

Comisión 3

Principios procesales: estado actual y visión crítica

Tema: **Adaptabilidad de las formas y acuerdos procesales**

Título: **“ADAPTABILIDAD DE LAS FORMAS Y TUTELA DE LA REALIDAD COMO HERRAMIENTAS CLAVES PARA BRINDAR UNA SOLUCIÓN SUPERLATIVA EN AMPAROS DE SALUD”**

Autora: Kissner, Cristina Elisa*

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la U.N.M.d.P.; Especialista en Derecho Procesal, egresada de la UBA; Ayudante Graduada en Cátedra de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la U.N.M.d.P.; Miembro del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (Auxiliar Letrada de la Unidad de Defensa Civil Nro. 6 del Depto. Judicial de Mar del Plata); Vicedirectora del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

Domicilio: San Martín Nro. 3425 – (7600) Mar del Plata -
Teléfono: 233-5138032

E-Mail: cristinakissner@gmail.com

Sumario: INTRODUCCIÓN. MODELAR LAS FORMAS PROCESALES CON LA FINALIDAD DE UN PROCESO EFECTIVO. PRINCIPIO DE TUTELA DE LA REALIDAD. CONCLUSIÓN.

Síntesis de la propuesta: En esta ponencia se pretende demostrar como el principio de adaptabilidad de las formas procesales, aplicado al proceso de amparo resulta una herramienta útil al funcionamiento de una jurisdicción protectoria de tutela a los sujetos más vulnerables. Cobra un protagonismo especial el principio de tutela de la realidad, el que oriundo del derecho de familia, se replica en los procesos urgentes con intervención de personas vulnerables, para garantizar no sólo el acceso a justicia, sino también la utilidad de la sentencia.

Concretamente se propone:

1.- El principio de adaptabilidad de formas es aplicable a los procesos de amparos de salud, particularmente en los siguientes supuestos:

a.- Para acreditar la personería o representación cuando el legitimado activo es un sujeto vulnerable (por ejemplo, persona que se halla en estado de coma, o que a raíz de un accidente perdió sus facultades mentales, o bien que se encuentre por alguna razón médica en aislamiento total);

b.- En el caso de enfermedades crónicas, progresivas o degenerativas, cuando se modifica la terapéutica que motivó la promoción de la acción judicial o cambian las circunstancias fácticas durante el transcurso del proceso. En ese caso el principio de adaptabilidad de las formas nos permitirá adecuar el objeto del proceso con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención jurisdiccional y la operatividad del derecho material.

2.- El principio de *“tutela de la realidad”*, nacido en el derecho de familia, puede extrapolarse al Derecho Procesal. Este principio es aplicable a los procesos de amparos en salud, con intervención de personas en situación de vulnerabilidad, con las siguientes particularidades:

a.- Un amparo de salud con sentencia judicial firme y consentida (cosa juzgada).

b.- Una sentencia que ha perdido su vigencia ya que el avance científico y tecnológico indica un cambio en la medicación u otras opciones terapéuticas desconocidas en la época de sustanciación del proceso.

c.- La obra social, empresa de medicina prepaga y/o el organismo público se niega a cubrir dichos nuevos tratamientos.

2.1. - Mediante este principio es factible:

a.- Extender la vigencia temporal de la sentencia adaptándola a la nueva realidad sin necesidad de promover un nuevo proceso de amparo.

b.- Se debe garantizar una mínima bilateralidad, mediante un traslado a la parte condenada, dentro del mismo expediente, con copias de la petición.

I.- INTRODUCCIÓN

La crisis económica y social en la que se encuentra sumergido nuestro país ha provocado el deterioro de muchas instituciones y este resquebrajamiento ha repercutido, en particular, en el servicio de salud, tanto público como privado. Ello se ve reflejado en la cantidad de amparos de salud que habitualmente se promueven, ya sea contra empresas de medicina prepaga, obras sociales y organismos públicos.

En algunos casos, antiguos procesos de vieja data son desempolvados y continúan su trámite con denuncias de nuevos incumplimientos de añosas sentencias o bien, re editan reclamos que se suscitan entre las mismas partes, con motivo de la misma patología o enfermedad, pero que, tras el avance de la ciencia o el progreso de la enfermedad del paciente provocan un cambio en la terapéutica, negándose el agente de salud a cubrir estos nuevos tratamientos prescritos a antiguos pacientes.

Esta es una realidad habitual en la Unidad de Defensa Oficial en la que me desempeño¹, en la que se brinda asesoramiento jurídico a personas carentes de recursos económicos, imposibilitados de acceder al servicio de un letrado particular.

De modo que el destinatario del servicio de justicia en este tipo de casos es sin dudar, un sujeto en situación de vulnerabilidad: económica, social y en razón de la enfermedad que padece. De Lázzari definió a las personas vulnerables como “aquellos grupos de personas o sectores de la población que por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven disminuidos en el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. Exhiben objetivamente características de desventaja, por distintas razones: edad, sexo, orientación sexual, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental, condición económica, posición social, política, ideológica e institucional. Son vulnerables todos aquellos que ven menguados sus derechos humanos,

¹ Unidad Funcional de Defensa Oficial Nro. 6 del Departamento Judicial de Mar del Plata.

tomando como punto de comparación la capacidad de que gozan al respecto otras personas que no presentan tales dificultades”².

En este trabajo intentaré ofrecer algunas soluciones posibles halladas a partir del principio de adaptabilidad de las formas procesales, trazadas sobre la base de un proceso con intervención de sujetos vulnerables y con la finalidad de lograr la tutela judicial efectiva que pregonan el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

II.- MODELAR LAS FORMAS PROCESALES CON LA FINALIDAD DE UN PROCESO EFECTIVO

Sabemos que el proceso es un método de debate. Y como tal, contiene reglas a las cuales los sujetos procesales deben ajustar su conducta. Así, las formas procesales brindan seguridad, garantizan la igualdad y el orden en el proceso. Pero llevar la formalidad al extremo, siendo inflexibles en supuestos donde es la propia forma la que excluye al ciudadano que necesita recurrir a la jurisdicción en busca de protección, resulta claramente contrario al fin pretendido.

Es que las formas no constituyen un fin en sí mismas, reconociéndose la posibilidad de adecuarlas a las particularidades del caso, flexibilizando las reglas legales o fijándolas directamente, adoptando cualquier modo apto conducente a la obtención del fin³.

Recuerdo con mucha nitidez cuando en una conferencia el distinguido Dr. Roland Arazi, hacía mención a que en algunos casos el juez, cuando llamaban a su puerta, no debía preguntar *¿quién es?*, sino ... *¿qué quiere?*

En este sentido, a veces nos encontramos con dificultades para acreditar la personería o representación del legitimado activo y en estas ocasiones de ninguna manera puede aceptarse que formas rígidas, creadas o pensadas para regular situaciones habituales impidan el acceso a justicia de personas que, en situación de vulnerabilidad social, no pueden justificar

² Berizonce, Roberto O. – Mossmann, María Victoria. “Convenios y acuerdos procesales y situaciones de vulnerabilidad”, RCCyC 2020 (mayo), 04/05/2020, 247 Cita Online: AR/DOC/789/2020 TR LALEY AR/DOC/789/2020

³ Berizonce, Roberto, “El principio de legalidad bajo el prisma constitucional”, L.L. 2011-E-1144.

(conforme la estricta letra de la ley) la representación que ejercen.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de una persona que se halla en estado de coma, o que a raíz de un accidente perdió sus facultades mentales, o bien que se encuentre por alguna razón médica en aislamiento total, y resulte imprescindible promover una acción judicial (por ejemplo, un proceso de amparo) a fin de obtener por parte de la obra social u organismo público de salud la cobertura urgente de un tratamiento médico o bien de un fármaco determinado. Más aún, imaginemos que no se trata del cónyuge, quien se encontraría legitimado a interponer el amparo en favor del imposibilitado en cumplimiento del deber de asistencia que emana del actual art. 431 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴ o el conviviente, a quien habilitaría el 519 CCyC, sino de otro pariente o un vecino, por ejemplo. En ese caso deberíamos recurrir a los deberes y derechos de los parientes que enumera el Capítulo 2 del CCyCN y el contenido de la obligación alimentaria que es amplia y abarcativa de la asistencia médica, deber moral de solidaridad, o una rápida información sumaria que permita tener por acreditada la personería y la representación del asistido en el proceso.

Dependerá del caso concreto, de la situación particular, de los elementos con los que contemos en ese momento, pero de ninguna manera puede hacerse una interpretación estricta de los arts. 6 inc. 2 Ley 13.928 (t.o. Ley 14.192), art. 5 Ley 16.986, art. 46 Código de Procedimiento Civil y Comercial para cerrar las puertas de la jurisdicción.

Otra situación que suele darse con habitualidad en los procesos de amparo de salud es que, en el caso de enfermedades crónicas, progresivas o degenerativas, se modifique con el transcurso del tiempo la terapéutica que motivó la promoción de la acción judicial ante la negativa de la obra social a la cobertura del fármaco. En casos como el descrito, nos encontramos muchas veces con un conflicto entre las mismas partes, con la misma plataforma fáctica (misma enfermedad), pero con una sentencia que no se adecua a la realidad actual, pues dictada en otro momento de la vida del paciente⁵ contemplaba la cobertura y provisión de una especialidad

⁴Ceballos, Maximiliano A. "Amparo en la Provincia de Buenos Aires" Ed. Astrea, BA, 2013, pag. 125

⁵"F. D. s/ Acción de Amparo" (Nro. 3/53837), de trámite por ante el Juzgado en lo Criminal y

medicinal distinta, o la prestación del servicio de salud por parte de una empresa diferente^{6 7}.

En ocasiones, estas circunstancias fácticas que modifican total o parcialmente el objeto del escrito constitutivo acaecen durante la sustanciación del mismo y antes del dictado de la sentencia definitiva⁸. En estos casos, más allá del estadio procesal en el que se encuentre el proceso (con litis trabada, en la etapa probatoria, etc.), será necesario permitir modificar el objeto de la demanda de amparo, adecuándolo a la necesidad actual del amparado, con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención jurisdiccional y la operatividad del derecho material.

Correccional de Transición Nro. 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata; este proceso fue promovido en junio de 2002 y se dictó sentencia en diciembre de 2003. En el año 2020 algunas de las drogas recetadas para el tratamiento de la esclerodermia habían sido cambiadas por otras, ya sea por resultar fármacos más eficientes (producto del avance de la investigación científica), ya sea porque los originales habían provocado efectos secundarios adversos en el paciente. En síntesis, 17 años después el plan farmacológico era sustancialmente distinto, tanto en calidad como en cantidad (sólo un par de drogas de las que habían constituido el objeto del amparo seguían siendo recetadas). A través de una presentación con fundamento en el principio de “tutela de la realidad” se adecuó la sentencia al nuevo plan farmacológico, con tan sólo un traslado previo a la parte condenada para garantizar la bilateralidad en el proceso.

⁶En los autos caratulados “E. G. c/ IOMA s/ Amparo”, de trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 9 de Mar del Plata Exp.nº MP-16296-2018, la sentencia hizo lugar a la cobertura integral del servicio de una empresa de internación domiciliaria que el actor necesitaba. Tres años después resultó necesario cambiar la empresa prestadora del servicio por otra y el IOMA se negaba por no constar en la sentencia. A través de una presentación judicial motivada en el principio de tutela de la realidad, se solicitó el cambio de la firma prestadora, haciendo lugar el juez a la petición mediante una fórmula abierta que contemplaba la posibilidad de nuevos y eventuales cambios futuros (en el caso, era una persona joven y requería internación domiciliaria de por vida).

⁷Con la finalidad de evitar estas posibles contingencias futuras resulta conveniente que la petición en el proceso de amparo y la sentencia que hace lugar a la demanda sean lo suficientemente precisas para garantizar la congruencia, pero asimismo, lo suficientemente amplia, para que pueda adaptarse a posibles variaciones en la terapéutica o bien cambios en la vida de las personas que pueden surgir a lo largo del tiempo, respetando los límites objetivos de la cosa juzgada (la cuestión que fue objeto de la decisión).

Así, por ejemplo, puede solicitarse la cobertura integral y provisión de la droga “x” en la cantidad, dosis y presentación que indique el médico tratante, durante todo el tiempo que dure el tratamiento. O bien podría solicitarse la autorización y cobertura integral del costo mensual que demande la internación domiciliaria a prestarse por la *firma* “x” o la que en el futuro reúna los requisitos de idoneidad suficientes de conformidad con la prescripción médica. O si se trata del caso de una prestación de transporte por discapacidad, dejar abierta la posibilidad de que la persona con discapacidad cambie su domicilio, solicitando así *“la autorización y cobertura integral del costo mensual del transporte especial, para asistir (ida y vuelta) en forma diaria al centro de rehabilitación “x” o el que en el futuro se designe desde el domicilio del actor, sito en calle “x” o donde en el futuro tenga su lugar de residencia”*.

⁸Podría suceder, por ejemplo, que el esquema de medicación oncológica por el que optó el equipo médico y que fue objeto del proceso y de la medida cautelar innovativa, resultó poco efectivo o causó en el paciente efectos adversos no deseados, razones por las que se decide cambiar de esquema farmacológico.

Ceñirnos a la estricta letra del art. 331 del Código Procesal, que impide el cambio o variación de la demanda luego de trabada la litis, en el marco de un proceso urgente, donde se encuentran en juego derechos constitucionales como la vida o la salud, se contrapone no sólo con la solución actual de la controversia, sino con la celeridad del proceso y las acciones positivas que el plexo de Convenciones Internacionales de Derechos Humanos espera del magistrado. En este sendero las 100 Reglas de Brasilia proporcionan al juez reglas interpretativas que se constituyen en útiles herramientas al momento de realizar los ajustes razonables que la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad propugnan⁹.

Por ello sostengo que el proceso debe tener reglas claras, pero dúctiles, maleables, adaptables y lo suficientemente flexibles cuando las circunstancias del caso lo ameritan, sin que ello atente contra principios esenciales del debido proceso, tales como la igualdad de las partes.

La norma o el artículo del código procesal que es de carácter general debe poder adaptarse a la medida de cada proceso. Será menos maleable en un asunto exclusivamente patrimonial entre partes que se encuentren en paridad de condiciones socio culturales y económicas o bien cuando el mismo proceso provee acciones de discriminación positiva necesarias para corregir la desigualdad¹⁰.

Se impone ser más flexible cuando se encuentran en juego intereses de rango superior, cuando se exige de la jurisdicción una respuesta urgente y más aún si la discusión se suscita entre un ciudadano en contexto de vulnerabilidad y algún organismo del Estado Nacional o Provincial entre cuyos fines se encuentre favorecer, proteger y preservar la salud de la población¹¹.

⁹Si a la persona en situación de vulnerabilidad le cabe la protección de la Ley 26.378 por su condición de persona con discapacidad, el juez, al momento de flexibilizar y adaptar las formas procesales podrá anclarse también en la obligación que tienen los Estados Partes de "adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención" (art. 4 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

¹⁰Por ejemplo, el beneficio de litigar sin gastos que coloca a las partes en igualdad de condiciones económicas para actuar en el proceso.

¹¹Ministerio de Salud de la Nación, Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, IOMA, PAMI, Programa Federal Incluir Salud, Ministerio de Desarrollo Social, etc.

III.- PRINCIPIO DE TUTELA DE LA REALIDAD

En ocasiones, el cambio en la terapéutica o esquema farmacológico se da con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva en el proceso de amparo. Esta situación es usual verla en amparos de salud por medicación en casos de enfermedades crónicas, pues a lo largo de la vida del paciente el médico de cabecera puede indicar un cambio en la medicación, pasando a una droga de segunda o tercera línea. Incluso, el avance científico puede tener como consecuencia la existencia de otras opciones terapéuticas desconocidas en la época de sustanciación del proceso.

En estos casos, la protección al derecho a la salud lograda a partir del dictado de una sentencia de amparo favorable pierde su eficacia y efectividad, pues ante el desconocimiento por parte de la obra social de la nueva prescripción médica, la ejecución de una sentencia que ha perdido vigencia por haber cambiado la situación fáctica tenida en cuenta al momento de su dictado, resulta poco efectiva.

Por otro lado, reeditar la cuestión en un nuevo proceso de amparo, sustanciado entre las mismas partes es absolutamente antieconómico.

Por eso es que en estos casos propiciamos la aplicación de un principio que, si bien tuvo su génesis en el derecho de familia, podemos replicarlo en el derecho procesal y particularmente en procesos de amparo de salud, cuando por el transcurso del tiempo se ha modificado la situación tenida en consideración al tiempo del dictado de la sentencia.

El principio de "*tutela de la realidad*"¹² pretende extender la efectividad de la sentencia, es decir el cumplimiento de los objetivos tenidos en cuenta al momento de su dictado. Así, si el transcurso del tiempo produjo un cambio en el esquema farmacológico, la jurisdicción debe privilegiar el superior interés de la persona en condición de vulnerabilidad y adaptar la sentencia dictada a las nuevas circunstancias que han variado en el tiempo.

En estos casos, la estabilidad propia de la cosa juzgada material no

¹² Ballarin, Silvana "Ejecución de sentencia en el proceso de familia: por qué incorporar una normativa específica en relación a la sentencia que prescribe obligaciones de hacer de carácter personalísimo" TR LALEY AR/DOC/3920/2017.

podrá invocarse para repeler el planteo, pues cualquier otra solución resulta antieconómica o directamente estéril.

Destaco que no estamos en presencia de una revisión de la cosa juzgada írrita u otros planteos motivados por defectos intrínsecos de la sentencia, sino que se trata de una sentencia vencida por el cambio posterior a su dictado en la situación fáctica¹³.

En este punto cobra relevancia el carácter instrumental de las normas procesales, las que no se pueden divorciar del derecho sustancial cuya vigencia garantizan. En la medida que la norma procesal (en este caso la estabilidad de la cosa juzgada) se disocie del Bloque de Constitucionalidad que pretende garantizar, el juez puede adaptarla, moldearla, a fin de que guarde nuevamente coherencia todo el sistema.

El límite estará dado por el respeto a la bilateralidad y derecho de defensa, el que se puede materializar con un traslado a la parte contraria, realizado en el mismo proceso, con copias de la presentación y del certificado médico y/o resumen de historia clínica que da cuenta de las nuevas necesidades del paciente.

Este principio de *tutela de la realidad*, el que entendemos como una derivación de la adaptabilidad de las formas procesales, articula de manera eficiente la efectividad de la sentencia en el tiempo y permite extender su vigencia temporal adaptándola a la nueva realidad. Entre la inmutabilidad de la cosa juzgada y la revisión de la misma pueden existir puntos intermedios, zonas permeables, que en materia de amparos de salud y/o procesos con intervención de personas vulnerables hagan realidad el paradigma de la jurisdicción protectoria.

El principio de *tutela de la realidad* ha sido recepcionado por el art. 560 (Sección 71.3) del Anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y de Familias de la Provincia de Buenos Aires.

IV.-CONCLUSIÓN

El proceso, como método de debate, tiene reglas que garantizan a las partes igualdad, derecho de defensa y un marco general de actuación. Pero

¹³ Ballarin, Silvana, obra citada.

no hay que perder de vista que las normas que lo regulan son netamente instrumentales, y se encuentran al servicio de la realización del derecho sustancial que se debate.

Esta situación se ve con mayor nitidez en los procesos de amparos en salud, con intervención de personas en situación de vulnerabilidad. En estos casos, la estabilidad de la cosa juzgada objetiva debe ceder ante la necesidad de prolongar la vigencia temporal de la sentencia. En este camino el principio de tutela de la realidad, como materialización del de adaptabilidad de las formas procesales, permite adecuar la sentencia dictada en el proceso de amparo a las nuevas circunstancias fácticas imperantes.

De este modo se moldea una solución efectiva, simple, económica en tiempo y recursos, privilegiando el superior interés de la persona vulnerable por sobre las formalidades del trámite, brindando una solución jurisdiccional de calidad superlativa.