas las actividades humanas cuya ejecución implica la aparición de cierto nivel de riesgo, sean realizadas observando el cuidado exigido por el ordenamiento jurídico, es decir, que la prenombrada figura busca que no se aumente el nivel de riesgo permitido normativamente. (Reyna, 2015, p. 60).

En cuanto a los aspectos esenciales o fundamentales del deber objetivo de cuidado debemos establecer que, por un lado, se encuentra el deber de cuidado interno, el cual hace referencia a la obligación que tiene el individuo de advertir de forma previa el peligro y su

gravedad; mientras que, por el otro, se encuentra el deber de cuidado externo, que obliga al ciudadano a comportarse o actuar de acuerdo con los lineamientos establecidos con anterioridad por la norma de cuidado aplicable. (Mir, 2016, p 299).

Para el Profesor Juan Carlos Salazar Icaza, el deber objetivo de cuidado es objetivo y normativo, por tanto, debe ser ponderado por fuentes como es la propia ley, la ciencia y la técnica; y, además, que este deber objetivo de cuidado debe ser de una relación en específico, pues no es posible establecer una regla absoluta de debido cuidado. Agrega el autor, que la cuestión se complica un poco más, cuando, en la actividad profesional médica, consideramos que existe trabajo en equipo o división de tareas, en donde surge como relevante, el Principio de Confianza desarrollado por las cortes alemanas y españolas (Salazar, 2021, 163-167). Para Diego Manuel Luzón Peña, en los casos de trabajo en equipo, se debe distinguir de las funciones coordinadas y jerarquizadas (Luzón Peña, 2016).

Con relación a la infracción al deber objetivo de cuidado, elemento de obligatorio análisis en las conductas imprudentes, el profesor Diego Manuel Luzón Peña, considera que, en la actualidad, es el núcleo esencial de la conducta imprudente y lo que constituye su desvalor de acción, muy aparte de si es consciente o inconsciente, pues anteriormente, la imputación del resultado se basaba en la mera causación del mismo, aplicando criterios objetivos sobre lo físico. Esta forma de tipificación tan abierta, considera el autor, nos presenta el problema respecto de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad, alejándose de la certeza y precisión que exige cada tipo de injusto, y que, si bien, al Derecho Penal se lo ha dotado de normas que permiten realizar un análisis objetivo, en estos casos nos encontramos ante ese riesgo, donde las reglas de la valoración de la prueba juegan un papel importante al reforzar la precisión en el análisis como ejercicio de subsunción (Feijoo, 2000; Vallejo, 2014; Bernate, 2008).

El problema de investigación abordado tiene más de una complicación, pues, en el ámbito de la autoría y participación, el delito de homicidio culposo por mala práctica médica presenta varias dificultades, a tal punto que se debe distinguir además de los roles la relación existente entre el equipo médico, esto es, que se debe identificar si se trata de una relación horizontal o vertical, relaciones que principalmente obedecen al grado de preparación académica de los miembros del equipo médico. Así, una relación horizontal se da entre pares, es decir, entre miembros que cuentan con la misma preparación académica y el mismo grado

jerárquico, por ejemplo, la relación que existe entre colegas médicos; mientras que, una relación vertical se da cuando uno de los integrantes es subordinado, por ejemplo, la enfermera que es subordinada del médico (Borja y García, 2022, p. 39). Para resolver esta especial complicación es elemental que se seleccione la *lex artis* adecuada, porque aquello permitirá definir las actividades propias de cada miembro del equipo médico independientemente del tipo de relación que exista entre los mismos.

La doctrina alemana, sobre todo, con miras a establecer un sistema normativo que brinde los criterios valorativos, y, además, para garantizar un actuar objetivo de Fiscalía y de los jueces, concluye, que se deben aplicar, además, instituciones propias de la teoría de la imputación objetiva, que, en el derecho penal moderno, refuerzan el trabajo hecho por los operadores de justicia para la imposición de sanciones en asuntos criminales. En el modelo funcionalista de derecho penal vigente, se han establecido parámetros para realizar una imputación del resultado, con base en categorías recogidas en la Teoría de la Imputación Objetiva creada por Claus Roxin, que fue posteriormente comentada por Gunther Jakobs, pero aterrizadas a las circunstancias en las que el elemento subjetivo del tipo sea la imprudencia, pues su contenido es distinto, al del dolo típico. Estas reglas dogmáticas tienen como finalidad que se procese penalmente a una persona, bajo un análisis que parta de las acciones penalmente relevantes, lo que se determina con base en un examen sustentado en los distintos elementos que forman parte de la Imputación Objetiva, como son, adecuación o que sea objetivamente previsible *ex ante*, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y, que el fin de protección de la norma encaje con el resultado causado (Luzón Peña, 2016).

Lo anterior, sobre todo, nos sirve para delimitar el ámbito de análisis del presente trabajo, pues, como hemos marcado en renglones anteriores se analizará el delito de homicidio culposo por mala práctica médica, pero en realidad nuestro análisis tendrá un campo de acción mucho más reducido, dado que, nos centraremos en el momento en el que el juez dentro de un proceso penal por homicidio imprudente por mala *praxis* médica debe elegir una de las dos o más *lex artis* que ha sido puesta a su disposición gracias a la actividad probatoria de las partes, y lo hará a pesar de no contar con criterios objetivos de selección que le permitan escoger la opción científica más adecuada para el caso, es decir, que el juez al realizar el juicio de imputación, utilizará su fuero interno en asuntos científicos donde prima la objetividad. En el mismo orden de ideas, corresponde manifestar que nuestro desarrollo argumentativo en el

presente apartado se centrará en determinar si la selección de la *lex artis* que delimita el deber objetivo de cuidado en los casos de homicidio culposo por mala *praxis* médica, debe hacerse de manera libre o si por el contrario requiere la implementación de criterios técnicos de selección.

Estado de Arte

El problema de investigación abordado por los autores constituye un tópico absolutamente nuevo en el país, dado que, nuestro legislador poco ha dicho sobre la prueba científica en general y sobre los criterios de selección de la *lex artis* en particular. Ahora bien, resulta obligatorio advertir al lector que el límite en el desarrollo de nuestra investigación viene dado desde el título del presente trabajo de titulación, es decir, que en el presente apartado expondremos la ideas más relevantes y actuales sobre necesidad que implica la existencia de criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable de cara a una adecuada Administración de Justicia.

Los jueces tienen una formación muy amplia en el ámbito jurídico, pero en otras ramas, deben recurrir a terceros expertos, es decir, que existen ciertos ámbitos que por su alto grado de especialidad serán desconocidos por los magistrados, donde lo correcto es que los jueces sean conscientes de los límites propios de su cultura no jurídica. Aquello, a nivel procesal implica que los jueces en ciertos casos deben apoyarse en la prueba científica, la cual debe ser entendida como el empleo del conocimiento científico dentro del proceso para demostrar un hecho que por su complejidad requiere que se utilicen nociones científicas (Taruffo, 2008, pp. 277-278).

El asunto de la prueba científica en el ámbito penal ha generado ciertos problemas a nivel doctrinario y práctico, piénsese, por ejemplo, en el hecho de que toda prueba científica debe ser introducida al proceso penal mediante el medio de prueba pericial, aun cuando no toda pericia es una prueba científica, pues, existen pericias que requieren competencias técnicas y no científicas. Por otro lado, la realidad fáctica muestra que las partes seleccionan a los peritos

y cubren sus honorarios, provocando que el dictamen profesional de éstos responda exclusivamente a cuestiones económicas y no científicas; así, surgió la necesidad de que los magistrados realicen un control preliminar de las pruebas científicas que serán admitidas en el proceso penal. Agrega el autor, que existen ciertas pruebas científicas que se forman fuera del proceso, es decir, que las referidas pruebas se confeccionan fuera de la regulación que la ley penal hace sobre la prueba pericial, no siendo esto un impedimento para que sean utilizadas válidamente en el proceso; considérese, por ejemplo, a la *lex artis* debido a que contiene parámetros de debida diligencia que fueron obtenidos mediante pruebas o experimentos de laboratorio ajenos al proceso (Taruffo, 2008, p. 279).

Quizás uno de los aportes más significativos que existe hasta la actualidad respecto de la implementación de criterios para la admisión de pruebas científicas, ocurrió en 1993 cuando el Juez Blackmun implementó cuatro criterios que los magistrados deberían aplicar para admitir o excluir una determinada prueba científica, los cuales consisten en la controlabilidad de la teoría científica, el porcentaje de error de la técnica aplicada, el control de la teoría por parte de otros expertos y la existencia de un consenso general de la comunidad científica. En lo posterior, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos amplió el ámbito de aplicación de los referidos criterios, a tal punto que los mismos actualmente se emplean respecto de las normas técnicas (Taruffo, 2008, pp. 283-284).

Los referidos criterios han sido reproducidos por la jurisprudencia de varios países del mundo, incluso el legislador lo ha recogido como criterios para la admisibilidad de la prueba científica; sin embargo, en los últimos años aquella idea de la prueba científica como una herramienta de orientación de las decisiones judiciales ha sido modificada y ampliada a tal punto de que hoy en día se busca determinar la fiabilidad de los métodos y técnicas existentes (Vázquez, 2022, p. 274). En consecuencia, resulta evidente que en la actualidad lo que se busca es determinar si las técnicas aplicadas son las correctas o no.

Dentro de la revisión de los principales aportes del tema, corresponde analizar la tesis de Wilson Espín Rosales (Espín, 2016, p.16), quien dentro de su construcción teórica aborda el tema de la responsabilidad penal por mala *praxis* médica afirmando que la construcción

legislativa respecto de los delitos imprudentes siempre es incompleta, es decir, que a criterio del autor los magistrados tienen la obligación de establecer los parámetros necesarios a fin de determinar si se ha infringido o no el deber objetivo de cuidado. Aclara acertadamente el autor que los magistrados no crean las herramientas que configuran el cumplimiento o no del deber objetivo de cuidado, sino que, solo las eligen porque aquellas existen antes del caso. En este punto, debemos afirmar que en el presente trabajo nos alejamos de la idea del prenombrado autor, puesto que, bajo nuestro juicio, no solo los jueces son los que determinan lineamientos del cumplimiento o no del deber objetivo de cuidado, pues, dentro de nuestro sistema procesal es el Ministerio Público el encargado de establecer dentro de su imputación la *lex artis* presuntamente vulnerada, es decir, que la Fiscalía encausa los parámetros que posteriormente observarán los jueces respecto de la vulneración o no del deber objetivo de cuidado. Además, aclaramos que bajo los lineamientos del COIP, los jueces no están facultados para determinar los parámetros del deber objetivo de cuidado, sino que, en realidad, los mismos ya vienen dados por el legislador, pero lo que sí es facultad de los magistrados es determinar cuál o cuáles son las normas técnicas o *lex artis* aplicables al caso, de entre las propuestas por la acusación fiscal y defensa.

Otra de las discusiones que surgen a partir del problema que se investiga, tiene que ver con que para cierta parte de la doctrina el hecho de que los delitos imprudentes sean tipificados como tipos penales que consideran, más bien abiertos, irrespeta el Principio de Legalidad y la Seguridad Jurídica. Ante esta problemática el autor adopta la solución brindada por Edgardo Donna, quien manifiesta que la tipificación de los delitos imprudentes respeta el Principio de Legalidad por el simple hecho de que se encuentran descritos en la ley penal, y, por otro lado, respeta la Seguridad Jurídica porque protege determinados bienes jurídicos (Espín, 2016, p.17). Respecto a dichas afirmaciones, debemos manifestar que los delitos imprudentes no son tipos penales abiertos sino más bien se trata de tipos penales en blanco, los cuales son permitidos y recogidos en gran medida por el COIP; por otro lado, nosotros nos alejamos de las ideas del afamado autor argentino, pues, bajo nuestro juicio, tal como lo hemos mencionado en líneas anteriores, cuando se trata de tipos penales en blanco, es decir, cuando se realiza la remisión, el Principio de Legalidad se respeta siempre que el legislador realice una remisión hacia ámbitos científicos y la misma sea precisa.

Otra cuestión relevante en el desarrollo de la tesis que se analiza ocurre cuando el autor analiza los requisitos legislativos para la configuración de la infracción del deber objetivo de cuidado, donde sostiene que no es factible crear normas generales aplicables a todos los casos y circunstancias, pues, a criterio del autor, necesariamente se debe considerar las circunstancias particulares de cada caso en concreto. Dentro de un análisis más concreto, cuando el autor analiza concretamente el tema de la *lex artis* determina que es una institución que sirve como estándar orientativo para que los magistrados puedan verificar si se ha vulnerado o no el deber objetivo de cuidado, sin embargo, el propio autor manifiesta que la *lex artis* no es rígida, es decir, que es una institución compatible como la libertad de método y que permite la implementación de nuevas y modernas técnicas (Espín, 2016, pp. 30-31). En la actividad de contraste, esta es la cuestión de más alta coincidencia, pues, por un lado, la imposibilidad de crear un método general está dada por el propio legislador cuando establece se realizará un análisis en cada caso de las normas técnicas aplicables y el grado de preparación del equipo médico, por otro, resalta la complicación de que la *lex artis* permite la aplicación de nuevas y modernas técnicas, lo cual no hace más que resaltar la imperiosa necesidad de contar con criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable al caso, dado que, al final del día la decisión de la norma técnica aplicable al caso concreto es lo que realmente determinan los magistrados y no, como se dijo anteriormente, que los magistrados establecían los parámetros mediante los cuales se identificaba la vulneración o no del deber objetivo de cuidado.

A nivel macro, diremos que la tesis analizada expone ideas muy útiles a fin de explicar la configuración legislativa del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, a tal punto que su autor intenta abordar todos los requisitos establecidos por el legislador para que se configure la vulneración al deber objetivo de cuidado, llegando incluso a determinar que el grado de preparación de cada uno de los miembros del equipo médico es fundamental, pues, dependiendo del grado de preparación técnico y académico de cada miembro se exigirá objetivamente un comportamiento correspondiente a su preparación científica (Espín, 2016, p.55). Pero, independientemente de los grandes aportes de la tesis analizada, resaltamos el hecho de que ambas construcciones permiten evidenciar la necesidad de la implementación de criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable al caso concreto, pues, como lo hemos mencionado la configuración legislativa de los delitos imprudentes siempre es incompleta, es decir, que opera la fórmula de remisión la cual permite a los jueces completarla; y, en la

actualidad, por la ausencia de criterios de selección, lo hacen empleando exclusivamente su criterio subjetivo.

Lamentablemente, en Ecuador, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el tema probatorio en general es limitado, más aún si se habla de prueba científica. Nuestro legislador se limitó a decir que el deber objetivo de cuidado se infringe cuando no se aplica la *lex artis* correspondiente, sin establecer criterios de selección. Además, el Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal, establece que uno de los criterios de valoración de la prueba es su grado actual de aceptación científica, sin que se determine ningún parámetro o estándar de esa aceptación.

Planteamiento del problema

El hecho de que el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica médica deba ser completado con la remisión a las normas de *lex artis*, nos lleva a que puede ser ambiguo y contrario a las exigencias de taxatividad y precisión, que consagra el principio de legalidad.

Esto sumado al hecho de que, el juez es conocedor del derecho, más no de otras ciencias técnicas a profundidad, como es la medicina humana, por lo que, con relación a la *lex artis* médica, deberá siempre apoyarse en el criterio de un perito, como ya fue indicado, que suministre las reglas de debido cuidado, para realizar la valoración respecto de la conducta que haya infringido estas normas y su vinculación con el resultado dañoso, lo que conlleva a que, con esto, se complete el contenido del tipo penal en blanco.

Actualmente, en el Ecuador, no existen criterios legislativos que permitan determinar la aplicación o exclusión de una norma técnica respecto de un caso concreto, es decir, que los procesos de homicidio culposo por mala práctica profesional médica se resuelven a partir de la libre selección del juez de una de las *lex artis* aplicables al caso. Surge entonces la siguiente interrogante ¿Implementar dentro del Código Orgánico Integral Penal criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable, permitirá que los jueces eviten dictar sentencias arbitrarias en los casos de homicidio culposo por mala práctica médica con causa en un tipo penal en blanco?

Análisis

Los postulados del principio de legalidad son importantes y deben ser respetados, pero los autores nos alejamos de las ideas del profesor Eduardo Jauchen que fueron oportunamente descritas en el marco teórico del presente trabajo, dado que, consideramos que es posible que existan tipos penales que en su descripción no contengan el supuesto de hecho necesario para completar la estructura propia de las normas penales, por lo cual se torna obligatorio que la referida norma sea completada por otra disposición del ordenamiento jurídico. Por ser pertinente, debemos establecer que la remisión legal debe cumplir ciertos requisitos para su validez, pues, la misma debe hacerse hacia ámbitos científicos y de forma precisa.

Resulta fundamental el entrelazamiento entre las distintas categorías, sistemas y teorías que se ponen de relieve para el análisis del tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, considerando que el derecho penal tiene varias categorías que se van analizando de manera sucesiva, y que, este estudio debe obedecer a la configuración del sistema abierto que caracteriza el derecho penal, donde se analiza la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; sumado a que, en el caso objeto de estudio, además, con el tipo subjetivo imprudente, y, con un tipo penal cuyo contenido es completado por quien ejerce la acusación y luego, por quien toma la decisión, siendo necesario que el análisis a su vez, no sea uno de mera interpretación lingüística, sino que, el juicio de valor sea sometido a los postulados rigurosos que se han venido desarrollando para garantizar una decisión justa.

A pesar de la incertidumbre que genera la falta de especificidad en el tipo penal, se considera necesaria esta complementación vía remisión, pues existen supuestos de hecho que se relacionan con otras materias, como la médica, en el caso que nos ocupa, en las que los cambios científicos surgen de manera vertiginosa, por lo que resalta su utilidad al evitar el estancamiento de la norma penal o su reiterada modificación normativa. No obstante, el procesamiento penal por un delito contenido en una norma penal en blanco, debe ser realizado con base al principio de legalidad y demás categorías dogmáticas propias de la imputación objetiva, que vemos permiten ubicar el análisis dentro de una categoría u otra, para brindar una

mejor solución al caso concreto, herramientas que vienen siendo profundizadas y discutidas desde finales del siglo veinte, precisamente para buscar mayor certeza en las decisiones judiciales.

Además de lo anterior, se debe considerar que la facultad de determinación de la *lex artis* aplicable recae en un primer momento en la o el Agente Fiscal, quien deberá apoyarse en el criterio técnico científico de un perito experto; posteriormente, será el Tribunal de Garantías Penales en el que se radique la competencia, el que decrete en sentencia, cuál es la norma inobservada, y por qué aquella es la pertinente y aplicable, y de qué manera la infracción al deber objetivo de cuidado, se relaciona directamente con el resultado lesivo. Sin embargo, por el peso que conlleva la valoración probatoria de una pericia, son de gran importancia los criterios y límites de la apreciación de la evidencia, junto con los principios y derechos que deben respetarse, como es el de legalidad e interpretación restrictiva de los elementos objetivos del tipo penal, sumados a los postulados de las distintas categorías y principios referidos en párrafos anteriores.

Lo cierto, es que se ha evidenciado que en el Ecuador existe la necesidad de implementar legislativamente criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable a los casos de homicidio culposo por mala práctica profesional, al ser un tipo penal en blanco, puesto que, actualmente se puede evidenciar que los jueces emplean su fuero interno en cuestiones científicas y objetivas para fijar el deber objetivo de cuidado infringido que completa el tipo penal. Hemos dicho en renglones anteriores que la implementación de criterios de selección respecto de las normas técnicas causará que los jueces cumplan con todos los criterios de valoración de la prueba establecidos en el Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal, esto nos permite dejar sentada una idea fundamental, la cual consiste en advertir que no pretendemos que se creen nuevos criterios de valoración de la prueba o que se modifique la dinámica de la actividad probatoria, sino que, en realidad, con la implementación de los criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable a los casos de homicidio culposo por mala *praxis* médica, buscamos conseguir que el juez, en su fuero interno, abra un estadio previo a la fase de valoración de la prueba, a fin de poder determinar objetivamente cuál de las opciones de *lex artis* se debe aplicar al caso concreto, es decir, que mediante el empleo de los referidos criterios se puedan a erradicar las decisiones arbitrarias.

Una vez que hemos justificado la necesidad y utilidad de la implementación legislativa de los criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable en los casos de homicidio culposo por mala práctica profesional, nos corresponde exponer los criterios que a nuestro juicio permitirán una selección adecuada de la norma técnica disponible; así, proponemos los siguientes criterios: **(I)** Actualidad: debido a los constantes avances tecnológicos y científicos, la *lex artis* aplicable deberá ser la más actual entre las opciones disponibles, dado que, aquella implementará las técnicas más sofisticadas y efectivas; **(II)** Especialidad: Debido a la realidad única y específica de cada paciente, *la lex artis* aplicable será la que más se adapta a las circunstancias del caso concreto; piénsese, por ejemplo, en una operación de corazón abierto realizada a un paciente que no tiene cáncer y otra realizada a un paciente que sí tiene cáncer, naturalmente en uno y otro caso, se debe aplicar o no la *lex artis* que contenga la circunstancia del diagnóstico previo de cáncer; **(III)** Alto grado de comprobación: debido a que la actividad médica guarda relación con el bien jurídico más importante que existe, la *lex artis* aplicable será aquella que cuente con más estudios científicos, evitando así que se aplique una técnica innovadora que debido a su poca comprobación puede generar efectos nefastos; y, **(IV)** Menor grado de riesgo: sabemos que todas las técnicas aplicadas por los médicos implican o conllevan riesgos, por tanto, la l*ex artis* aplicable será aquella que implique menos consecuencias nocivas para el paciente.

Bajo nuestro juicio, si los jueces emplean previo a la fase de valoración de pruebas los criterios de selección descritos en el párrafo anterior, la elección de la *lex artis* será la que más se asemeja a las circunstancias del caso, es decir, que objetivamente se determinará los parámetros del deber de cuidado, para a partir de ahí, realizar la valoración de la prueba que respete todos los criterios de valoración establecidos en el Art. 457 ibídem, para luego emitir una decisión adecuada y altamente técnica, respetando el principio de legalidad.

Conclusiones

A modo de conclusiones, exponemos lo siguiente:

- Bajo la configuración de nuestro sistema penal es perfectamente posible que existan tipos penales en blanco, pero aquello sumado a la inexistencia de criterios de selección respecto de la *lex artis* aplicable al caso de estudio, causa que el referido vacío legislativo sea llenado en un primer momento por los Agentes Fiscales y posteriormente por los Tribunales de Garantías Penales, quienes tienen como única brújula a su fuero interno, es decir, que en Ecuador los casos de homicidio culposo por mala práctica médica se resuelven en mérito de cuestiones subjetivas a pesar de que las referidas causas engloban planos objetivos y científicos muy complejos.

- Actualmente los jueces no cuentan con las herramientas necesarias para poder cumplir con todos los criterios de valoración de la prueba establecidos en el Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal, debido a que no se puede hablar de un grado actual de aceptación científica si la *lex artis* seleccionada es obsoleta, esto es, que estamos frente a un error estructural de nuestro sistema procesal penal.

- Los criterios de valoración de la prueba ya fueron determinados por el legislador en la ley penal y no proponemos su modificación, tampoco buscamos que se altere la dinámica probatoria de nuestro proceso penal, sino que, en realidad, pretendemos que el juez en su fuero interno abra una fase preliminar antes de la etapa de valoración de la prueba, a fin de elegir mediante los criterios de selección la *lex artis* que debe aplicarse al caso concreto.

- Los criterios de selección que el juez debe aplicar al momento de elegir la *lex artis* aplicable para los casos de homicidio culposo por mala práctica médica, consisten en verificar la actualidad, especialidad, grado de comprobación y nivel de riesgo de la *lex artis* puesta a juicio del letrado. Lo cual, posibilitará que se respete la seguridad jurídica,

que se emitan decisiones objetivas de alto nivel científico y que se erradique la nefasta práctica judicial de tomar decisiones bajo aspectos puramente subjetivos, causando una gran diversidad de criterios.

Referencias Bibliográficas

Abel, M. (2005). Las leyes penales en blanco. *Nuevo Foro Penal,* 68, 13.

Araujo, M. (11 marzo - 16 de abril de 2023). *Dogmática Penal.* Maestría de Derecho Penal. Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Samborondón, Ecuador.

Araujo, M. P. (2019). *Vademecúm de Responsabilidades del Area de Salud en el Ecuador. Quito, 82-83.* Corporación de Estudios y Publicaciones.

Bernate, Francisco (2008). Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XI (21),65-80.

Borja Pozo, A y Garcia Amado, J. (2022). *Responsabilidad Jurídica Médica*. Universidad Católica de Cuenca.

Espín Rosales, W. G. (2016) *La responsabilidad penal en la mala practica medica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria.*[Tesis de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Andina Simon Bolivar]. https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5388/1/T2105-MDP-Espin-La%20responsabilidad.pdf

Feijóo, B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*. 21, (69), 37–76.

Jauchen E. (2013). *Derechos del imputado*, 95, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Luzón Peña, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General. 283.* Tirant lo Blanch, Valencia.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal: parte general, 299.* Editorial B de f Montevideo - Buenos Aires.

Medina, J. L. (2010). *Eutanasia e imputación objetiva en derecho penal.* Lima; ARA.

Moya Vargas, M. F. (2019). El Principio de Congruencia en los Procesos Penales. Una Reconsideraciones Basada en la Simiótica Jurídica. *Revista Derecho Penal y Criminología 40(109) 13-76*

Pérez, *A. (2009). Imputación Objetiva En Los Deberes De Cuidado Hacia Una Fundamentación Del Principio De Confianza. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLII (126),1373-1428.*

Reyna Alfaro L. (2015). *Tratado Integral De Litigación Estratégica, 33, 60.* Editorial Temis S.A. Bogotá.

Salazar Icaza, J. (2021) *Derecho Penal, Parte General. 163-167.* Editorial Edino, Ecuador.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. 277-284. Marcial Pons.

Vallejo, G. (2014). Alcances Del Principio De Confianza En La Actividad Médica. *Ratio Juris*, 9(19),53-76.

Vázquez, C. (2022). Informe al presidente. Ciencia forense en los tribunales penales. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, (3), 274-480.