

# A PROPÓSITO DE LO DIGNO Y NO DISCRIMINATORIO: COMENTARIOS AL CASO WAKENHEIM v. FRANCIA SOBRE EL "LANZAMIENTO DE ENANO"

Mario Ruiz Sanz

Profesor Titular de Filosofía del Derecho  
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

**Sumario:** 1. Relato de los hechos relevantes. 2. Estructuración de los argumentos utilizados. 3. Análisis teórico del caso: el conflicto normativo. 4. Breves apuntes sobre la dignidad humana. 5. Cuestiones relativas a la "no discriminación". 6. Para concluir ... Nota bibliográfica

## 1. RELATO DE LOS HECHOS RELEVANTES

Han transcurrido algunos años desde que aconteciera en Francia un curioso suceso cuya trascendencia ha ido más allá de la mera anécdota, debido a las implicaciones sociales, jurídicas y morales que pueden extraerse del mismo. El caso ha sido citado y debatido por la doctrina como ejemplo de decisión jurídica en la que se plantea una controversia entre la autonomía

individual y la dignidad humana. El objeto de estas páginas es poner de manifiesto que la solución adoptada por el Consejo de Estado francés y ratificada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, no resulta tan meridiana como podría en un principio parecer, ya que se observan ciertas deficiencias en la argumentación llevada a cabo por tales órganos de decisión. Para ello, me centraré en el análisis de la Comunicación 854/1999: Francia: 26/07/2002 (CCPR/C/75/D/854/1999),

\* El presente trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación SEJ2007-63476 sobre "Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica: estudio de casos y medidas de protección", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español.

emitida por dicho Comité<sup>1</sup>, y aprovecharé para hacer algunas observaciones al respecto.

Los hechos tuvieron lugar hacia finales del año 1991, cuando una empresa dedicada a actividades de entretenimiento para jóvenes promocionó una atracción poco usual, que consistía en permitir a unos espectadores escogidos al azar de entre el público asistente al espectáculo, agarrar y lanzar al aire a un enano vestido con un traje de protección especial, como si fuera un proyectil. Esta grotesca práctica, conocida popularmente como “lanzamiento de enano” (*dwarf-tossing*), es un tipo de atracción extendida en bares de Australia, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Canadá, entre otros países en los que se lleva a cabo, en la cual personas de talla diminuta vestidos con ropa al efecto, son lanzados hacia colchonetas o paredes recubiertas con velcro o acolchadas de algún otro modo. Los participantes compiten y gana aquel que lanza a su enano lo más lejos posible. Para mayor profusión de detalles, puede añadirse que el lanzamiento debe ser realizado de un único movimiento y está permitido el balanceo previo, así como amarrar al enano por las manijas de un arnés. Otras modalidades parecidas son el disparo en un circo de unos enanos desde un cañón, a modo de “hombres bala”, y el “*bowling* con enano” en el que en lugar de una bola, son lanzados unos enanos para derribar los bolos.

No resulta difícil imaginarse que estas prácticas son consideradas ofensivas, ya que se denuncia que lesionan la “dignidad” de los propios enanos, e incluso en algunos países se han llevado a cabo iniciativas o propuestas destinadas a su prohibición<sup>2</sup>. Precisamente, en noviembre de 1991, el Ministerio del Interior francés emitió una circular referida a los espectáculos públicos y su control por parte de los prefectos de policía, en la que ponía un énfasis especial en la prohibición del “lanzamiento de enanos” por parte de los alcaldes de los municipios afectados por tales espectáculos.

El caso que nos ocupa, esto es, el lanzamiento de enano en espectáculos públicos, tuvo lugar en el municipio francés de Mor-

sang-sur-Orge y se extendió a otras localidades francesas. Manuel Wackenheim (a partir de ahora, M. W.), ciudadano francés aquejado de enanismo, trabajaba en la empresa de marras y ofrecía sus servicios para dicha práctica a cambio de un salario. Tal actividad le fue prohibida por el intendente del lugar, apoyándose en la violación del art. 131 del Código de los Municipios francés, con fundamento en el art. 3º del Convenio Europea de Derechos Humanos que prohíbe todo trato inhumano y degradante a las personas. Esta decisión fue recurrida por el propio M. W. en litisconsorcio con la empresa, alegando, entre otras razones, que la actividad económica privada y el derecho al trabajo representan garantías fundamentales del ordenamiento jurídico francés. La decisión fue anulada por el Tribunal Administrativo de Versalles, dando la razón al demandante. Llevado el caso ante el Consejo de Estado (*Conseil D'Etat*) francés, éste, al decidir el recurso, reformó la decisión del Tribunal, declarando que el respeto a la dignidad de la persona es uno de los componentes de la noción de orden público, siendo responsabilidad de la autoridad administrativa, en uso de su poder de policía, prohibir tales espectáculos. La medida así adoptada hizo surgir el interrogante de si era admisible ese motivo para que una autoridad prohibiese algo por razones de orden público, cuestión que se agravó cuando el *Conseil* no quiso incluir el término “moral pública” en su decisión. Como muestra de la dificultad del caso, este fue abordado por la Asamblea en pleno, y no por una sección de la misma.

Tras haber presentado M. W. una denuncia contra el Estado francés ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que no fue admitida, el peticionario acudió en última instancia ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Este órgano dictaminó el 26 de septiembre de 2003, en relación al examen de la Comunicación núm. 854/1999, que la decisión francesa no era discriminatoria con respecto a los enanos, y que la prohibición de su lanzamiento no era una medida abusiva, sino necesaria para promover el orden público,



incluyendo otras consideraciones sobre la dignidad humana.

De forma sucinta, paso a describir los hechos tenidos en cuenta (H), a partir de las fechas señaladas en el propio Dictamen del Comité y en el orden en que allí se presentan, aunque introducidas con diferente estructuración. Los hechos fueron los siguientes:

– H0; dato inicial: el autor (M. W.) actuaba desde julio de 1991 en varios espectáculos de “lanzamiento de enanos”, presentados por la sociedad Fun-Productions.

– H1; 27.11.1991: el ministro francés del Interior publica una circular relativa a la policía de espectáculos y en particular a la organización de los espectáculos denominados “lanzamiento de enanos”.

– H2; 25.10.1991: el alcalde de Morsang-sur-Orge, a través de un bando municipal, prohíbe el espectáculo de “lanzamiento de enanos” previsto en una discoteca de su municipio.

– H3; 30.11.1991: el demandante solicitó en 30 de noviembre de 1991, la anulación de dicho bando ante el Tribunal Administrativo de Versailles.

– H4; 25.02.1992: el Tribunal Administrativo de Versailles dejó sin efecto por dictamen el bando del alcalde.

– H5; 24.04.1992: el municipio de Morsang-sur-Orge, representado por su alcalde en funciones, recurre el dictamen del Tribunal Administrativo de Versailles ante el Consejo de Estado francés.

– H6; 27.10.1995: el Consejo de Estado francés anula el dictamen del Tribunal Administrativo de Versailles.

– H7; 20.03.1992: solicitud del autor (M. W.) para que se derogara el bando de 23 de enero de 1992, por el que el alcalde del municipio de Aix-en-Provence habría prohibido el espectáculo de “lanzamiento de enano” previsto en el territorio de su municipio.

– H8; 08.10.1992: rescisión por el Tribunal Administrativo de Marsella de la decisión del Alcalde.

– H9; 16.12.1992: la ciudad de Aix-en-Provence recurre el fallo ante el Consejo de Estado francés.

– H10; 27.10.1995: el Consejo de Estado revoca el fallo del Tribunal Administrativo de Marsella.

– H11; dato final: la sociedad Fun-Productions abandona la actividad. M. W. se queda sin empleo, a pesar de su voluntad de continuar con su actividad de “lanzamiento de enano”.

A los hechos anteriores cabe añadir, según la nota 3 del Dictamen, dos hechos más, aunque no tienen trascendencia directa sobre los anteriores, que son:

– H12; 04.02.1994: el demandante (M. W.) presenta ante la Comisión Europea de Derechos Humanos una denuncia contra el Estado francés.

– H13; 16.10.1996: la Comisión Europea declara inadmisibile la denuncia anterior, y aduce que el demandante (M. W.) no había agotado los recursos ante la jurisdicción interna en relación a varios artículos del Convenio.

Por lo tanto, podemos establecer dos líneas narrativas de hechos institucionales que quedarían representadas de la siguiente manera:

Primera sucesión narrativa: H0 + H1 + H2 + H3 + H4 + H5 + H6 + H11.

Segunda sucesión narrativa: H0 + H7 + H8 + H9 + H10 + H11.

En la segunda secuencia, se produce una elipsis argumental en cuanto a que se subsume en H7 un hecho anterior: en fecha de 23 de enero de 1992, un bando del alcalde del municipio de Aix-en-Provence prohíbe el espectáculo de “lanzamiento de enano” previsto en el territorio de su municipio. Por otro lado, H12 y H13, que se deben situar entre H5+H6 y H10+H11, respectivamente, no tienen ninguna influencia sobre ambas sucesiones narrativas, por lo que su inclusión o exclusión no añade ni resta nada sobre los intervalos indicados en sentido temporal.

## 2. ESTRUCTURACIÓN DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS

En cuanto a los argumentos a los que recurre la parte demandante (AD) ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recogidos en el Dictamen citado, se pueden sintetizar y agrupar, a mi juicio, en las siguientes tres razones, intrínsecamente relacionadas entre sí:

– AD1: que se actúa contra su personalidad jurídica, ya que la prohibición de ejercer un trabajo es un *“atentado contra su dignidad”* porque conlleva consecuencias personales negativas. A lo que se añade que *“en Francia no hay empleo para los enanos”* y que *“su trabajo no constituye un atentado a la dignidad humana, pues la dignidad es tener empleo”*.

– AD2: que se violan por parte del Estado francés varios derechos, en concreto a *“la libertad, al trabajo, al respeto de la vida privada y a un nivel de vida suficiente”*.

– AD3: que se produce una situación de *“discriminación”* hacia los enanos, al impedirles realizar determinadas actividades laborales.

Los preceptos jurídicos invocados para sustentar las afirmaciones anteriores son los artículos 2, 5, 9, 16, 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, las observaciones realizadas por la parte demandada, esto es, el Estado francés (AF), también recogidas en el Dictamen, se pueden resumir y construir a través de los siguientes argumentos, intentando establecer cierto paralelismo con respecto a los que aporta la parte demandante:

– AF1: que las medidas de prohibición *“no entrañan atentado alguno a la personalidad jurídica del demandante”*, sino que, al contrario, reconocen y garantizan el *“respeto a su dignidad como ser humano”*.

– AF2: que la práctica de lanzar enanos es una *“práctica pública”* y que por lo tanto *“no puede protegerse en razón de consideraciones relacionadas con el respeto debido a la vida privada”*, sino que deriva más bien de la idea de libertad de trabajo o libertad de comercio e industria.

– AF3: que la prohibición no es discriminatoria, ya que *“por definición, sólo se aplica a las personas aquejadas de enanismo, pues son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida, y la indignidad de esa actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas.”* Se trata, pues, de una diferencia de trato proveniente de *“categorías diferentes de personas, una de las cuales no puede resultar afectada por el fenómeno del ‘lanzamiento’ por evidentes razones físicas”*.

Frente a los artículos invocados por la parte demandante, el Estado francés arguye que tanto ni la libertad de trabajo y comercio e industria como ni el derecho de la persona humana al respecto de su dignidad, figuran entre los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, la actuación de las autoridades en este supuesto intenta *“conciliar el ejercicio de las libertades económicas con el deseo de hacer respetar el orden público, uno de cuyos elementos es la moral pública...”*<sup>3</sup>.

Una vez vistos los argumentos esgrimidos por ambas partes, el Comité de Derechos Humanos toma las siguientes decisiones (DC):

– DC1: el Comité puede entrar a examinar la comunicación. Evitaré, por motivos de espacio, el análisis de las cuestiones formales sobre su admisibilidad. Pero sí señalaré que respecto a los argumentos aportados en AD2 y AF2, el Comité señala que el demandante no ha agotado todos los recursos jurisdiccionales internos en el Estado francés, y que por lo tanto no va a entrar en esas cuestiones, declarándolas inadmisibles<sup>4</sup>.

– DC2: el Comité declara que la prohibición del lanzamiento de enanos es *“una medida necesaria para proteger el orden público, en la que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana”*, y no es abusiva. Así pues, hace prevalecer AF1 frente a AD1.

– DC3: el Comité argumenta, en relación a si está justificado aplicar la prohibición sólo a un tipo de personas (los enanos) y no a otro tipo de personas (los no enanos), que *“una distinción constituye una discriminación cuando no*



*se basa en motivos objetivos y razonables*", pero que en este caso, dado que la prohibición del lanzamiento de enanos sí que se funda en criterios objetivos y razonables, y que *"sólo los enanos sean susceptibles de ser lanzados"*, la medida no reviste carácter discriminatorio. De esta manera, hace prevalecer AF3 frente a AD3.

Por lo tanto, en relación a las observaciones hechas por el Comité de Derechos Humanos, dos son las nociones básicas sobre las que se fundamenta la decisión: un concepto de dignidad humana conectado al orden público (DC2), y un sentido pretendidamente objetivo y razonable de no discriminación (DC3).

### 3. ANÁLISIS TEÓRICO DEL CASO: EL CONFLICTO NORMATIVO

Sin lugar a dudas, en este asunto aparece un conflicto entre razones sustentadas en los valores de autonomía y dignidad humana. Hay que partir del carácter moral y prejurídico o prenормativo que encarnan tales valores, con independencia del contenido que se les atribuya, cuestión esta última a la que me referiré más adelante. Aunque no nos encontramos directamente ante una decisión judicial que haya de tomarse en un sistema jurídico concreto, ya que ésta fue previa, a continuación trataré de mostrar cómo debería haberse producido la transformación jurídica de tales valores morales mediante su concreción en principios jurídicos o derechos fundamentales y el paso de estos últimos a una regla aplicable en la resolución de la controversia. El mensaje de fondo descansa sobre la idea de que en los supuestos en los que entran en contradicción valores, ello no supone que el órgano decisor del litigio disponga de amplia arbitrariedad para considerar la solución que le plazca, sino que ha de someterse a unas reglas procesales que le impiden decidir a su libre albedrío; todo lo más, tiene la capacidad discrecional que las propias normas jurídicas le conceden para llegar a una solución correcta, siempre y cuando sea razonada y razonable.

El caso que nos ocupa podría ser traducido a una colisión entre derechos humanos y/o fundamentales en función de su contemplación más específica dentro de algún sistema normativo de derecho positivo con determinados presupuestos garantistas<sup>5</sup>. Desde una perspectiva jurídica teórica, que es la que aquí trataré de desarrollar, podemos afirmar que tiene lugar un "caso difícil" (*hard case*), esto es, aquel para el que no existe una norma previa aplicable que lo resuelva de forma adecuada, y que por lo tanto precisa de ser argumentado mediante razones convincentes de carácter político y moral a través de su interpretación desde principios y directrices jurídicas (Dworkin: 1984, págs. 146 y ss.). Este sería un ejemplo de "caso controvertido", esto es, de "esos litigios en los cuales, independientemente de cualquier disputa sobre los hechos del asunto, existe una disputa entre las partes respecto a la orientación de la ley sobre qué hechos pueden demostrarse." (MacCormick: 1990, págs. 113 y ss.).

Si en un principio es posible observar en el caso que nos ocupa, que existe una contraposición entre lo que se entiende por autonomía personal y cierta concepción sobre la dignidad humana, ambos valores son irreductibles en tanto que se manifiestan como "opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural", con una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica del Derecho (Pérez-Luño: 1984, págs. 288-289). Desde este punto de vista, tales valores, formalizados y concretados a través de principios o derechos fundamentales, constituyen "un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular". (Habermas: 1998, págs. 329-330).

Si se tiene en cuenta lo anterior, no hay razones suficientes para afirmar una supuesta o pretendida subordinación apriorística del valor de la autonomía personal al de la dignidad humana, tengan cualquier contenido que se les quiera dar. A menos que se acepte una determinada "filosofía de los valores" con una relación jerárquica previamente establecida, esto es, que

presuponga la existencia de unos valores “supremos” o por encima de otros, resulta inadmisibles desde un punto de vista estrictamente jurídico aceptar una jerarquía rígida entre los mismos. Otra razón a favor de su neutralidad *ab initio* lo suministra la “inconmensurabilidad” predicable de todos ellos, esto es, su irreductibilidad a una categoría común sin poder establecerse así un sistema de prioridades absolutas ni escalas de graduación taxativas o cerradas. Los valores pueden hacer referencia a obligaciones específicas y deberes generales (con sus correlativos derechos), a cuestiones de utilidad general, fines perfeccionistas o compromisos adquiridos. Pues bien, entre ellos no resulta extraño que surjan frecuentes conflictos (Nagel: 1979, págs. 128-141).

En cualquier caso, a nivel de una decisión jurídica, el mecanismo procedimental adecuado debería permitir su concreción mediante el paso argumentativo desde enunciados que contienen valores a principios, y de principios a reglas, en función de su capacidad de especificación para tratar de resolver el conflicto jurídico. Si atendemos a lo que sucede en los ordenamientos en los que existe un sistema constitucional con reconocimiento de garantías jurídicas, hay que advertir sobre el carácter doble de las normas principialistas que contienen derechos fundamentales cuando resultan ponderadas, es decir, cuando bajo las condiciones que establece la ley de colisión entre principios, uno de ellos prevalece sobre el otro y tales condiciones forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente, lo que abre las posibilidades de un proceso de argumentación por parte del órgano decisor, en el cual debe ser tenida en cuenta la regla con carácter prioritario frente al principio en sí mismo considerado (Alexy: 1993, págs. 134 y ss.). Con ello, habría casos en que los derechos fundamentales pueden funcionar como principios o como reglas, pero más que de una distinción estructural, se trataría de una “diferencia de enfoque” ya que ese doble carácter (principio-norma) puede predicarse de todos los derechos fundamentales (Prieto: 1992, págs. 51-52).

En todo caso, conviene incidir en que “los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión fundamentada...” (Alexy: 1989, pág. 149; 1993, págs. 160 y ss.). Los principios son tendencialmente contradictorios y cuando se plantea una colisión entre principios, existe un amplio margen de interpretación por parte del juez. Un tribunal u órgano decisor impone, en estos supuestos, la necesaria ponderación de ambos principios con el único límite de que la decisión final no esté claramente irrazonada.

Como en los derechos fundamentales las condiciones de aplicación se encuentran abiertas (Atienza; Ruiz Manero: 1996, págs. 9-11), sucede que en las normas que los contienen sólo existe una orientación hacia un valor o bien deseable, hasta que entran en conflicto respecto a otros valores o bienes deseables, protegidos por otros derechos fundamentales. En estas situaciones, en las que el intérprete ha de resolver el caso concreto, para ello ha de reformular la estructura de los principios en colisión, cerrando los supuestos de hecho. Esta operación conduce a que, una vez alcanzado el momento interpretativo, los derechos fundamentales han mutado bajo la forma de reglas. Si no sucediese así, su aplicación resultaría imposible. Estas reglas, derivadas de derechos fundamentales, son en realidad las garantías de cumplimiento de tales derechos, que son más fuertes o precisas en el plano argumentativo que los propios derechos (Rodríguez Toubes: 2000, págs. 136 y ss.). Cuando se produce, pues, un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto, habría que “ponderar las razones” de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro (Atienza; Ruiz Manero: 1996, pág. 18). En el caso de derechos fundamentales, como acabamos de señalar, se produce bajo la forma de reglas derivadas y la extracción de una regla definitiva.

En la operación de concreción que transforma los principios en una regla directamen-



te aplicable, se establece una relación de preferencia condicionada entre los principios en colisión. Al no existir relaciones de preferencia absolutas entre principios y como resultado de toda ponderación judicial correcta, puede formularse una nueva norma de derecho fundamental con carácter de regla, bajo la cual puede subsumirse el conflicto normativo (Alexy: 1993, págs. 94 y ss.). Los principios en sentido estricto, pues, no presentan la propiedad de ser cumplidos en diversos grados, sino que debido a su “fuerza expansiva” connatural se cumplen o no se cumplen después de determinarse su prevalencia en un caso genérico determinado, para lo cual es necesaria la formulación de reglas derivadas intermedias, y a su vez, a través de una regla definitiva extraída de la confrontación entre dichos principios en colisión. El juez o decisor, por lo tanto, efectúa un “balance de razones” en dos pasos o fases sucesivas: en primer lugar, extrae de los principios, a través del cierre del antecedente de ambos, alterándolos bajo la forma de reglas derivadas, una regla final que expresa el resultado de la ponderación entre los propios principios en colisión; y en segundo lugar, al disponer ya de una regla aplicativa, ésta sirve como razón perentoria, es decir, de base para dictar su resolución. La regla que aplicaría el juez tendría la forma canónica siguiente: *“Cuando el principio P1 prevalece sobre el principio P2 en las circunstancias C, y cuando bajo las circunstancias C se deriva del principio (P1) la consecuencia R, entonces es válida una regla que contenga C como supuesto de hecho y R como consecuencia jurídica”*. En este sentido, una norma de derecho fundamental, como expresión de un principio en sentido estricto, tendría un doble carácter: de principio y de regla a la vez (Atienza; Ruiz Manero: 1996, págs. 24 y 43-44). Para ser más precisa, esta formulación debería recoger la operación de concreción de los principios, al cerrarse su antecedente, lo que daría lugar al enunciado siguiente: *“Cuando el principio P1 (derivado en la regla R1) prevalece sobre el principio P2 (derivado en la regla R2) en las circunstancias C, y cuando bajo las circunstancias C se deriva del principio (P1-R1) la consecuencia R, entonces es*

*válida una regla que contenga C como supuesto de hecho y R como consecuencia jurídica”*.

La ponderación supone que entre dos principios en conflicto se produce una relación jerárquica cambiante según las circunstancias: en un caso se atribuye mayor peso a un principio, y en otro caso distinto, mayor peso a otro principio. La ponderación es una operación que conlleva, por tanto, el establecimiento de una “jerarquía axiológica móvil” que depende, en última instancia y para cada supuesto en concreto, del juicio de valor del intérprete (Guastini: 1996, págs. 121-122; 1999a, págs. 167-171; 1999b, págs. 42-45; Moreso: 2002, pp. 227-249). Además, puede decirse que, al ponderar derechos fundamentales y otros bienes protegidos a nivel constitucional, los elementos en equilibrio que son sopesados por el juez presuponen una armonización entre todos los elementos que participan en dicha operación, mediante la cual son confrontadas normas que protegen derechos junto a otras normas válidas que son “contradictorias” con aquéllas. Por lo tanto, no se trata sólo de la aplicación preferente de un derecho frente a otro, sino más bien de la consecuencia de una interpretación sistemática entre normas que protegen derechos fundamentales sobre las cuales son establecidos límites aplicativos para el caso concreto, ya que la delimitación del contenido del derecho proviene tanto de las normas que lo garantizan directamente, como de otros principios opuestos que restringen o limitan tal protección.

Por lo tanto, dar prevalencia a un enunciado jurídico que recoge valores, principios o reglas, en su caso, no significa darle superioridad *per se*, ni siquiera implícitamente. Lo que se produce es una relación condicionada de preferencia de un enunciado sobre otro en función de determinadas circunstancias, intereses o bienes protegidos en juego; ahí el órgano juzgador debe realizar una operación de contrapeso y ponderación que ha de dar lugar a una decisión razonada (Moreso: 2009, pp. 309 y ss.; Prieto: 2003).

Por incidir algo más sobre ello, la ponderación es una operación que no es libre ni ab-

solutamente arbitraria por parte del juez, sino que se encuentra sometida a unos criterios o requisitos de racionalidad en sentido amplio, en concreto a la proporcionalidad y a la razonabilidad de tal decisión.

Volviendo sobre el caso que estamos analizando, en un conflicto normativo en el que están presentes dos valores y principios contrapuestos, es decir, entre argumentos que sustentan la autonomía personal por un lado, y la dignidad humana vinculada al orden social, por el otro, hay que “ponderar las razones” de cada uno de ellos, así como justificar cierta preferencia aplicativa.

Tal y como acaba de ser anunciado, se puede decir que, en primer término, la resolución de tales conflictos debe estar sujeta al requisito de “proporcionalidad”, que Alexy entiende de tres maneras distintas pero complementarias: como necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. La adecuación supone que el medio debe ser apto para alcanzar un fin propuesto, así como que ese medio no impida ni dificulte la realización de otro fin que contemple un principio diferente. Por necesidad cabe entender que el medio empleado no se puede considerar apto si existe otro medio alternativo igualmente idóneo para la consecución del fin, y menos gravoso para el fin exigido por otra norma o argumento. Y en último lugar, la proporcionalidad en sentido estricto significa que en la aplicación de una norma o argumento hay que tener en cuenta las exigencias de las normas o argumentos contrapuestos en función de las circunstancias del caso (Alexy: 1993, págs. 100 y ss.).

No obstante, la mera aplicación del criterio de proporcionalidad en los sentidos que acaban de ser apuntados para la resolución de conflictos entre enunciados normativos puede ser necesaria pero no suficiente, ya que puede requerirse algo más para dar preferencia a un enunciado sobre otro u otros. En este sentido, unas normas o argumentos actúan de límites frente a otras u otros en la ponderación entre bienes y derechos. Con mayor razón si dos o más normas o argumentos en conflicto conservan siempre su validez, por lo que no cabe

hablar de una contradicción pura, sino de una tensión constante, perpetua e incluso oscilante entre enunciados normativos, lo que conduce a reforzar la idea de que no pueda establecerse una jerarquía estricta; todo lo más, se podría entender como algo imprevisible o inestable en abstracto, que construye la jurisprudencia según el caso particular. Por este motivo, el otro criterio a tener en cuenta, junto a la proporcionalidad, es el de “razonabilidad”, cada vez con mayor presencia e importancia, ya que se ha convertido en un recurso interpretativo básico en materia de derechos fundamentales, tanto en la jurisprudencia norteamericana como en la europea (Alonso García: 1984). El recurso a “lo razonable” permite al juez buscar el equilibrio entre derechos desde parámetros próximos al consenso social. Hay que decir que la razonabilidad no es un concepto claramente delimitado, sino una “noción de contenido variable” (MacCormick: 1984, págs. 132 y ss.) que abarca un campo de acción y aplicación muy amplio. Por ello, y desde el presupuesto general de una racionalidad práctica (Garzón Valdés: 1998; págs. 18 y ss.; 2001, págs. 319 y ss.), la alusión a la “razonabilidad” como concepto procedimental puede delimitarse a partir de tres requisitos: primero, sólo sería aceptable en situaciones que necesiten sobrepasar los mecanismos de la racionalidad formal; segundo, con ella se intenta lograr un equilibrio óptimo entre las diferentes exigencias en conflicto; y tercero: debe obtenerse, a su vez, el máximo consenso social, esto es, debe ser aceptada por la comunidad (Atienza: 1987, págs. 189 y ss.; 1993, pág. 175). Consiste en apelar a un “espíritu de adaptación” para resolver los conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado posible; por ello, debería ser, más que un argumento subjetivo del jurista, un requisito objetivo del Derecho (Zagrebelsky: 1996, pág. 147). También es cierto que resulta intrínseco a la misma su carácter vago, impreciso y variable, aunque cabría añadir que este defecto congénito puede tornarse en cierta ventaja, por su carácter indefinido. Esto quiere decir que su alto nivel de indeterminación, tanto en sentido espacial como temporal, permitiría incluso afirmar que dos o



más soluciones para un mismo caso, en principio diferentes, pueden ser al mismo tiempo razonables; por lo tanto, más bien se trata de justificar cuál de ellas es “más razonable” que la otra, aportando argumentos de peso. Así, al menos se obliga al órgano juzgador a justificar su decisión, lo cual no es poco, sino un gran avance en la motivación de sus decisiones.

En nuestro análisis, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, aunque simplificando quizás en exceso, el Comité de Derechos Humanos podría haber dictaminado la prevalencia de AD1 frente a AF1 en DC2, y por extensión, la prevalencia de AD2 frente a AF2 en DC3, si hubiera considerado otro tipo de razones justificativas. De hecho, tampoco hubiera sido una decisión incorrecta si estuviera suficientemente justificada en cuanto a que se hubiera considerado más proporcional y razonable que la contraria.

Por lo tanto, hay conflictos jurídicos en los que intervienen valores y principios, que no pueden resolverse sólo de manera racional. Cuando se da la situación de tener que resolver un “caso difícil”, esto es, en cuanto se plantean problemas de relevancia normativa, interpretación, prueba o calificación de los hechos, el órgano que resuelve debe buscar “buenos” argumentos, que se concretan en unas condiciones o requisitos por cumplir y que según MacCormick serían cuatro: universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias (MacCormick: 1978, págs. 152 y ss.).

La universalidad es un criterio formal que supone la existencia de un enunciado normativo general previo, aplicable a una situación concreta, que obliga a tratar los casos semejantes de forma igual, a menos que se pueda justificar la excepción. El argumento de consistencia o de no contradicción también es una propiedad formal del sistema jurídico que depende del cumplimiento de las normas por parte del juzgador cuando comprueba que no hay incompatibilidad alguna entre las normas que aplica y el resto de normas del sistema. El argumento de coherencia, por su parte, significa que una norma tomada en consideración por un juez ha de demostrar que se encuentra

respaldada por principios relevantes del sistema, es decir, que existe algún valor del ordenamiento jurídico que pueda dotar de sentido a la decisión. El requisito de coherencia sólo suministra una justificación débil, una exigencia negativa: ante un mismo caso podrían articularse dos o más decisiones coherentes que fuesen entre sí contradictorias. Si tenemos dos o más razones consistentes y coherentes en el sistema jurídico, desde un punto de vista justificativo, todas ellas son igualmente buenas (Ruiz Sanz: 2009, pág. 148). Por lo tanto, se necesitaría también argumentos de carácter consecuencialista (MacCormick: 1978, págs. 152 y ss.). Debido a la posible existencia de conflictos entre razones igualmente coherentes, el juez debe tener en cuenta un sistema de principios a partir de los cuales pueda establecer preferencias. Esta “jerarquización” remite a un nivel preracional; se pueden dar razones “no concluyentes”, es decir, referidas a actitudes emotivas y a “otros valores” como son la humanidad, la justicia, el sentido común, etc. (MacCormick: 1990, págs. 9 y ss.).

De cualquier forma, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, el hecho de que acabe aceptándose la argumentación contenida en DC2, al sostener la prevalencia de AF1 sobre AD1, apoya una decisión del Consejo de Estado francés, que puede mantenerse a la luz de las explicaciones anteriores, aunque podría resultar insuficiente o insatisfactoria. Si suponemos que se cumplen los criterios de universalidad, consistencia y coherencia, y en cuanto a que éstos sean necesarios pero no suficientes, me detendré y haré algunas consideraciones sobre el último de los criterios propuestos, esto es, respecto a tomar en cuenta las consecuencias.

Que la argumentación jurídica sea consecuencialista quiere decir que existen buenas razones para pensar que los jueces deben evaluar las consecuencias de varias decisiones posibles relativas al caso, dependiendo de criterios de “justicia” y “sentido común”, pero sobre todo por referencia a principios y valores básicos (MacCormick: 1978, págs. 132 y ss.). Así sucede en nuestro caso, en cuanto a que las razones aportadas en AD1, AD2, y AD3, frente a

las razones expuestas en AF1, AF2 y AF3, dan lugar a la solución propuesta en DC1, DC2 y DC3. No cabe desconocer que si el Comité de Derechos Humanos optó por estos últimos enunciados, podría haber optado también por otros alternativos, llamémosles DC1bis; DC2bis y DC3bis. Me refiero no tanto a las consecuencias del caso en particular para las partes en disputa, sino a las consecuencias que se derivan de los propios enunciados ADs y AFs; esto es, de los valores y principios que son defendidos en los mismos (autonomía personal *vs.* dignidad humana, respectivamente). Por lo tanto, la valoración de las consecuencias que acarrea una decisión particular debe hacerse desde una perspectiva general, es decir, el órgano juzgador ha de preguntarse qué ocurriría si el criterio que ha servido de fundamento a la decisión se convierte en una norma general a adoptar (Prieto: 1992, págs. 172-173).

Así pues, el juez debe tener presentes todas aquellas consecuencias que puedan extraerse de las normas, principios y valores que maneja; de esta manera, el criterio se encuentra de nuevo en la ponderación de las consecuencias de acuerdo a pautas de “razonabilidad” en el sentido apuntado (Ruiz Sanz: 1996, págs. 103-105). Otra cuestión importante consiste en cómo valorar las consecuencias de la decisión particular desde una perspectiva general, es decir, preguntarse qué ocurriría si el criterio que ha servido de fundamento para la decisión se convierte en una norma general del sistema con efectos jurídicos y sociales no sólo aplicables a las partes en la disputa, sino extensibles a cualquier caso que contenga las mismas peculiaridades. Si un órgano decisor pretende justificar que una consecuencia social es mejor que otra para alcanzar un fin propuesto, ha de poder someterse a una regla de universalización (Prieto: 1992, págs. 177-178). Quizás el problema sea determinar hasta qué punto caben excepciones o cómo se muestran y argumentan las semejanzas y/o diferencias entre unos casos y otros que se observan bajo un prisma o denominador común<sup>6</sup>.

En nuestro ejemplo, y en relación a la consideración de las consecuencias en el sentido

apuntado, la decisión del Comité de Derechos Humanos llevaría a la consecuencia C1 (derivada de DC1 + DC2 + DC3): *se prohíbe a M.W. trabajar en la empresa Fun-Productions con la finalidad de ser lanzado en espectáculos públicos*; frente a la otra consecuencia posible, que sería C2 (derivada de DC1bis + DC2bis + DC3bis): *se permite trabajar a M. W. en la empresa Fun-Productions con la finalidad de ser lanzado en espectáculos públicos*. Podemos observar que, deónticamente, prevalece una prohibición sobre un permiso. Así, se decide proteger preferentemente y de forma general a toda la comunidad a través de un imperativo negativo, antes que proteger de manera particular, esto es, en relación a la voluntad del sujeto individual, mediante una norma permisiva. La decisión, teniendo en cuenta sus consecuencias, protege de forma preventiva un “bien común” atribuible a “toda” la comunidad global (la no explotación de los enanos sin excepciones) frente a la consideración de la individualidad o de la elección personal de un sujeto directamente afectado. Traducido de nuevo al lenguaje de los derechos fundamentales, supone decantarse de manera evidente hacia la prohibición de unos supuestos “tratos inhumanos o degradantes” junto a la inadmisión de la libre disposición sobre el propio cuerpo y la negación del “libre desarrollo de la personalidad” incluso de la “libertad de pensamiento y de conciencia”. E insisto, no sólo se trata de una decisión particular, sino que cabe extenderla a la colectividad. Si además tenemos en cuenta que las consecuencias de la resolución han de ser evaluadas desde la generalidad en relación a posibles acciones futuras que tengan el mismo sentido o cierta similitud, la tendencia paternalista y holista de la decisión queda fuera de toda duda.

En cuanto a la justificación de la respuesta del Comité de Derechos Humanos, la discusión se torna de nuevo hacia el presunto contenido de esos valores en confrontación. Por este motivo, y con el objeto de precisar algo más sobre ello, habría que profundizar en esas dos ideas básicas a las que recurre el Comité, de manera un tanto superficial e incluso retó-



rica, al exponer las razones de su decisión: la dignidad humana (DC1, en relación a AD1 y AF1) y la no discriminación (DC3, en relación a AD3 y AF3). Veámoslas a continuación y por separado.

#### 4. BREVES APUNTES SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

No descubro nada nuevo si afirmo que ante la expresión “dignidad humana” nos encontramos con un problema lingüístico y conceptual importante: es un término potencialmente vago y ambiguo, por su indeterminación semántica y léxica, respectivamente, ya que es usada en diferentes ámbitos con los más diversos objetivos y finalidades. En ocasiones, la propia imprecisión del término conduce a una hipertrofia en su uso que produce una “dialéctica de confusión” muy recurrente para provocar reacciones positivas: cuando se habla de “dignidad humana” se pretende transmitir alguna característica elevada y hasta trascendental; por ello, la apelación a la misma de manera intencionada, sea cual sea el modo o contexto en el que se haga, produce una emotividad saludable que propicia de forma retórica cierta tentación de manipulación por parte del sujeto emisor del mensaje, que a veces llega a prescindir de su contenido con el único objetivo de buscar la complicidad por parte del sujeto receptor.

Me refiero con ello a que la dignidad humana ha estado al servicio de determinadas ideologías, fueran del signo que fueran, y ha sido utilizada como “arma semántica” de políticas y concepciones morales de muy diverso cariz. Su enorme ductilidad la ha convertido en seña de identidad de cualquier reivindicación, desde las más comprensibles o sensatas hasta las más increíbles o perversas. También es cierto que tal riqueza conceptual no puede ser limitada por definiciones convencionales o incompletas. El sincretismo innato a la propia noción de dignidad humana casi obliga a no definirla para no perder fuerza expansiva. Aun así, no

se puede negar que tiene una dimensión histórica, que está dotada de algunos contenidos más o menos concretos, que se ha forjado al menos de manera diacrónica en el Occidente europeo a partir de la antigüedad clásica y de forma mucho más notoria a partir de las concepciones liberal, socialista y democrática. Ello ha permitido avanzar en la atribución de derechos a los individuos más desaventajados. Se trata del “fundamento de la ética pública de la modernidad”, lo que la convierte en un *prius* de los valores y principios políticos y jurídicos de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad (Peces-Barba: 2002, págs. 12-13).

En nuestra tradición cultural, la dignidad es entendida de forma mayoritaria como un imperativo moral a partir del conocido *dictum* kantiano, con precedentes lejanos en el pensamiento estoico, expuesto en la *Fundamentación a la metafísica de las costumbres*, que apela a no utilizar al ser humano como un medio sino como un fin en sí mismo, en cuanto a que a la persona no se le puede considerar mercancía susceptible de ser tasada mediante un precio. Mucho se ha escrito y reflexionado sobre este sentido de la “humanidad” como virtud. Ahora bien, nos alejamos del debate filosófico cuando en múltiples ocasiones, en gran variedad de discursos, se utiliza el término con tanta fluidez expresiva que no se acaba de ver con claridad en qué consiste por una parte quién o qué es el medio y por la otra quién o qué es el fin; incluso puede que ambos componentes se hagan intercambiables según intenciones o preferencias. Es por ello que tal noción podría ser sustituida, en ciertos contextos, por otras algo más precisas como son las de autonomía o igualdad/universalidad (De Lucas: 2009).

Precisamente, el que la dignidad y la autonomía sean ideas entrelazadas se encuentra plenamente instaurado en la órbita kantiana, ya que la autonomía personal es aquello que fundamenta la apelación a la dignidad humana, en cuanto a que un ser racional es aquel capaz de elegir y dirigir sus propios actos según una “ley universal de libertad”, lo que le permite obrar de tal o cual manera. En este

sentido, el actuar de acuerdo a unas pautas de racionalidad le hace convertirse en un fin en sí mismo, y como sujeto racional hace que al mismo tiempo haya de respetar los deseos y fines de los demás individuos.

Un buen ejemplo de la ductilidad del concepto es el caso que venimos analizando. Resulta sintomático que en aras de la “dignidad humana” sea el demandante el que solicita que no se le prohíba trabajar en el espectáculo de lanzamiento de enano (AD1), mientras que es la parte demandada, esto es, el Estado francés, quien defiende la prohibición de tal práctica (AD2) desde ¿otra? dignidad humana, aquella que se vincula al mantenimiento del orden público. Uno se pregunta, pues, si una de las dos partes en litigio confunde o no entiende lo que es la dignidad, o si en cambio resulta que hay más de un concepto de dignidad aplicable al caso.

Una posible respuesta al respecto la podemos encontrar en Dworkin. Este autor distingue un concepto de dignidad instrumental y otro holista, que acaban siendo incompatibles entre sí. Respecto al primero, de evidente condición subjetiva, un acto sería indigno si el sujeto afectado sufre conscientemente un deterioro físico o mental. El segundo u holista se refiere a que el valor de la vida humana no depende de las experiencias ni percepciones de los individuos, sino del respeto que merece el propio hecho de ser persona en sí misma considerada (Dworkin: 1994, págs. 307-308). Este autor rechaza la primera opción por encontrar deficiencias en su aplicación a ciertos individuos que carecen de la capacidad de reconocimiento del propio sufrimiento (enfermos terminales, incapacitados o dementes), mientras que sostiene la segunda versión para la que el valor de la vida humana es un “todo”, independiente de las experiencias y percepciones subjetivas. En consecuencia, esta segunda noción de dignidad implica que su defensa compromete tanto al mismo individuo como a la comunidad en su conjunto (Pérez Triviño: 2001, págs. 203-205; 2007, págs. 76-77).

No cabe duda de que la dignidad humana es una cualidad moral atribuible a cualquier

ser humano con independencia de sus pensamientos, creencias o acciones. En este sentido, el desarrollo de una forma de vida inadecuada a ciertos parámetros presuntamente racionales no hace que el individuo que elige dicha forma de vida pierda su dignidad, ya que se trata de una cualidad absoluta e indisponible para el sujeto. De ahí se hace derivar su carácter inalienable. También es cierto que cabe reconocer la posibilidad de que toda persona pueda disponer o tener capacidad para realizar sus planes de vida o actuar de acuerdo a sus convicciones o elecciones sin sufrir manipulaciones o coacciones externas. Tal y como he tratado de mostrar, ni la autonomía ni la dignidad son valores de contenido previamente fijado ni ilimitados en su proyección institucional a través de derechos fundamentales, sino que entre ellos caben ciertos límites que desde el punto de vista moral pueden cobrar algún sentido, pero que desde parámetros estrictamente jurídicos, pueden tener otro diferente. De acuerdo con la distinción trazada por Pérez Triviño, a mi juicio paralela a la comentada proveniente de Dworkin entre dignidad instrumental y holista, puede admitirse una dignidad “relativa” y otra “absoluta”; la primera estaría fundada sobre criterios empíricos provenientes de las percepciones o comportamientos humanos y sería convencional, gradual y no moral. En cambio, la segunda o absoluta respondería a una característica propia de todos los seres humanos, y por lo tanto sería permanente, inmutable; y a través de la misma, podrían establecerse límites al comportamiento individual (Pérez Triviño: 2009, págs. 174 y ss.). Como concepto absoluto, me parece acertada la idea de que, aunque el individuo establezca planes de vida contrarios o haga un uso no razonable de la misma, no por ello la pierde sino que la conserva por tratarse de un rasgo irrenunciable, tal y como ha sido comentado. Pero la preferencia del deber moral frente a su disponibilidad o articulación como derecho subjetivo es otro asunto. El problema está en la proyección del ámbito de la moralidad hacia el derecho; o para ser más específicos, la manera en la que se produce la introducción de conceptos morales en el proceso judicial. La transferencia al



marco jurídico de esa dignidad absoluta, con las características descritas, plantea de nuevo la sempiterna discusión sobre la influencia de la moral en el derecho, es decir, las estrechas relaciones entre ambos campos de conocimiento. Por supuesto que no es ese el objeto de este estudio, pero algo hay que decir al respecto.

Con brevedad y sólo en relación al caso planteado: desde un punto de vista moral, en cualquiera de sus dimensiones, el espectáculo de lanzar enanos en público resulta estéticamente grotesco y subjetivamente despreciable. Es rechazable sin duda por obsceno, patético y de mal gusto. Ahora bien, desde la perspectiva de una decisión jurídica, esto es, la posibilidad de prohibir o permitir una conducta, que son las dos opciones planteadas en el supuesto, el modo de proceder correcto es someterlo previamente al test de derechos fundamentales, tal y como he intentado explicar a lo largo de estas páginas. Si se puede hablar de la dignidad como algo absoluto e irrenunciable desde un punto de vista moral, parece que a un nivel estrictamente jurídico resulta difícilmente compatible con la necesaria operación de ponderación de derechos, tal y como ha sido expuesta. En caso contrario, tendría razón aquél que sustentara la prevalencia apriorística de unos valores sobre otros, tendencia que he tenido ocasión de discutir y rechazar en el apartado anterior. Por otro lado, cuesta discernir sobre cuestiones jurídicas sin referirse a comportamientos empíricos demostrados (hechos jurídicos institucionales) en un proceso de decisión judicial, que evitan abrir el camino a elucubraciones ontológicas sobre el carácter absoluto de algunos valores, o mejor dicho, en su interpretación más adecuada a los fines que se persiguen. Por esos motivos, no se encuentran razones suficientes para justificar que la decisión tomada sobre la base de una pretendida dignidad humana enfrentada a las acciones individuales sea la mejor alternativa, entendiendo que la opción elegida por M. W., esto es, la permisión de esa conducta, también sería correcta desde un punto de vista jurídico.

Quizás la contemplación de un sentido absoluto de la dignidad humana fuera el tras-

fondo de la decisión del Comité de Derechos Humanos, consonante con la sentencia previa del Consejo de Estado francés, en su parca argumentación sostenida en DC2. Pero en realidad el Comité no lo explicita de aquella manera, sino que solamente apela toscamente a la protección del “orden público, en la que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana”. Cabe recordar que el Consejo de Estado francés, demandado en este caso, había revocado las sentencias de los tribunales administrativos al considerar que la libertad de trabajo y de comercio no impiden que “la autoridad, investida del poder de policía, prohíba una actividad incluso lícita, si con ello lo que se pretende es prevenir o hacer cesar el orden público”. Con ello lo que hace el Consejo de Estado francés es introducir por vía indirecta a través del “orden público” la idea de dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico en detrimento de la primacía de las libertades individuales<sup>7</sup>. Pero además el riesgo más notable está en la apertura de facultades extrajurídicas al juez constitucional que interpreta a partir de conceptos suprajurídicos (en este caso, la dignidad), otros conceptos (en este caso, el orden público) a los que recurre para tomar y justificar decisiones más o menos discrecionales. No cabe duda de que, y en palabras de Gregorio Peces-Barba relativas a este caso: “considerar a la dignidad como un componente del concepto de orden público, concepto jurídico administrativo muy elaborado, me parece dice este autoró empujarse a empujarse y privarle de su papel central, fundamental y básico”, que es hacer de la dignidad un “género” de carácter prepolítico y prejurídico de la autonomía moral, ya que de ambas emanan los valores y derechos que sostienen la democracia (Peces-Barba: 2002, págs. 64-65).

Ahora bien, habría que dar un salto cualitativo para afirmar lo contrario a lo que sostuvo el Comité, esto es, que la dignidad individual de M. W. tendría que haber prevalecido frente a la dignidad colectiva de la comunidad. Por eso, y a pesar de que la solución paternalista y holista no resulta quizás la más atractiva, y que parece mejor el respeto y la defensa de la

libre voluntad del individuo sobre el modo de desarrollar sus planes de vida, todo lo expuesto con anterioridad no conduce necesariamente a la renuncia de la discusión abierta sobre si la decisión fue (o no) la más (in)correcta posible. A estas alturas, queda fuera de toda duda que la respuesta depende de cómo se conjugue ese complejo binomio entre dignidad humana y autonomía personal.

## 5. CUESTIONES RELATIVAS A LA "NO DISCRIMINACIÓN"

Otros problemas presenta la solución adoptada por el Comité de Derechos Humanos cuando se refiere a si la práctica del lanzamiento de enano es o no es discriminatoria<sup>8</sup>. Ante la denuncia del demandante M. W., en la que tilda de "discriminatoria" la prohibición de ejercer libremente su trabajo, en DC3 el Comité argumenta, en relación a si está justificando aplicar la prohibición del lanzamiento sólo a un tipo concreto de personas (los enanos) y no al resto (los no enanos), que "*una distinción constituye una discriminación cuando no se basa en motivos objetivos y razonables*", pero que en este caso, dado que la prohibición del lanzamiento de enano sí que se funda en criterios "objetivos y razonables", y como "*sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados*", por tanto, la medida no reviste carácter discriminatorio.

Así pues, dos son las cuestiones que deberían dilucidarse al respecto: por un lado, qué se entiende por discriminación; y por el otro, qué significa fundamentar la prohibición en criterios objetivos y razonables.

Respecto al primer interrogante, el Comité de Derechos Humanos no define en su Comentario lo que considera discriminatorio o no. Cabría, pues, acudir a otras comunicaciones del Comité para averiguarlo. En concreto, el párrafo 7 de su Observación General número 18, de 11 de septiembre de 1989, es la primera que acuña un concepto de discriminación un tanto genérico e inspirado en textos internacionales, que ha venido utilizando des-

de entonces, en los siguientes términos: "... *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*" De esta guisa, la definición se refiere a aquellas diferenciaciones arbitrarias que han de ser prohibidas, la enumeración queda abierta a la aparición de otros supuestos no previstos, y no ha de tenerse en cuenta si existió o no la intención de discriminar.

En cuanto a lo segundo, esto es, la existencia de criterios objetivos y razonables que fundamenten la decisión de prohibir el "lanzamiento de enano", hay que precisar qué supone o en qué se concreta ser "objetivo" y "razonable" para el Comité, ya que se trata de una fórmula de estilo a la que recurre con bastante asiduidad en sus comunicaciones. En un principio, objetivo se contrapone a subjetivo, esto es, no ha de dar pie a interpretaciones divergentes o dispares; y algo razonable, tal y como tuve ocasión de comentar en un apartado anterior, acaba por reconducirse a que la decisión sea compatible o coherente con principios y valores presentes en el contexto social y orden jurídico circundante, lo que conlleva una justificación débil de cualquier decisión (Ruiz Sanz: 2009, págs. 141 y ss.). Por ello, cabe añadir la necesidad de que la medida sea proporcional en relación al objetivo perseguido y que éste además sea legítimo, en los términos también expuestos con anterioridad.

Discriminar implica la capacidad de elegir bajo algún criterio, racional o no. Como tal, es una actitud disposicional que conlleva un comportamiento o acción de interpretación variable. La discriminación tiene dos sentidos básicos: uno neutro y otro negativo. El primero es equivalente a "distinguir", "superar" o "clasificar"; mientras que el segundo se vincula a "parcialidad", "prejuicio", "favoritismo"



o “intolerancia”; en esta última acepción sería “distinguir o diferenciar pero negativamente, es decir, excluir” (Añón Roig: 2001, pág. 27). A ello cabe añadir una tercera posibilidad, aquella que plantea la llamada “discriminación inversa” que añadiría un tercer sentido de la discriminación, en este caso positivo, aplicable a situaciones a partir de las cuales resultaría justificado un trato desigual (Ruiz Miguel: 1994, págs. 77 y ss.).

Por aplicar estas categorías teóricas al supuesto en concreto, en este caso la parte demandante está haciendo alusión a un tipo especial de desigualdad que se refiere implícitamente a valorar de forma negativa un rasgo físico de un individuo (talla pequeña) en contraposición a una posición genérica de igualdad (talla normal), a través de la prohibición de trabajar en las mismas condiciones que cualquier persona, decisión que por lo tanto tiene consecuencias negativas sobre el propio demandante. De ello éste deriva una situación de injusticia y, como hemos tenido ocasión de comprobar, hasta de pretendida indignidad cuando se llevan a cabo acciones que ponen de relieve tales distinciones y diferencias.

En resumen y para ordenar de nuevo las diferentes posiciones al respecto, el argumento esgrimido por M. W. en AD3 es que se produce una situación de “discriminación” hacia los enanos, al impedirles realizar determinadas actividades laborales. Frente a esto, el Comité de Derechos Humanos argumenta en DC3 que “*sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados*” y en tal sentido, para este órgano la medida prohibitiva no reviste carácter discriminatorio, y así rechaza aquella argumentación, dando la razón o reforzando la otra, sostenida por el Estado francés en AF3, al defender que la prohibición no es discriminatoria, ya que “*por definición, sólo se aplica a las personas aquejadas de enanismo, pues son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida, y la indignidad de esa actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas*”; así pues, consiste en una diferencia de trato proveniente de “*categorías diferentes de personas, una de las cuales no puede resultar afectada por el fe-*

*nómeno del ‘lanzamiento’ por evidentes razones físicas*”.

En este sentido, respecto a si la diferenciación establecida es razonable, se ha indicado que tanto el Estado francés como la Comisión de Derechos Humanos recurren únicamente a una concepción de la igualdad geométrica o aristotélica, en cuanto a que “la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” (De Lora: 2006, pág. 123), sin contemplar la posibilidad del trato igual para desiguales. Podría entenderse que, aunque mercedados en su salud<sup>9</sup>, las especiales condiciones físicas de los enanos no les impide desarrollar este tipo de trabajo en condiciones normales. Pero en el fondo de la argumentación, el tema no es sólo negar que exista discriminación, sino las probables consecuencias negativas de cara al colectivo de personas de talla pequeña, si se entiende que este tipo de comportamientos intensifican la desconsideración de la sociedad hacia ellos.

Por ahondar algo más sobre el tema, la discriminación puede ser directa o indirecta e individual o de grupo (Añón Roig: 2001, págs. 29-31). La directa o manifiesta se da cuando se establece un tratamiento desfavorable, no racional y explícito; en la indirecta, en cambio, no se tiene en cuenta las diferencias, sino que a partir de una situación inicial de igualdad se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. En contraste con la primera, esta segunda es no intencionada. Además, frente a la discriminación individual exclusivamente *ad personam*, la grupal es aquella que sufre un individuo por razón de su pertenencia a un grupo y que lo sitúa en posición de desventaja en relación a otros individuos. Si tuviéramos que encuadrar alguno de estos tipos de discriminación en la situación de M. W., podría concebirse como indirecta y de grupo, de acuerdo a los parámetros indicados. Ello sin perjuicio de que pudiera considerarse que también exista una discriminación estructural. En cualquier caso, la argumentación del demandante tiene poco éxito frente a la respuesta de rechazo por parte del Comité en DC3, expresada a través del recurso a lo objetivo y ra-

zponible, fórmula con una alta dosis de indeterminación que ha de ser rellenada de contenido por el órgano juzgador. Tampoco se encuentra en resoluciones anteriores del propio Comité o en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, pautas específicas sobre el contenido de ambos requisitos. De nuevo aumenta el riesgo, tal y como sucedía con la idea de dignidad, aunque ahora con un perfil menos apegado a la moralidad y su influencia directa sobre el ámbito jurídico, de ampliar notoriamente ese margen de discrecionalidad de la decisión final en detrimento de la seguridad jurídica. La cláusula de “no discriminación” despliega en nuestro asunto, pues, todos sus efectos, en su sentido negativo.

## 6. PARA CONCLUIR ...

No mucho más cabe añadir a todo lo comentado. La decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de prohibir ejercer su trabajo a M. W. en el espectáculo público de lanzamiento de enano lleva aparejada la consideración de las consecuencias hacia un colectivo desfavorecido por sus particulares condiciones físicas, ya que presupone que ese tipo de trabajos resultan denigrantes no sólo para los individuos que los practican, sino para todo un colectivo de personas en sus mismas condiciones físicas. Y por extensión, a toda la sociedad. Por ello la decisión se fundamenta sobre dos pilares básicos: el respeto a la dignidad humana garantizada a través del orden público, y la no discriminación sobre el sujeto directamente afectado al prohibírsele tal actividad. Estas interpretaciones de la dignidad y de la discriminación han sido criticadas en este estudio, por poco precisas o indeterminadas. De hecho, llevan consigo la apertura arbitraria de los cauces institucionales de decisión jurídica. La medida, además, puede considerarse paternalista y holista, ya que prevalece de forma evidente un presunto interés general protector de la colectividad frente a la libre elección personal de su forma de vida por parte del sujeto directamente afectado.

No me resisto a finalizar el análisis del caso sin añadir algunos interrogantes que pretenden abrir mucho más la discusión que clarificar las dudas ya expuestas. Entre las preguntas que cabe plantearse, sin ánimo exhaustivo, están las siguientes: ¿por qué prohibir el lanzamiento de enano y no otras prácticas que pueden no respetar la dignidad de las personas?; esto es, ¿dónde está el límite entre un trabajo digno y no digno?; así pues: ¿acaso no hay trabajos que se realizan en condiciones indecorosas, denigrantes e incluso inhumanas, que en principio no son calificados de indignos?; o desde otro enfoque: ¿cabe admitir profesiones de alto riesgo en las que se pone en juego la vida de las personas aunque no se consideren indignas, más bien todo lo contrario? Por rizar algo más el rizo: ¿una persona no enana podría actuar en un espectáculo haciendo el papel de un enano?; es decir, ¿sólo los enanos tienen prohibido hacer de enanos en representaciones o espectáculos públicos y no el resto de personas?; ¿hay que censurar toda connotación al enanismo con independencia del sentido en el que se haga, sólo por ser estética o artística? En otro orden de cosas, si los jueces o cualesquiera órganos de decisión pueden determinar qué es digno o no con respecto a acciones humanas individuales, ¿podrían ampliar los supuestos a otros casos en los que se juzguen actos de personas con minusvalías o simplemente “diferentes”, que no sólo “desiguales”, por algún motivo físico o psíquico?; ¿la explotación comercial de defectos físicos más triviales como pueden ser la fealdad o la gordura aceptada, han de llevar a las mismas consecuencias?; en última instancia: ¿cuál es el objeto y quién tiene legitimidad para imponer esa barrera a un ser humano que no le permita decidir sobre su propia forma de vida? Sobre esto último, aquellos que abogan por la prohibición de actos contrarios a la “dignidad” vinculada a la alteración del “orden”, han de ser conscientes de la delgada línea que se traspasa con la tentación de ampliar los supuestos a todos aquellos casos en los que se dispone libremente del propio cuerpo. Baste con proponer tres ejem-



plos: la prostitución, los espectáculos pornográficos o las prácticas sadomasoquistas.

Se desprende de los interrogantes anteriores, que en el fondo de la cuestión yace un planteamiento hipócrita sobre lo que conviene valorar y destacar en cada momento como digno o indigno, en función de ideas preconcebidas o prejuicios sociales establecidos. El respeto hacia la autonomía personal a veces se

convierte en un serio obstáculo si la decisión de vivir de cierta manera, aunque no repercuta negativa y directamente sobre otros, no ofrece suficientes garantías de orden o estabilidad. En realidad no son los que se exhiben o actúan, sino otros en este caso, todos los que se ríen y disfrutan con los defectos físicos de los demás, los únicos responsables morales de una actitud estúpida, a través de la cual ocultan sus propios miedos.

## NOTAS

1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es el órgano que vela por el cumplimiento de aquellas obligaciones contraídas por los Estados Parte en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Tiene facultades para examinar informes de estos Estados sobre la situación de los derechos contenidos en el Pacto de su país, dirimir conflictos entre Estados Parte, conocer comunicaciones individuales y emitir observaciones generales interpretativas de las disposiciones del Pacto. En lo que se refiere a la recepción de comunicaciones individuales, que es nuestro caso, el Comité no dicta sentencias sino que emite observaciones que son incluidas en los informes anuales de la Asamblea General, aunque no tienen mayor fuerza jurídica. Ahora bien, lo que nos interesa en este estudio es discutir sobre la argumentación llevada a cabo por dicho Comité, que recoge parte de la ya expresada por el Consejo de Estado francés.

2. En algunos lugares, ha habido intentos o incluso como sucedió en Ontario (Canadá), iniciativas legislativas (Ley 97, 2003) cuya pretensión era prohibir el lanzamiento de enano, aunque no tuvieran éxito. La prohibición de tal práctica u otras similares no se encuentra regulada a nivel legislativo en ningún país; todo lo más, como ha acontecido recientemente en España, se ha llevado a cabo a nivel local. Esto ha sucedido, entre otros, en el Ayuntamiento de Zaragoza en relación al espectáculo cómico-taurino de “el bombero torero”. Este consistorio, en plenario de 4 de noviembre de 2008, acordó por unanimidad prohibir su inclusión en actos festivos públicos.

3. Precisamente, el comentario posterior del letrado del demandante va dirigido a contraargumentar sobre esto último, ya que señala que “a la concepción clásica de la trilogía del orden público francés, el buen orden (la tranquilidad), la seguridad y la salubridad pública, viene a sumarse la moral pública, y el respeto de la dignidad humana forma parte de este cuarto elemento.” Dos interrogantes extrae sobre ello: se pregunta si se consagra un “nuevo orden de policía” que abre la puerta ante todos los supuestos abusos, y en su caso, si resulta que el alcalde se va a “erigir en censor de la moral pública y en protector de la dignidad humana”.

4. Por precisar algo más: el Comité de Derechos Humanos sólo declara admisible la comunicación “en la medida en que parece suscitar cuestiones con respecto al artículo 26 del Pacto”, es decir, en relación a si existe o no una situación de discriminación.

5. Lo que voy a exponer obedece más a la actuación esperada por parte de un tribunal de carácter constitucional como es el *Conseil D’Etat* francés, que de un comité internacional como es la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. De la misma manera, por ejemplo, los casos jurídicos más “trágicos” que se plantean en España son aquellos que derivan del conflicto entre derechos fundamentales de los arts. 15 y 16 de la Constitución, esto es, entre el derecho a la vida e integridad física y moral de los individuos, sin que, en ningún caso, se pueda someter a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, y la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. No cabe duda de que el caso que estamos tratando también podría ser incluido dentro de este tipo de conflictos al plantearse entre el respeto a la integridad física y moral y la libertad de decisión con el objeto de trabajar en un espectáculo de “lanzamiento de enano”.

6. En Francia, la “Asociación Nacional de Personas de Talla Pequeña” llevó a cabo una amplia actividad pública en favor de la prohibición del lanzamiento de enano. En España también existe una “Plataforma de Personas de Talla Baja” que promueve actuaciones en el mismo sentido. Aquí ha habido algún caso similar en el que un enano se exhibía de feria en feria; el procedimiento era incluso más rupestre, ya que era lanzado al aire hacia un terreno arenoso. Otros casos que

guardan cierta similitud, pero también algunas diferencias, son aquellos en los que se produce la exhibición de enanos en espectáculos públicos. Además del ya mencionado “bombero torero”, otros han tenido cierta repercusión mediática; por ejemplo, a finales de febrero de 2004, la Fundación ALPE Acondroplasia, que defiende a los afectados por esta enfermedad debida a una mutación genética que produce enanismo, preparó una demanda contra Televisión Española y la productora Prointel por la emisión de un *sketch* en el programa “Un, dos, tres...”, en el que aparecían dos enanos vestidos de niñas, que eran ridiculizados y golpeados por un actor de talla normal. El Defensor del Pueblo abrió un expediente a TVE. Uno de los actores afectados se manifestó contrario a la denuncia, pues a él no se le había preguntado y creía que vulneraba su derecho al trabajo. El Defensor del Pueblo señaló en la nota que hizo llegar a la dirección general de TVE, que se evitara “la difusión de mensajes que de cualquier modo pudieran afectar negativamente a la plena efectividad de los derechos constitucionales, y más aún si dichos contenidos o mensajes pueden resultar contraproducentes para la integración social de quienes padecen cualquier tipo de discapacidad”. A la vista de la polémica creada, se decidió retirar el *sketch* del programa. Otros casos posteriores iniciados por la misma Fundación ALPE, junto a otras organizaciones de carácter similar, han sido la retirada de un anuncio de televisión de la compañía telefónica Amena, en el que caía un enano del cielo que se ponía a bailar ante un perplejo ciudadano (diciembre de 2002), o la retirada de la campaña de colchones Flex, en la que aparecían siete personas de talla baja junto a dos actores que representaban a Blancanieves y al príncipe (abril de 2005), o más recientemente, en febrero de 2007, la Fundación citada presentó otra demanda contra Telecinco y Globomedia por la emisión de un capítulo de la serie televisiva *Aída* (emitido el 21 de enero de 2007, llamado “el enano oscuro del corazón”, que fue líder de audiencia con más de cuatro millones de espectadores y un 24,8% de cuota de pantalla), en el que uno de los actores se mofaba en repetidas ocasiones de otro actor afectado de acondroplasia. El debate y discusión sobre la participación de actores enanos en este tipo de anuncios o programas, pues, está abierto.

7. Un comentario de la sentencia sobre este caso que nos ocupa, dictada por el *Conseil D'Etat* francés, puede verse en la publicación *Actualité juridique. Droit Administratif*, n° 12, 1995, págs. 442 y ss.

8. En realidad, tal y como ya fuera advertido en una nota anterior, el Comité sólo se pronuncia sobre el tema de la discriminación, en virtud del art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Del resto de cuestiones de fondo no se ocupa, ya que el demandante no agotó los recursos internos en el Estado francés. Pero al tener dicho artículo un carácter autónomo y abierto, la “cláusula de discriminación” que contiene es una herramienta adecuada para lograr también la protección de derechos no incluidos en el Pacto, así como lo hace dúctil hacia su aplicación a nuevas realidades que tengan que ver con supuestas actitudes discriminatorias.

9. La acondroplasia, enfermedad genética que padece M. W. y que ocasiona el tipo más común de enanismo, se caracteriza por el trastorno del crecimiento óseo. Se produce un acortamiento de los huesos largos del cuerpo, mientras que se mantiene la longitud de la columna vertebral, lo que da un aspecto desarmónico a todo el organismo: la cabeza, el abdomen y las nalgas son grandes en proporción a los brazos y las piernas, que son cortos, la frente es prominente y la región nasal pequeña, entre otras irregularidades fenotípicas. La enfermedad se presenta en uno de cada 25.000 niños nacidos vivos.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALEX, R. (1989), “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5.
- ALEX, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO GARCIA, E. (1984), *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- AÑÓN ROIG, M.J., (2001), *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México D. F., Fontamara.
- ATIENZA, M. (1987), “Para una razonable definición de ‘razonable’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4.
- ATIENZA, M., (1993) *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- DE LORA, P. (2006), *Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza Editorial.
- DE LUCAS, J., (2009) “Dignidad, pluralismo, democracia. Comentario al artículo 12. Respeto a la diversidad cultural y el pluralismo”, en *Comentarios a la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO* (Casado, M., ed.), (en prensa).



- DWORKIN, R. (1994), *El dominio de la vida*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, R. (1994), *Los derechos en serio*, estudio preliminar de A. Calsamiglia, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel.
- GARZON VALDES, E. (1998), "Razonabilidad y corrección moral", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 88; recopilado en (2001) *Filosofía, política y derecho. Escritos seleccionados* (ed. a cargo de J. de Lucas), Universitat de València.
- GUASTINI, R. (1999a), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Barcelona, Gedisa.
- GUASTINI, R. (1999b), "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, núm. 34.
- GUASTINI, R., (1996), "Derecho dúctil, Derecho incierto", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIII.
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez. Sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta.
- MACCORMICK, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, N., (1984) "On reasonableness", en *Les notions a contenu variable en droit* (Perelman, C.; van der Elst, R. dirs), Bruselles, Bruylant, 1984.
- MORESO, J.J. (2002), "Guastini sobre la ponderación", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 17.
- MORESO, J.J. (2009), *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- NAGEL, Th. (1979), "The fragmentation of Value", en *Moral Questions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PECES-BARBA, G. (2002), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2001), "El renacimiento de los castigos avergonzantes", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 15.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2007), *De la dignidad humana y otras consideraciones jurídico-político*, México D. F., Fontamara.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2009), "Stico: entre la autonomía y la dignidad", en *El Derecho en el cine español contemporáneo* (García Manrique, R., y Ruiz Sanz, M., eds.), Valencia Tirant lo Blanch.
- PEREZ-LUÑO, A.E., (1984), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.
- PRIETO, L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO, L. (2003), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- RODRÍGUEZ TOUBES, J. (2000), *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994), "Discriminación inversa e igualdad", *El concepto de igualdad*, (Varcárcel, A., comp.), Madrid., Fundación Pablo Iglesias.
- RUIZ SANZ, M. (1996), "Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial", *Jueces para la democracia*, núm. 25.
- RUIZ SANZ, M. (2002), *Conflictos jurídicos y sistemas normativos*, Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid.
- RUIZ SANZ, M. (2009), *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, Dykinson.
- ZAGREBELSKY, G. (1996), *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2009.

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009.