



Derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad

The right to health care and vulnerability



Autor

João Carlos Loureiro

Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra

E-mail: loureiro62@gmail.com



Resumen

En este artículo se intenta, en primer lugar, clarificar el concepto de vulnerabilidad, considerando también la fragilidad estructural y epocal. Para una comprensión del derecho a la protección de la salud, se empieza por una reflexión en el plano de los bienes fundamentales y se analiza después ese derecho en las constituciones portuguesa y española. Además, tratamos la asociación entre vulnerabilidad y derecho, desde un nivel fundamental –en diálogo con Herbert Hart– hasta otras relaciones entre estos dos términos en el campo de la salud. Por último, consideramos los intentos posthumanistas de decir adiós a la fragilidad humana.

Abstract

The article seeks to clarify the concept of vulnerability, by taking structural and epochal frailty into account. To understand the right to health care, the author reflects about the fundamental goods, and he then examines how that same right is present in the Portuguese and the Spanish constitutions. The association between vulnerability and the law is also tackled, with a special reference –in dialogue with Herbert Hart– to its fundamental level and to other links between both terms in the field of health. The article closes with a few remarks on posthumanist attempts at saying goodbye to human frailty.

Key words

Vulnerabilidad; fragilidad; derecho a la protección de la salud.

Vulnerability; frailty; right to health care.

Fechas

Recibido: 25/07/2017. Aceptado: 28/08/2017



1. Vulnerabilidad: un concepto en alza

Vulnerabilidad es hoy un concepto en alza que surge en distintas áreas (v.g., filosofía¹), en el discurso jurídico e incluso en diferentes normas, aunque se pueda discutir –y se discute– la juridicidad del concepto. El término está asociado a la fragilidad, aunque muchas veces no se hace una distinción clara de los conceptos. Además, la vulnerabilidad surge, frecuentemente, adjetivada: vulnerabilidad social², ontológica³, ética⁴, psicológica⁵, sanitaria⁶, relacional⁷, etc.

¿A qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de vulnerabilidad? Desde hace mucho tiempo⁸ que hemos propuesto un esquema de lectura que distingue fragilidad (estructural y circunstancial) de vulnerabilidad. La primera –fragilidad estructural– es común a todos los seres humanos y se relaciona con nuestra condición humana. Recurriendo a una imagen de nuestro legado judeocristiano, somos hechos de barro o como dice uno de los grandes escritores portugueses del siglo XVII, Padre António Vieira, “polvo levantado”⁹. En este sentido, la enfermedad, como la finitud, son dimensiones de la vida. En España, Pedro Laín Entralgo¹⁰ escribió algunas de las mejores páginas sobre enfermedad y salud.

Esta fragilidad como “invariante” hace de los otros condición de posibilidad de nuestra existencia: interdependencia es una palabra clave. Inspirándonos en el título de un libro de Dieter Suhr¹¹, se trata del “desarrollo de los hombres a través de otros hombres”. El hombre es, pues, coexistencial, mejor dicho, con-

El término está asociado a la fragilidad, aunque muchas veces no se hace una distinción clara de los conceptos. Además, la vulnerabilidad surge, frecuentemente, adjetivada: vulnerabilidad social, ontológica, ética, psicológica, sanitaria, relacional, etc.

- 1 Por ejemplo, Nussbaum, M. (2001). *The fragility of goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*. Cambridge - New York: Cambridge University Press; MacIntyre, A. (1999). *Dependent rational animals: why human beings need the virtues*. Chicago and La Salle, Illinois: Open Court; Innerarity, D. (2001). *Ética de la hospitalidad*. Barcelona: Editorial Península.
- 2 Vd., por ejemplo, Torralba, F. (1998). *Antropología del cuidar*. Madrid: MAPFRE, 248.
- 3 Torralba, F. (1998). *Antropología del cuidar*, 245-246.
- 4 Torralba, F. (1998). *Antropología del cuidar*, 246-247, a partir de Ricoeur.
- 5 Dutheil-Warolin, L. (2004). *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*. (Tesis doctoral). Université de Limoges, Limoges, 73, 92.
- 6 Agence Nationale de la Recherche. (2013). *Vulnérabilités sanitaires et sociales*; Brodriez-Dolino, A. (2014). La vulnérabilité, entre sanitaire et social. En A. Brodriez-Dolino et al. (dir.), *Vulnérabilités sanitaires et sociales: de l'histoire à la sociologie* (pp. 9-16). Rennes: Presses Universitaires de Rennes.
- 7 Bridgeman, J. (2015). Relational vulnerability, care and dependency. En J. Wallbank y J. Herring (ed.), *Vulnerabilities, care and family law* (pp. 199-215). Abingdon, Oxfordshire - New York: Routledge.
- 8 Loureiro, J. (2003). *Constituição e biomedicina: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*. Coimbra, Parte III.
- 9 Sermão de Quarta-Feira de Cinza. En Vieira, A. (2008). *Sermões*, I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 63-89, 74.
- 10 V.g., Laín Entralgo, P. (1985). *Antropología médica para clínicos*. Barcelona: Salvat.
- 11 Suhr, D. (1976). *Entfaltung der Menschen durch die Menschen: zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums*. Berlin: Duncker & Humblot.



vivencial: *homo homini homo est*¹². La fragilidad tiene una dimensión positiva, siendo “generativa”¹³.

Además de esta fragilidad estructural, no debemos olvidar la fragilidad circunstancial, la que es propia de cada época. Incluso aquí se podría distinguir la diversidad de contextos: los indios de una tribu de la floresta amazónica, por ejemplo, no se enfrentan a la mismas circunstancias que nosotros, un concepto que aquí nos remitiría a otro pensador mayor, Ortega y Gasset¹⁴. Nuestro tiempo nos trae nuevos desafíos y fragilidades. Por consiguiente, si los progresos de la biomedicina, de una forma más general, de la tecnociencia¹⁵, aumentaron el abanico de posibilidades, transformando nuestras vidas, así también crearon nuevos riesgos. Hoy en día, nos podemos quedar colgados entre la vida y la muerte, porque la respiración artificial permite la supervivencia de personas que hace unas décadas estarían condenadas a morir y que ahora ya no podrán recuperar la conciencia más. Vivimos, pues, en sociedades de riesgo, lo que tiene su impacto también en términos de vulnerabilidad y conoce traducciones jurídicas¹⁶.

La vulnerabilidad es sinónimo de una fragilidad acrecentada. En sentido estricto, solo comprendería las situaciones de una fragilidad adicional en relación a los recorridos normales de la vida o a las situaciones de enfermedad

La vulnerabilidad es sinónimo de una fragilidad acrecentada (deficiencia mental, por ejemplo). En sentido estricto, solo comprendería las situaciones de una fragilidad adicional en relación a los recorridos normales de la vida o a las situaciones de enfermedad. Ilustrado con un ejemplo: un niño que no tenía problemas especiales de salud tendría solo una condición de fragilidad; pero, si nació con un hándicap grave, entonces tendríamos una cuestión de vulnerabilidad. Tendríamos un doble fundamento de plusvalía de tutela: en cuanto niño, estaría en una etapa en la que se hace más visible la fragilidad común de la condición humana; en cuanto portador de una deficiencia relevante se exige una protección adicional.

Mirando la literatura, podemos, para dar alguna consistencia jurídica, operar con un concepto más amplio de vulnerabilidad, a saber:

- a) Las hipótesis de fragilidad acrecentada (ser vulnerable) en relación al curso normal de la existencia, incluyendo como referente las diferentes etapas de la vida.
- b) La vulnerabilidad en virtud de una autonomía en formación o temporalmente disminuida (estar vulnerable).

12 Vd. Francisco de Vitoria escribió “Nom enim homo hominis lupus est, ut ait Ovidius, sed homeo” (*Relecciones teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*. Madrid, 1934, T. 1, 384-385 *apud* Norman Paech, N. (1998). Valladolid – der Aufbruch der Vernunft oder homo homini homo est. En *Recht und Ideologie in historischer Perspektive: Festschrift für Hermann Klenner*, II (p. 120). Freiburg: Haufe).

13 Timmer, A. (2013). A quiet revolution: vulnerability in the European Court of Human Rights. En M. Fineman y A. Gear (ed.), *Vulnerability: reflections on a new ethical foundation for law and politics* (pp. 147-170, 149). Abingdon: Oxon, New York: Routledge.

14 Vd. *Meditaciones del Quijote* (originalmente publicado en 1914).

15 Sobre el concepto, vd. Hottois, G. (1992). *O paradigma bioético: uma ética para a tecnociência*. Lisboa.

16 Loureiro, J. (2001). Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas. En *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (pp. 797-891). Coimbra: Coimbra Editora.



Esta es una vulnerabilidad basada en una teoría de la corporeidad, que jurídicamente señala el concepto más global de bioconstitución, o sea, el conjunto de normas (principios y reglas), formalmente o materialmente constitucionales, que tienen como objeto omisiones o acciones del Estado o de entidades privadas, centradas sobre todo en la tutela de la vida, identidad e integridad personales y en la salud del ser humano, actual o futura, en particular, pero no exclusivamente, frente a las amenazas de la biomedicina¹⁷.

Si pasamos a una vulnerabilidad social, hablamos entonces de un impacto en el que el eje de la discusión no es la corporeidad, sino las condiciones sociales de la persona, lo que puede tener importantes repercusiones en la salud (por ejemplo, piénsese en las relaciones entre pobreza, conocimiento y salud). El problema no es únicamente el hecho de que la falta de información perjudica más a los pobres: piénsese en los estilos de vida saludables. Conviene, entonces, no olvidar a los llamados determinantes sociales de la salud¹⁸.

Además, se habla hoy de grupos vulnerables e incluso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos reconoció, como veremos a continuación, esta categoría que, sin embargo, sigue siendo discutida.

2. Salud: en torno a un bien

Si la salud es un bien personal y comunitario, relevante en todas las sociedades, los modos de protección no lo son

De una forma muy breve, empezamos por una reflexión sobre la salud y su protección. Privilegiamos una metodología de identificación de bienes fundamentales para la existencia humana que tienen su configuración histórica y no escapan a contextualizaciones. De manera sencilla, si la salud es un bien personal y comunitario, relevante en todas las sociedades, los modos de protección no lo son. Veamos dos constituciones: la portuguesa (1976) y la española (1978).

Aunque hay otros preceptos constitucionales relevantes en el campo de la salud, nos interesa aquí analizar el artículo 64 (Constitución de la República Portuguesa – CRP):

1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à proteção da saúde é realizado:
 - a. Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

17 Loureiro, J. (1999). O direito à identidade genética do ser humano. En *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 294. Desarrollada en, Idem (2003). *Constituição e biomedicina: Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*. vol. I, cit., Parte III.

18 Comisión de Determinantes Sociales de la Salud (CDSS): "los determinantes estructurales y las condiciones de vida en su conjunto, constituyen los determinantes sociales de la salud que son la causa de la mayor parte de las desigualdades sanitarias entre los países y dentro de cada país" (CDSS-2008) (<https://www.insp.mx/lineas-de-investigacion/salud-y-grupos-vulnerables.html>)



b. Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a. Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;

b. Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;

c. Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;

d. Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;

e. Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;

f. Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

Destacamos que el bien salud en la Constitución portuguesa está protegido también por medio del reconocimiento de un deber fundamental, cuyo alcance se disputa

Veamos ahora el artículo 43 de la Constitución española:

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Además de otras diferencias (para empezar, la extensión de un texto contrasta con el carácter más breve del otro), sobresale que el bien salud en la Constitución portuguesa está protegido también por medio del reconocimiento de un deber fundamental, cuyo alcance se disputa¹⁹. El ejemplo sería aún más claro en el caso del ambiente, recono-

19 Loureiro, J. (2003). *Constituição e biomedicina*, vol. II, Parte V, Cap. V.



cido como un bien básico o fundamental, pero que, en algunas constituciones más antiguas, al menos antes de su revisión, tendría que ser tutelado por otros preceptos (la salud).

Para la vulnerabilidad, el cambio de la noción de salud es importante: ahora hacemos frente a “enfermos sanos”, personas que “tienen salud en la vida, pero enfermedad en el genoma”, aumentando su campo de relevancia

En otros lugares²⁰, hemos procedido a una discusión en torno al bien salud, sea como bien fundamental, sea como “superconcepto” que, en esta última hipótesis, nos reenvía a diferentes bienes del *bios* (v.g., vida, integridad personal e identidad genética); pasamos rápidamente por distintas visiones de la salud y enfermedad en la historia occidental, culminando con la articulación entre salud y felicidad (en particular, la noción de OMS)²¹. Esta última subraya un conjunto de interdependencias de la salud, que revelan la necesidad de no quedarse solo en el dominio biomédico, aunque no escape la crítica de que es utópica.

Para nuestro tema (la vulnerabilidad), el cambio de la noción de salud, en el tiempo de la llamada revolución GNR (Genética, Nanotecnología y Robótica)²², es importante: ahora hacemos frente a “enfermos sanos”, personas que “tienen salud en la vida, pero enfermedad en el genoma”²³, aumentando su campo de relevancia.

Aquí privilegiaremos la cuestión del acceso (un tema clave) a las prestaciones de salud, a sabiendas de que tanto la Constitución española como la portuguesa asumen como criterio de acceso la necesidad y no el mérito o la capacidad de pago²⁴. Esta dimensión de solidaridad es nuclear en los estados sociales y un indudable avance en relación con las situaciones que vivimos en el pasado. En realidad, el estado social es una respuesta antitarwinista²⁵, que rechaza un modelo basado en la eliminación de los más débiles o vulnerables. Conviene advertir que el estado social no es sinónimo de estado providencia (al menos para algunos, este último es la patología del estado social, una “colonización del mundo de la vida”, citando Habermas)²⁶. En sentido estricto, ya que todos somos frágiles, se reconoce un derecho a la protección de la salud. Además, en las situaciones de fragilidad especial se esperan respuestas que tomen en consideración, de forma adecuada, las diferencias.

20 Por ejemplo, Loureiro, J. (2008). Direito à (protecção da) saúde. *Revista de la Defensoria Pública*, (1) 35-73.

21 “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, firmada el 22 de julio de 1946, y entró en vigor el 7 de abril de 1948).

22 Vaccaro, A. (2008). Filosofie dell’ immortalità. *Rassegna di Teologia*, 49 (3) 459-471; Idem (2009). *L’ultimo exorcismo: filosofie dell’immortalità terrena*. Bologna: Edizioni Dehoniane Bologna.

23 Archer, L. (1994). Genoma e intimidade. *Cadernos de Bioética*, (7) 63-69, 67.

24 Walzer, M. (1983). *Spheres of justice: a defence of pluralism and equality*. Oxford, Cambridge. Michael Walzer no autonomiza una esfera de la salud; pero es posible hacerlo a partir de su cuadro teórico: vd. Trappenburg, M. (1993). *Soorten van gelijk: medisch-ethische discussies in Nederland*. Zwolle: W. E. J. Tjenk, 269-336; sintéticamente, Idem (1997). Defining the medical sphere. *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics*, 6, 416-434.

25 Gracia, D. (2004). *Como arqueros al blanco: estudios de bioética*. Madrid: Triacastela, 71.

26 Considerando efectos negativos del Estado providencia a partir de la obra de Jürgen Habermas, vd. Erik Eriksen, E. y Weigård, J. (2003). *Understanding Habermas: communicative action and deliberative democracy*. London, New York: Continuum, 153-155.



El derecho a la protección de la salud se realiza de distintos modos y tiene que enfrentarse con una serie de (im)posibilidades. De una forma necesariamente sencilla, diríamos que, en este último caso, importa distinguir los límites fácticos de los jurídicos.

Entre los primeros, tenemos los recursos económico-financieros (en la traducción constitucional, el problema de la “reserva del posible”)²⁷, la escasez de órganos y las tecnologías disponibles. En cuanto a los límites jurídicos, hay que mirar cada orden jurídico nacional, empezando por el marco constitucional. Por ejemplo, algunas soluciones basadas en la centralidad de un estado garantizador (*Gewährleistungstaat*)²⁸ en el ámbito de la salud no son admisibles en órdenes constitucionales como el portugués, en el que la constitución no se limita a afirmar un derecho a la protección de la salud, sino que exige un servicio nacional de salud estructurado según un conjunto de principios (entre ellos, la tendencial gratuidad)²⁹.

3. Vulnerabilidad, derecho(s) y protección de la salud

No se debe olvidar que la norma no solo no se confunde con el texto, sino que comprende además un dominio normativo que es la conexión con la realidad

Además de las referencias jurídicas anteriormente expuestas, se exige ahora un tratamiento más centrado en las relaciones entre vulnerabilidad, derecho(s) y protección de la salud. En un artículo publicado hace unos años, Reinhard Damm³⁰ preguntaba si la “vulnerabilidad es un concepto jurídico”.

Independientemente de la respuesta que implicaría una reflexión con mayor profundidad sobre lo que es un concepto jurídico, podemos avanzar con la siguiente proposición: la vulnerabilidad ha emergido en esferas no jurídicas, pero es jurídicamente relevante. Por una parte, se puede decir que la vulnerabilidad unificó, en

algunas áreas, sectores de la realidad asumiendo un papel muy relevante. No se debe olvidar que la norma no solo no se confunde con el texto, sino que comprende además un dominio normativo que es la conexión con la realidad³¹. Si para nosotros no hay un principio de vulnerabilidad como principio jurídico general (sin perjuicio de la relevancia de la vulnerabilidad mediante, por ejemplo, el principio de la igualdad) –en este punto divergimos de otros autores (por ejemplo, Peter Kemp e Jacob Rendtorff)³²– la identificación de sujetos vulnerables destaca la importancia de que el orden jurídico institu-

27 Por influencia de la doctrina alemana en el espacio iberoamericano.

28 Franzius, C. (2003). Der «Gewährleistungsstaat»: ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat? *Der Staat*, 42 (4) 493-517; Canotilho, J. (2008). *O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito*. En A. Nunes y J. Coutinho (Coord.), *O direito e o futuro. O futuro do direito* (pp. 571-576). Coimbra: Almedina.

29 Artículo 64/2/a).

30 Damm, R. (2013). *Vulnerabilität als Rechtskonzept? Rechtssystematische und medizinrechtliche Überlegungen*. *Medizinrecht*, 31, 201-214.

31 Müller, F., & Christensen, R. (2013). *Juristische Methodik: Bd. 1. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. Berlin: Duncker & Humblot.

32 Kemp, P., & Rendtorff, J. (2000). *Basic ethical principles in European bioethics and biolaw*. Vol. I. Copenhagen, Sant Cugat del Vallès (Barcelona).



cionaliza mecanismos eficaces de prevención, promoción y, de un modo más amplio, de tutela de estos seres humanos.

3.1. Vulnerabilidad y derecho(s): tortugas y paradigmas

¿Qué relación podremos establecer entre vulnerabilidad y derecho?

En una perspectiva fundamental, partimos desde un “*a priori* corporal”³³ (*Leibapriori*) que tiene consecuencias. En *El concepto de derecho*³⁴, Herbert Hart sostuvo la teoría de que, si tuviéramos un caparazón como las tortugas, el derecho sería otro. Escribe: “si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad [para nosotros, fragilidad estructural] recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y de la moral: No matarás”.

La fragilidad es una condición base de los seres humanos y eso tiene implicaciones, por ejemplo, en la comprensión de los derechos fundamentales, al rechazar un paradigma de autosuficiencia, una visión hobbesiana y una lectura centrada en clave de *immunitas* de las libertades³⁵. Esa lectura es especialmente dolorosa para los más vulnerables, así que se debe subrayar la *communitas*.

La fragilidad es una condición base de los seres humanos y eso tiene implicaciones, por ejemplo, en la comprensión de los derechos fundamentales

La segunda nota es que el discurso de la autonomía, como un aspecto de la modernidad y una huella del liberalismo, se viene cuestionando desde hace años. Incluso cuando se habla de autonomía importa distinguir entre el sentido de la tradición kantiana (con la exigencia de universalización) y el concepto que en derecho se afirmó como criterio: la voluntad del sujeto. Las críticas vienen de diferentes campos. Por ejemplo, en los Estados Unidos, Martha Fineman³⁶ señala que estamos delante de un sujeto liberal, tradicionalmente hombre y autónomo, y que este paradigma es reduccionista e inadecuado, al olvidar la realidad de la dependencia, un concepto “estigmatizado”.

Intentando desarrollar las claves del modelo propuesto (fragilidad [estructural y de época] y vulnerabilidad), vamos a centrarnos ahora en un breve análisis de las fuentes o causas de vulnerabilidad. Empezamos por una *vulnerabilidad volitiva*, que se traduce en problemas de falta o, al menos, de disminución de la autonomía. Tradicionalmente, no se hablaba en este contexto de vulnerabilidad, sino de incapacidad. Además, nos encontramos con una *vulnerabilidad física*, que limita la posibilidad, en mayor o menor grado, de ejecución de los desempeños normales (por ejemplo, en lo que concierne a

33 La fórmula es de Karl-Otto Apel *apud* Blanco Fernández, D. (1994). El *a priori* corporal: insuficiencia de la ética discursiva. En D. Blanco Fernández, J. Pérez Tapias y L. Sáez Rueda (ed.), *Discurso y realidad: en debate con K.-O. Apel* (pp. 46-74). Madrid: Trotta.

34 Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 241.

35 Vd. Bruni, L. (2010). *L'ethos del mercato: un'introduzione ai fondamenti antropologici e relazionali dell'economia*. Milano, Torino: Bruno Mondadori, especialmente algunas páginas dedicadas a Hobbes, 90-94, considerando la contribución de Roberto Esposito.

36 Fineman, M. (2013). Equality, autonomy, and the vulnerable subject in law and politics. In M. Fineman y A. Gear, *Vulnerability* (pp. 13-27, 17).



La protección de la salud no se restringe a los cuidados sanitarios, sino que incluye también intervenciones en los campos de la educación y la alimentación, por ejemplo

la movilidad), de forma temporal o definitiva. Estas son centrales en una teoría de la corporeidad y vulnerabilidad. Pero, como queremos establecer relaciones entre salud y vulnerabilidad, hay que mirar otros tipos de vulnerabilidad relevantes, empezando por las hipótesis en las que la pobreza –*rectius*, las pobrezas³⁷ tienen un impacto negativo en el campo de la salud, a saber: por desconocimiento o mala información –la pobreza informativa sobre comidas y hábitos saludables– o por ausencia de los medios posibilitadores del acceso a los cuidados de salud, empezando por la prevención. Se trata ya de casos de *vulnerabilidad*

social que tienen consecuencias en la protección de la salud. Ahora no vamos a discutir otras hipótesis (por ejemplo, la vulnerabilidad de la naturaleza)³⁸.

Desde el punto de vista del derecho de la salud, podemos distinguir entre:

a) La dimensión negativa, en el campo de las injerencias, donde nos encontramos con el dibujo de categorías como la capacidad para consentir (no confundir con la capacidad negocial)³⁹.

b) La dimensión positiva, incluyendo las prestaciones, el acceso a los cuidados de salud, mejor dicho, a los diferentes tipos de medicina.

Esta última es el campo del derecho a la protección de la salud. Son personas que no solo deben ser tratadas con mayor cuidado, sino que también necesitan más cuidados o cuidados diferenciados. Así que tenemos situaciones de necesidades específicas.

Además, aquí no se piensa en la protección de la salud como algo centrado en los deberes estatales de protección (*Schutzpflichten*), sino en clave de realización prescricional del derecho en lo que concierne las injerencias de otras personas o incluso la prevención de los daños causados por catástrofes naturales. La protección de la salud no se restringe a los cuidados sanitarios, sino que incluye también, en el marco de un “desarrollo para la libertad”⁴⁰, intervenciones en los campos de la educación y la alimentación, por ejemplo.

3.2. Sujetos de la vulnerabilidad

Hay una discusión jurídica que pasa por una distinción del punto de vista subjetivo: ¿se trata solo de hablar de personas o podemos y debemos hablar de colectivos o poblaciones vulnerables? Además, se puede hablar de vulnerabilidad en casos en los

37 Además de una pobreza económica, debemos considerar una pobreza de cuidados y una pobreza relacional. Para la densificación de esta trilogía, vd. Loureiro, J. (2017). *Direito(s) e pobreza(s): Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino de Direito da Segurança Social*. Coimbra.

38 Jonas, H. (2006). *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, Ed. PUC-Rio, 39-40.

39 Pereira, A. (2006). A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. Em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977* (pp. 199-249). Coimbra: Coimbra Editora.

40 Sen, A. (1999). *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, New York: Alfred Knopf.



que la subjetividad, al menos, se discute: pensemos en la situación de los embriones y fetos que no se entienden como una nada jurídica, incluso cuando no se les reconozca el estatuto de sujetos de derecho. Por ejemplo, en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina se exige una protección adecuada⁴¹, aunque, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos, se concluye que esta es muy flexible.

El ser vulnerado (herido) es una condición personal, experimentada por cada persona en su singularidad

Habría que trabajar aquí con una tipología de personas vulnerables, distinguiendo grados de vulnerabilidad. Los menores son un ejemplo clásico. El derecho o deber de los padres (poder-deber) es un derecho fundamental *sui generis*, no solo porque la decisión versa sobre otro sujeto y está creada en función del bien o interés del niño o joven, sino también porque es un “derecho menguante” (en la doctrina anglosajona, *dwindling right*): su campo encoje hasta la mayoría⁴². De hecho, como se sabe, en

el sistema jurídico, en términos de capacidad, las cosas se muestran más complejas que unos simples obstáculos etarios como los de las elecciones (o tienes o no tienes la edad legal para votar, *tertium non datur*).

Además, algunos autores defienden un concepto vulnerabilizante de persona, en la línea de la tradición lockiana⁴³, un concepto autoconciencial de persona que se revela muy problemático y que si fuera trasladado para el ordenamiento jurídico tendría efectos en el caso de las personas vulnerables (piénsese en las personas mayores afectadas cada vez más por la demencia). Fijémonos en la problemática de los grupos vulnerables. En realidad, son las personas las que son vulnerables. El ser vulnerado (herido) es una condición personal, experimentada por cada persona en su singularidad. Hablar de vulnerabilidad de un grupo solo puede significar una susceptibilidad acrecentada de ser afectado⁴⁴. Es decir, algunas pertenencias grupales aumentan la susceptibilidad de ser herido (la vulnerabilidad), como indica la etimología (*vulnus*).

Registremos la ambigüedad de la expresión vulnerabilidad categorial:

- a) Se pertenece a una categoría por la verificación de algunas notas o características (agregación), por ejemplo en el cuerpo.
- b) Se puede ser vulnerable por una simple integración grupal: la vulnerabilidad resulta de la mera pertenencia a un grupo, lo que no quiere decir que se pase de una vulnerabilidad a una efectiva vulneración⁴⁵.

41 Artículo 18/1: “Cuando la experimentación con embriones *in vitro* esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión”.

42 Loureiro, J. (2010). Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual, 44. Em *Família, consciência, secularismo e religião* (pp. 39-59, 44). Coimbra: Coimbra Editora, Wolters Kluwer.

43 Locke, J. (1999). *Ensaio sobre o entendimento humano*, vol. I, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Libro II, cap. XXVII (orig.: *An essay concerning human understanding*).

44 Birnbacher (2012). Vulnerabilität und Patientenautonomie: Anmerkungen aus medizinethischer Sicht. *MedizinRecht*, 30, 560-565, 561.

45 Dutheil-Warolin, L. (2004). *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, 8, n. 17.



Si vemos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos encontramos casos relativos a personas con discapacidad, personas detenidas o encarceladas, personas víctimas de violencia doméstica, vulnerabilidad y asilo, y vulnerabilidad por pertenencia a un grupo (gitanos y portadores del VIH). Sin embargo, la vulnerabilidad grupal viene considerada en los llamados “grupos particularmente vulnerables”, a los que se suele asociar el prejuicio y la estigmatización⁴⁶. Se encuentran también casos de vulnerabilidad basada en el cúmulo de diferentes criterios⁴⁷.

En el campo de aplicación en la esfera de la salud, encontramos, por ejemplo, situaciones como el acceso de los presos a cuidados de salud⁴⁸ o la expulsión de portadores del VIH a países donde no es posible seguir los tratamientos⁴⁹.

3.3. Vulnerabilidad, acceso a las prestaciones y escasez

3.3.1. El estado social como respuesta a la fragilidad y vulnerabilidad humanas

El éxito del estado social, asociado a una profunda revolución tecnocientífica, contribuyó a la crisis del estado social y repercutió en el acceso a los cuidados de salud. Explicitemos esta tesis.

El Estado tiene que tomarse en serio la escasez de recursos, aunque se podría decir que vivimos en sociedades prósperas, las más ricas que se han conocido en la historia humana

Así, si no se hubiera producido un gran cambio de las posibilidades de la biomedicina, la esperanza de vida no habría conocido los significativos éxitos que se verificaron. Es decir, se aumentó el universo de posibilidades de vida (acordémonos aquí de las reflexiones de Xavier Zubiri sobre la historia como posibilidad⁵⁰). Pero la simple existencia de las posibilidades no implica su accesibilidad a las personas en general que necesitan esas prestaciones. El estado social, el triunfo de lo social como principio que conforma la comunidad jurídica y que remite a un acceso basado no en la capacidad económica o del mérito, sino en la necesidad. No obstante, los derechos, especialmente los sociales, están dependientes de (pre)supuestos.

O sea, el Estado tiene que tomarse en serio la escasez de recursos, aunque se podría decir que vivimos en sociedades prósperas, las más ricas que se han conocido en la historia humana.

46 Ippolito, F., & Iglesia Sánchez, S. (ed.) (2015). Introduction. En *Protecting vulnerable groups: the European human rights framework* (pp. 1-20, 3-4). Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing.

47 Timmer, A. (2013). *Vulnerability in the European Court of Human Rights*. 161-162.

48 V.g., *Keenan v. United Kingdom; Gori v. Albania; Rooman v. Belgium* (disponibles en hudoc.echr.coe.int).

49 V.g., *S.J. v. Belgium; D. v. United Kingdom* (también disponibles en hudoc.echr.coe.int).

50 Zubiri, X. (2006). *Tres dimensiones del ser humano: individual, social, histórica*. Madrid: Alianza Editorial, 93 ss. (“La historia como poder de posibilidad”).



3.3.2. Escasez(ces): algunas traducciones teóricas y dogmáticas

Pero el concepto de escasez es relativo y conjuga posibilidades y pretensiones. Este no es el momento para desarrollar una teoría y una dogmática(s) de la escasez(ces) en el derecho constitucional⁵¹. Pero, al levantar un poco la punta del velo, diríamos que lo que vengo llamando hace tiempo de “neojoaquinismo constitucional” se revela insostenible. O sea, una idea que tiene origen en las mutaciones del pensamiento de Joaquín de Fiore⁵², de su intramundanización y que se expresa en categorías de una metanarrativa emancipadora que hace del progreso una categoría clave⁵³.

El derecho de la protección de la salud en cuanto derecho social no está inmune a los desafíos de una crisis que, al menos en algunos países, no es meramente coyuntural, sino estructural

No nos movemos, pues, en las narrativas constitucionales que, particularmente en América Latina, siguen defendiendo un principio de prohibición del retroceso social o de evolución social reaccionaria⁵⁴, en su versión ortodoxa o dura, una vez alcanzado un cierto nivel de concretización de un derecho social en el que no es posible dar marcha atrás, reduciendo la prestación social, incluso para el futuro. También estamos en contra de un discurso que se ha visto reducido a la defensa de posiciones individuales que dan forma a nuestra contemporaneidad (no voy a entrar en el debate en torno a la tardomodernidad y la modernidad tardía⁵⁵, por ejemplo), a los llamados derechos adquiridos⁵⁶, en muchos casos mal adquiridos (acordémonos del concepto

alemán de *wohlerworbene Rechte*, derechos bien adquiridos). Recordemos que urge tomar en serio el principio de la justicia intergeneracional y de la sostenibilidad (en este último caso, sin olvidar su multidimensionalidad, o sea, no solo la faceta económica y financiera, sino también la social y la ambiental)⁵⁷. También el derecho de la protección de la salud en cuanto derecho social no está inmune a los desafíos de una crisis que, al menos en algunos países, no es meramente coyuntural, sino estructural (veamos la idea de “normalización de la excepción” de Giorgio Agamben)⁵⁸.

51 Algunos subsidios pueden verse con otras indicaciones bibliográficas en Loureiro, J. (2013). A “porta da memória”: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma “dogmática da escassez”. *Estudos do século XX*, 13, 109-126.

52 Sobre este, vd. Lubac, H. (2001). *La posteridad espiritual de Joaquín de Fiore*, 2.ª ed. (Vols. I e II). Madrid: Encuentro.

53 Identificando un conjunto de palabras clave de la modernidad, entre ellas el progreso, vd. Pereira, M. (1989). *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Minerva.

54 En la doctrina de lengua portuguesa, vd. Canotilho, J. J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 7.ª ed. Subráyese que el autor cambió de posición, pasando a sostener una teoría *soft*: “[n]ão se trata (...) de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial”, 340.

55 Ballesteros, J. (1989). *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos.

56 Innerarity, D. (2009). *El futuro y sus enemigos: una defensa de la esperanza política*. Barcelona: Paidós.

57 Para una visión pluridimensional del principio, vd. Kahl, W. (Hrsg) (2008). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck.

58 Agamben, G. (2010). *Estado de excepción*. Lisboa: Edições 70.



3.3.3. La vulnerabilidad y la protección de la salud

La vulnerabilidad de la que hablamos aquí es una vulnerabilidad conectada con la corporeidad, pero importa no olvidar que la dimensión social tiene consecuencias. Vivimos en “estado[s] de dos clases”⁵⁹, en un tiempo en el que el conocimiento y la información son muy importantes para la salud y en el que es clara la influencia de la pertenencia social para la esperanza de vida. Desde un punto de vista jurídico, se abren las puertas

Podemos decir que, si la enfermedad señala una condición o situación de mayor vulnerabilidad, hay, por principio, personas más vulnerables que otras, por ejemplo, las afectadas por las llamadas enfermedades huérfanas

a las obligaciones de diferenciación, de discriminación positiva que encontramos ya en el plano constitucional⁶⁰. Podemos decir que, si la enfermedad señala una condición o situación de mayor vulnerabilidad, hay, por principio, personas más vulnerables que otras, por ejemplo, las afectadas por las llamadas enfermedades huérfanas. Estas sufren ya la falta de interés de muchas empresas farmacéuticas y puede que no sea tan solo una cuestión de rareza de la enfermedad, sino también de la capacidad de las personas afectadas en acceder a las medicinas.

En la identificación de la conexión entre derecho y vulnerabilidad, habría que distinguir entre referencias expresamente nombradas (vulnerabilidad, vulnerables, etc.) y otras que calificaríamos como pertinentes para el tema, aunque la palabra vulnerabilidad no se encuentra asociada: basta con pensar en institutos jurídicos como la incapacidad. Si miramos la legislación portuguesa, el término vulnerabilidad surge en diferentes ámbitos, desde el Código Penal (“vulnerabilidad de la víctima”)⁶¹ al Código de Publicidad (“vulnerabilidad psicológica” de los menores)⁶², pasando por la Ley de Bases de la Seguridad Social⁶³. Al hablar de vulnerabilidad y derecho a la protección de la salud, encontramos problemas relacionados con la vulnerabilidad que resultan no de una corporeidad especialmente frágil, sino, como hemos subrayado, de la pobreza. La sociedad portuguesa tiene un elevado nivel de población en riesgo de pobreza⁶⁴ con un impacto indelible en la salud en diferentes planos, a saber:

- a) En relación a los supuestos o condiciones de que depende la salud, empezando por la *información sobre comportamientos saludables* –vivimos en sociedades de conocimiento, un recurso muy mal repartido, aunque, como hemos dicho, la Constitución portuguesa expresamente establece como modo de realización del derecho

59 Lauterbach, K. (2008). *Der zweiklassenstaat: wie die Privilegierten Deutschland ruinieren*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.

60 Weilert, A. K. (Hrsg.) (2015). *Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat: interdisziplinäre Zugänge*. Baden-Baden.

61 Decreto-Ley n. 48/95, de 15 de marzo con muchas alteraciones: art. 160/1/d); 169/2/d); 175/2/e); 218/2/c).

62 Decreto-Ley n. 330/90, de 23 de octubre (también con muchas alteraciones), art. 14/1.

63 Ley n. 4/2007, de 16 de enero (modificada por la Ley n. 83-A/2013, de 30 de diciembre): art. 29/1/2.

64 <https://www.pordata.pt/Site/MicroPage.aspx?DatabaseName=Portugal&MicroName=Taxa+de+risco+de+pobreza+antes+e+ap+c3%b3s+transfer+c3%aancias+sociais&MicroURL=2399&>



a la salud “el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo y de prácticas de vida saludable”⁶⁵.

- b) En el acceso a las consultas de salud en lo que concierne poblaciones con dificultades de dislocación.
- c) En el problema del pago de tasas moderadoras en relación a poblaciones que se quedan excluidas de la exención, porque la condición de recursos se establece en valores bajos.

Una amenaza para pacientes vulnerables (vulnerabilidad intrínseca) resulta de los modelos que quieren decidir teniendo como único criterio el de los costes o beneficios, lo que está vedado constitucionalmente

Otro tema corriente en la discusión sobre vulnerabilidad y derecho a la protección de la salud es el “etaísmo” (*ageism*)⁶⁶, algo que no podemos desarrollar aquí. Desde el punto de vista constitucional, nadie puede ser discriminado, tampoco en función de la edad (artículo 13/2 de la Constitución portuguesa y artículo 14 de la Constitución española). Es indudable que hay criterios médicos que descartan, por ejemplo, la realización de cierto tipo de intervenciones quirúrgicas a pacientes muy ancianos. El problema es si algunas prestaciones más dispendiosas podrán ser rechazadas con base a criterios etarios⁶⁷.

En algunos casos, la discriminación puede resultar de no tener en cuenta las necesidades especiales de las personas⁶⁸. Una amenaza para pacientes vulnerables (vulnerabilidad intrínseca)

resulta de los modelos que quieren decidir teniendo como único criterio el de los costes o beneficios, lo que está vedado constitucionalmente⁶⁹. No vamos a hablar aquí de la cuestión de la vulnerabilidad en los principios de la vida o de los problemas en torno a la muerte. También no será posible una breve referencia a la articulación entre salud y dependencia desde el punto de vista de los cuidados con respecto a la Seguridad Social. Portugal tiene, además de los mecanismos generales de seguridad social, un complemento por dependencia⁷⁰.

65 Artículo 64/2/b) CRP.

66 Encontramos diferentes fórmulas en la doctrina española para traducir el inglés *ageism*: además de etaísmo, ageísmo y viejismo (cf. Ramos Cordero, P. (2015). Problemas éticos en la atención a los síndromes geriátricos. En J. Torre Díaz (ed.), *Bioética y ancianidad en una sociedad en cambio* (p. 72). Madrid, 2015).

67 Sobre algunas cuestiones relativas a edad y prestaciones de salud, vd, Trappenberg, M. (1993). *Soorten van gelijk* (por ejemplo, la teoría según la cual podría ser legítima una diferenciación etaria con base en el criterio de las fases de la vida); para una síntesis, en la doctrina portuguesa, vd. Loureiro, J. C. (1995). *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 52, n. 90).

68 En la doctrina neerlandesa, en relación a las mujeres, vd. Gunning, M. (1996). Discriminatie in de gezondheidszorg: eigen bijdrage in strijd met het vrouwenverdrag. *Nederlands Juristenblad*, 71 (33) 1362-1367.

69 Para el caso alemán, vd. Huster, S. (2012). Vulnerable Patientengruppen und Leistungsbeschränkungen im Versorgungssystem. *MedizinRecht*, 30, 565-570, 569.

70 Decreto-Ley n. 265/99, de 14 de julio (con alteraciones introducidas por el Decreto-Ley n. 309-A/2000, de 30 de noviembre, y por la Ley 6/2016, de 17 de marzo).



4. Mirando hacia el futuro: entre la multiplicación de los vulnerables y el intento de su superación

Hay que tener cada vez más presente que, sin perjuicio de la autonomía, el principio fundante del sistema jurídico es la dignidad humana

Al terminar esta rápida incursión por los territorios del derecho en cuanto a la protección de la salud en su articulación con la vulnerabilidad, concluimos que la línea general es el reconocimiento de que el acceso a los cuidados de la salud es un poderoso instrumento para combatir situaciones de vulnerabilidad generadas por la enfermedad o resultantes de una vulnerabilidad con base en una especial fragilidad a nivel de la corporeidad. Desde un punto de vista más profundo, se pueden discutir los límites del paradigma autonomista y si este no está poniendo en riesgo un conjunto de personas más vulnerables. No se trata de, en una inadecuada radicalización, abandonar el concepto de autonomía desde nuevos “maestros de la sospecha” o mejor, también maestras, no solo por la importancia que asumen las mujeres en el pensamiento, sino también por un asumido feminismo crítico de una lógica de autonomía⁷¹. Pero tener cada vez más presente que, sin perjuicio de la autonomía, el principio fundante del sistema jurídico –como lo afirman expresamente nuestras Constituciones–⁷² es la dignidad humana. En verdad, nos encontramos con seres humanos que todavía no son autónomos (recién nacidos), nunca lo serán (discapacidad mental muy severa) o dejarán de serlo (en virtud de una enfermedad mental). La dependencia remite también para deberes constitucionales acrecentados de protección⁷³.

Y a punto de terminar, algunos, delante de una incursión por la revolución GNR (Genética, Nanotecnología y Robótica), podrán pensar que estas afirmaciones solo son posibles si vienen de una persona que, como Cervantes dijo del Quijote, «del poco dormir y del mucho leer se le secó el cerebro, de manera que vino a perder el juicio» (I, 1, 35). Pero, al mirar el mundo y aquí los intentos de la biomedicina y de la robótica, en especial, nos podremos preguntar si, al final, no hemos olvidado la importancia de la fragilidad y la vulnerabilidad humanas en nombre de modelos de perfección humana⁷⁴ y de un “neognosticismo” que deprecia la corporeidad (se habla de una “vergüenza prometeica” ante los artefactos técnicos⁷⁵) que es constitutiva de nuestra condición⁷⁶. Nuestra po-

71 Tronto, J. (2012). *Le risque ou le care?* Paris: PUF.

72 Constitución portuguesa: de entrada, cf. el artículo pósito (art. 1.), además de otros preceptos relevantes (por ejemplo, art. 26./3, asociado a la identidad genética); Constitución española: Art. 10/1.

73 Hablamos de los llamados *Schutzpflichten*, una categoría muy desarrollada en la dogmática alemana y exportada también para Iberoamérica.

74 Críticamente Sandel, M. (2007). *Contra la perfección: la ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona: Marbot Ediciones.

75 La expresión es de Anders, G. (2002). *Die Antiquiertheit des Menschen: vol. 1: Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*. München, 2.ª ed.; cf. la reflexión de Sarteau, C. (2012). *Biodiritto: fragilità e giustizia*: Torino, esp. 102-110.

76 Derrick de Kerckhove [apud Ballesteros, J. (2007). Biotecnología, biolítica y posthumanismo. En J. Ballesteros y E. Fernández (Coord.), *Biotecnología y posthumanismo* (pp. 21-46, 37). Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, recuerda la lectura puritana del cuerpo visto como “imperfecto, sucio, pecaminoso y absolutamente no indispensable”.



sición no es ni una reedición de un naturalismo que cree, ingenuamente, que lo natural es sinónimo de lo bueno, ni una apuesta en la reconstrucción seguida de la superación de lo humano⁷⁷. Antes buscamos seguir “nuestro camino de Santiago”, defendiendo lo humano tanto en su fragilidad como en su vulnerabilidad, tomando en serio el cuidado. Sí, también los juristas en cuanto juristas están llamados a ser cuidadores del otro, a responder a la interpelación del rostro en una “comunidad real de comunicación”⁷⁸, a entretejer redes normativas que tomen en serio a los más vulnerables, pasando del pla-

no constitucional al campo de la concretización normativa, de las decisiones administrativas y de la jurisprudencia. Redes normativas que, como el derecho en general, no escapan a la vulnerabilidad, y que no sigan el ejemplo de Penélope, de destrucción total todas las noches, sino de permanente (re)construcción.

Nuestra posición no es ni una reedición de un naturalismo que cree, ingenuamente, que lo natural es sinónimo de lo bueno, ni una apuesta en la reconstrucción seguida de la superación de lo humano

Con todas sus incertidumbres, la vulnerabilidad es un desafío para nuestras sociedades y para el derecho, es decir, para nosotros. El modo en que, también en el ámbito jurídico, sepamos tratar y responder a los vulnerables, a la “interpelación del [de su] rostro”⁷⁹, contrasta con los proyectos que se presentan como verdaderas alternativas al derecho⁸⁰. Convoco un título que evoca una memoria dolorosa de una España martirizada por la Guerra Civil, también regada con sangre portuguesa, y se podría

preguntar, en clave de realidad (la muerte prematura por la incapacidad del sistema) y de metáfora (no la muerte real, pero las pequeñas muertes cotidianas del dolor y del sufrimiento evitables), *¿Por quién doblan las campanas? (For whom the bell tolls)*. Y recordamos el texto de John Donne de 1624⁸¹, que dio el inspirador nombre a Hemingway:

Nadie es una isla, completo en sí mismo; cada hombre es un pedazo de continente, una parte de la tierra; si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, o la casa de uno de tus amigos, o la tuya propia. La muerte de cualquier hombre me disminuye porque estoy ligado a la humanidad; por consiguiente nunca hagas preguntar por quién doblan las campanas: doblan por ti.

77 Para una crítica, vd. Benanti, P. (2012). *The cyborg: corpo e corporeità nell'epoca del post-umano*. Assisi.

78 Apel, K.-O. (1985). Epílogo: ¿Límites de la ética discursiva? En A. Cortina, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria* (pp. 233-262,254). Salamanca: Ediciones Sígueme.

79 Una idea recurrente en el pensamiento de Emmanuel Levinas.

80 Sobre las alternativas al derecho, vd. Neves, A. (2012). O “jurisprudencialismo”: proposta de uma reconstrução crítica do sentido do direito. En N. Coelho y A. Silva (Org.), *Teoria do direito: direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves* (pp. 9-79, 78-79). Salvador: Editora Jus Podium: Faculdade Baiana de Direito.

81 Donne, J. *Devotions Upon Emergent Occasions apud Hemingway, E.* (1972). *Por quién doblan las campanas*. Barcelona: Planeta, 7.