

Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales¹

Absolute Rights and Balancing. Current Approaches

Francisco M. **Mora-Sifuentes**

 <https://orcid.org/0000-0002-9881-2730>

Universidad de Guanajuato. México

Correo electrónico: fm.mora@ugto.mx

Recepción: 23 de julio de 2025

Aceptación: 23 de marzo de 2026

Publicación: 9 de abril de 2026

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20376>

Resumen: ¿Existen normas inderrotables en nuestros ordenamientos jurídicos? O dicho de otra forma, ¿puede restringirse la dignidad humana en situaciones de extrema necesidad, como en el caso de la bomba de relojería a punto de estallar, o para salvar la vida de un bebé inocente que ha sido secuestrado? Un tema crucial para la teoría contemporánea de los derechos es si existen algunos que tengan el carácter de “absolutos”. El mismo suele plantearse en relación con el reconocimiento de la dignidad humana en constituciones de posguerra, así como la prohibición de la tortura o de la esclavitud que se positivizaron de forma categórica y están contenidas también en diversos tratados internacionales. A partir de la influyente teoría principalista de Robert Alexy, en este escrito se discuten tres posturas en sede teórica con la finalidad de determinar en qué preciso sentido puede predicarse o no tal carácter absoluto de determinados derechos fundamentales o de algunas prohibiciones jurídicas.

Palabras clave: derechos fundamentales; ponderación; absolutos morales; deontologismo, tortura.

Abstract: Are there undefeasible norms within our legal systems? Or, put differently, can human dignity be restricted in situations of extreme necessity, such as the ticking time bomb sce-

¹ Una versión previa se presentó en el marco del Seminario Internacional “Il ritorno della crudeltà. Il diritto come tormento” celebrado en la Universidad Magna Graecia de Catanzaro, Italia, los días 21 y 22 de junio de 2024. Estoy en deuda con los profesores M. La Torre y Ch. Barnao por su amable invitación. De igual forma, agradezco a los participantes del Seminario: L. Ferrajoli, M. Lalatta, M. Kremnitzer, G. Siqueira, D. Melossi, R. Escobar, C. García Pascual, J. Margulies, L. Coutinho, P. Saitta y T. Pitch. Reconozco, finalmente, las sugerencias de las dos personas dictaminadoras del BMDC que me ayudaron a mejorar este texto. Los errores que subsistan son exclusiva responsabilidad del autor.

nario or in order to save the life of an innocent kidnapped infant? A central issue in contemporary theories of rights is whether there exist certain rights that possess an “absolute” character. This question often arises in connection with the post-war constitutional moments, with the legal recognition of human dignity, as well as the categorical prohibition of torture or slavery —prohibitions that have been positivized in a peremptory manner in some western constitutions and are also contained in various international treaties—. Drawing on Robert Alexy’s influential principle-based theory, this paper discusses three theoretical positions with the aim of clarifying the precise sense in which the absolute nature of certain constitutional rights or legal prohibitions can —or cannot— be asserted.

Keywords: constitutional rights; balancing; moral absolutes; deontologism; torture.

I. Introducción

¿Existen normas inderrotables en nuestros ordenamientos jurídicos? O dicho de otra forma, ¿puede restringirse la dignidad humana en situaciones de extrema necesidad, como en el caso de la bomba de relojería a punto de estallar o para salvar la vida de un bebé inocente que ha sido secuestrado? Un tema crucial para la teoría contemporánea de los derechos es si existen algunos que tengan el carácter de “absolutos”. El mismo suele plantearse en relación con el reconocimiento de la dignidad humana, el inherente valor moral de las personas,² en constituciones de posguerra, así como la prohibición de la tortura o de la esclavitud que se positivizaron de forma categórica y están contenidas también en diversos tratados internacionales. A pesar de que nuestra intuición podría dictarnos que la dignidad humana es intangible —“*unantastbar*” como reza la *Grundgesetz* alemana de 1949—, lo cierto, y paradójico a la vez, es que hoy en día suele afirmarse más bien lo contrario. Se dice que los derechos fundamentales nunca son absolutos pues su método de aplicación es la ponderación y, sobre todo, porque pueden ceder ante la puesta en práctica de bienes o intereses colectivos.

² Por dignidad puede entenderse en este trabajo, de forma genérica, la formulación del imperativo categórico kantiano como prohibición de instrumentalización que reza: “la humanidad misma es dignidad: *porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre* (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas”. Véase Kant (1989, p. 335).

En este trabajo me gustaría analizar tres alternativas disponibles en sede teórica sobre el carácter absoluto o no de determinados derechos o prohibiciones jurídicas a fin de determinar sus similitudes y diferencias. Así, en primer lugar, desarrollaré lo que denomino la “visión estándar” de los derechos desde la influyente doctrina de Robert Alexy. Luego, me detendré en una crítica formulada al principialismo y su escuela por defender una concepción relativa de la dignidad humana. Frente a ella, se ha buscado construir el carácter inderogable de ciertas prohibiciones jurídicas, *v. gr.* de la tortura, al tener como base algunas discusiones en el plano de la filosofía moral. Tal es el caso de Juan Antonio García Amado. Por último, me ocuparé de la alternativa desarrollada por Juan Carlos Bayón, quien pretende construir la absolutez de ciertas disposiciones jurídicas desde su convencionalismo, y pasar revista a algunos inconvenientes de las propuestas de aquellos otros dos autores. Para concluir realizo una breve discusión sobre los méritos relativos de cada una de las tres propuestas. Pero antes de proceder, conviene explicitar el porqué de la selección de cada uno de esos autores y hacer una aclaración previa.

Decidí elegir el trabajo de Alexy porque representa, en mi opinión, la teoría dominante sobre la adjudicación constitucional y su “principialismo” tiene uno de sus flancos más cuestionables en este preciso punto. La elección de García Amado obedece a su postura crítica manifiesta a la teoría alexiana, al establecer lo que sería, considero, una “visión intuitiva” a propósito del tema (*i. e.*, el carácter de “regla imponderable” de la dignidad). Decidí abordar la sofisticada reconstrucción del profesor Bayón toda vez que su análisis ilumina la discusión. Además nos ofrece, desde su convencionalismo, una alternativa frente a las anteriores propuestas. Las tres, estimo, son representativas de la manera de tratar la problemática en cuestión. Debido a la extensión, dejo de lado otros abordajes iusfilosóficos que circulan en nuestra órbita cultural, tales como el “garantismo” de Luigi Ferrajoli o el así denominado “especificacionismo” de José Juan Moreso.

Como resultará evidente del título que he seleccionado, y como aclaración previa final, en el presente trabajo no me ocupo de la tortura³ como

³ Para los efectos de este trabajo, entiendo, de forma genérica, que la tortura consiste en infligir deliberadamente un grave dolor físico (o psicológico) a una persona a fin de obtener

tema central. El lector no va a encontrar en estas páginas un recorrido histórico sobre la figura y sus relaciones con el derecho —*v. gr.* desde el punto de vista procesal—, tampoco una fina digresión filosófica sobre el papel que las doctrinas utilitaristas o deontológicas, en el plano de la ética normativa, podrían suponer para su aceptación o rechazo.⁴ Lo que aquí mencionaré sobre la tortura o la dignidad humana será solo “incidental”, por así decirlo.

Señalado esto, también conviene enfatizar que ninguna de las propuestas que analizaré es partidaria o está a favor de la práctica del tormento. Mucho menos defienden el retorno de la crueldad al interior de la ciudadela del derecho. Nadie aboga por la legalización de la *quaestio* en nuestros Estados constitucionales. Sus planteamientos no buscan que la tortura se reglamente o que se reconozca excepción posible a la misma en sede jurídica. Por ello, mi finalidad en este trabajo es mucho más modesta: mostrar en qué preciso sentido algunos autores defienden el carácter “absoluto” de determinados derechos o de determinadas prohibiciones jurídicas.

II. La visión estándar

Robert Alexy encuadra nuestro tema en lo que denomina concepciones relativas y absolutas de la dignidad humana. Como avancé, parte de la consideración de si —y, en caso afirmativo, por qué— la garantía de la dignidad humana, reconocida en el artículo 1.2. de la Ley Fundamental de Bonn, goza de prioridad incondicionada frente a otros derechos o bienes iusfundamentales potencialmente en conflicto. Dicho de otra manera, ¿hay casos en los que se puedan afirmar restricciones justificadas a la dignidad humana? Si la respuesta es positiva se adopta una concepción relativa. Si la respuesta es negativa se adopta una concepción absoluta de la dignidad humana y, con ella, se excluye la idea de ponderación. Como resultará obvio, Alexy (2014) sostiene

algo de ella, *i. e.*, una confesión o una determinada declaración (véase RAE). Para las complejidades que involucra definir la tortura, puede verse Miller (2024).

⁴ El lector interesado en un trabajo erudito sobre la tortura, en el que se aborde desde la perspectiva histórica, la filosofía moral, los derechos humanos o las implicaciones que tiene para el concepto y naturaleza del derecho, con una fuerte impronta humanista y deontológica, puede acudir al trabajo de La Torre (2022).

ne la concepción relativa, pero afirma “que existen algunos rasgos de la dignidad que la orientan en la dirección del carácter absoluto” (p. 13).

Tal orientación no quiere decir, sin embargo, que la dignidad humana posea una naturaleza absoluta como intuitivamente podría pensarse y es este el punto crítico que tiene que afrontar. Para hacerlo, Alexy va a estructurar su argumentación en tres pasos: primero, en relación con su teoría de los principios; segundo, en relación con su construcción del concepto de dignidad humana; por último, debe hacerse cargo de las críticas a la “devaluación de la dignidad” a la que abocaría su esquema. Aquí basta con referirme al primero y al tercer punto para los fines de este trabajo.

El tratamiento *alexiano* parte de su teoría de los principios que defiende una distinción lógica entre reglas y principios (Alexy, 2007, p. 163). Para él, toda norma es una regla o un principio. Ambas establecen lo que es debido (Alexy, 2007, p. 114). Mientras que las reglas son mandatos definitivos (Alexy, 2007, pp. 68-70), los principios, en cambio, son normas que “nos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Son mandatos de optimización.⁵ Esta es la influyente definición que Alexy brinda de los principios, toda vez que “pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos” (Alexy, 2007, pp. 67-68). Los conflictos entre principios deben resolverse mediante una “ponderación” de los intereses contrapuestos.

Ello significa que a través de dicha ponderación se establecerá cuál de los intereses que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto (Alexy, 2007, p. 72). La solución de la colisión consiste en que, al tener en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de “precedencia condicionada”, lo que supone que, a la vista del caso, se indican las condiciones en las que un principio precede al otro.

⁵ La definición de los principios como ‘mandatos de optimización’ no es pacífica, ni siquiera para los propios seguidores del principialismo —algunos de ellos, discípulos directos de Alexy—. Sin embargo, sigue vigente gracias a su gran “plausibilidad intuitiva”. Véase Sieckmann (2011, p. 28). De manera más reciente, también del propio Sieckmann (2023, pp. 321-346).

En otras circunstancias específicas, la pregunta de cuál de los principios debe preceder puede solucionarse inversamente (Alexy, 2007, p. 73).

La idea de precedencia condicionada es de suma trascendencia para la colisión entre principios y, con ella, para la propia teoría, pues excluye otra más radical (o de tipo “incondicionada”). Con ello se abre la posibilidad de acudir a la “metáfora del peso” en la solución de los conflictos entre derechos. Puede formularse de la siguiente manera: “Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Alexy, 2007, p. 75).

Según Alexy, que un principio valga para un caso no significa que lo que exige ese principio para este caso concreto tenga validez como resultado definitivo. La relación de precedencia condicionada debe hacerse con base en los cuatro elementos que forman la estructura de la ponderación: *a)* la ley de la ponderación; *b)* la fórmula del peso; *c)* la ley de la colisión y *d)* las cargas de argumentación. La ley de ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro”, puede dividirse en tres pasos: en el primero, es preciso definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios; en el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio contrario; en el último, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2002, pp. 32 y ss.). El grado de afectación de los otros principios se determina con base en tres variables. En primer lugar, mediante el uso de una escala de tres intensidades: “leve”, “medio” o “intenso”. Bastan aquí esas cuestiones básicas de la teoría de los principios. Volvamos a nuestro tema.

Para tener una idea más ajustada de la postura de Alexy sobre el particular, es de especial interés incidir en el peso abstracto de la dignidad humana, así como en la denominada segunda ley de la ponderación que versa *también* sobre variables empíricas. En efecto, el peso abstracto de los principios relevantes se funda en el reconocimiento de que, en ocasiones, uno de los principios en conflicto puede tener mayor peso en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en una sociedad determinada. Tal es el caso paradigmático de la dignidad humana, al tratarse de un principio al que, por lo general, solemos reconocer un mayor peso o impor-

tancia.⁶ De este rasgo se extrae, para Alexy, “cierta tendencia hacia su carácter absoluto”. Ello implica que la dignidad sólo podría verse limitada en una ponderación cuando se coloca la dignidad del otro lado. Esto es, como principio en colisión: “si se asume que la dignidad humana es el principio supremo del Derecho, su peso abstracto es neutralizado solamente en colisiones en que la dignidad humana se sitúa a ambos lados” (Alexy, 2014, p. 15).

A su vez, hay que traer a escena la variable de la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyectada sobre los principios relevantes. Esto va a ser crucial. La existencia de esta variable surge una vez que caemos en la cuenta de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza y, a partir de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio (Bernal Pulido, 2006). Esto da lugar a lo que Alexy denominó “segunda ley de la ponderación”, que incorpora premisas tanto de tipo empírico como normativo: “Cuanto más pese la afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes” (pp. 62 y ss.).

Con ese añadido, Alexy postuló la “ecuación de la certeza” que da lugar a una versión más sofisticada de la famosa fórmula del peso. Dejando de lado los aspectos técnicos de la misma,⁷ hay que incidir aquí en el papel que las

⁶ La idea de asignar un peso abstracto mayor a la dignidad humana no es infrecuente al interior de la segunda escuela de Kiel. En tal sentido, Klatt y Meister afirman que, en efecto, “podría asignarse a la dignidad humana o al derecho a la vida un peso abstracto mayor que a la propiedad o el derecho general a la libertad”. Sin embargo, lo anterior no supone una concepción absoluta de la dignidad. De nuevo en sus palabras: “La asignación de un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales no determina el resultado de la ponderación. Es verdad que mediante la atribución de mayor peso abstracto los derechos fundamentales obtienen una especie de ventaja en la ponderación frente a otros principios constitucionales que no son de esta índole, pero su esbozada primacía existe sólo *prima facie*, no definitivamente”. Véase Klatt (2017, pp. 16-17).

⁷ Todo lo anterior tiene que ver, pienso, con la incorporación y los problemas que han planteado para la teoría de Alexy el desarrollo de los principios formales. En efecto, los principios formales implicaron, por un lado, el paso de un *in dubio pro derechos* a un *in dubio pro legislature* en cuanto a las cargas de la argumentación para su *Theorie der Grundrechte*. A su vez, implicaron la formulación de una “segunda ley de la ponderación” o de una “ley epistémica de la ponderación”, según la cual, “cuanto más intensa sea una intervención de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención” y que, como ya dije, juega un papel central para dotar de esa tendencia hacia el absoluto

consideraciones de tipo epistémico o empírico juegan en las colisiones extremas o casos trágicos (Alexy, 2014a, p. 25). Ejemplos de este tipo de casos para Alexy son “el derribo de un avión lleno de pasajeros que ha sido secuestrado por terroristas con el propósito de usarlo como arma para matar al mayor número posible de personas”, o bien “la tortura en el escenario de una bomba nuclear a punto de estallar”. Ello es así, sostiene, porque “la cuestión de si la afectación está o no justificada depende esencialmente de la certeza de numerosos presupuestos empíricos”.

Entonces, el profesor de Kiel enfrenta el problema de la garantía de la dignidad humana sobre la base de dos ideas: la primera es el mayor peso abstracto de la dignidad de la que arranca “cierta tendencia al absoluto”; la segunda tiene que ver con el papel que juegan las elevadas incertidumbres epistémicas en los casos mencionados. Al combinar ambas ideas se concluye que la dignidad humana sería un derecho “relativamente absoluto”, porque puede preverse que *casi siempre* resultará ganador en la ponderación, o lo que es lo mismo, que su restricción no está justificada en la inmensa mayoría de los casos.

Después de construir su “concepto puente” de dignidad humana, que conecta elementos tanto empíricos como normativos, Alexy se pregunta si es posible su construcción a través de la noción de principio —*rectius* mandato de optimización—; es decir, si la dignidad es algo que “pueda realizarse en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Y la respuesta es afirmativa, en su opinión. Esta última aseveración le llevó a revisar su tesis de que puede adscribirse tanto una regla como un principio a la dignidad humana contenida en el artículo 1.1. de la Ley Fundamental de Bonn. Así, dado el “teorema de la dominancia”, Alexy terminó por reconocer que la construcción de la noción de dignidad humana,

de la dignidad humana dentro de su concepción relativa. Además, la fórmula del peso (*Die Gewichtsformel*) también ha sido modificada para dar cabida al problema que los principios formales tratan de resolver; esto es, dejar márgenes de acción discrecionales al legislador democrático. Tal fórmula es cada vez más compleja o adicionada, al ser la “fórmula del peso completa refinada” la última aceptada entre algunos partidarios de dicha teoría —lo que significa que en el argot alexiano no puede hablarse de “la” fórmula del peso sino de “las” fórmulas del peso, en plural—. Con ella Alexy introdujo un nuevo modelo de “optimización epistémica de segundo orden” para los principios formales. Véase Alexy (2014b). Me he ocupado brevemente de algunos de esos aspectos en Mora-Sifuentes (2024, pp. 125-156).

en tanto regla, resulta vacía. Hecho tal ajuste a sus planteamientos anteriores, con todo, la construcción de principio, al ser la correcta para el profesor de Kiel, se enfrenta a varias objeciones. Entre ellas destaca aquella que afirma que su construcción relativa termina por devaluar la norma de dignidad humana, al sustraerle su carácter de garantía y degradarla a un mero elemento del juicio de ponderación. ¿Pero es realmente así?

En primer lugar, para Robert Alexy, la supuesta degradación de la dignidad humana no se produce debido a que existen innumerables casos en los cuales cabe determinar que la misma ha sido vulnerada desde el punto de vista normativo dado su elevado peso abstracto. La ponderación, por tanto, no va a ocupar un lugar central para la dignidad humana como en el caso de otros derechos, *v. gr.*, la libertad de expresión o el derecho al honor. Más bien, la noción de dignidad en tanto mandato de optimización entrará a escena únicamente en casos límite o trágicos.

En segundo lugar, la dignidad humana para Alexy tampoco se devalúa, como insisten los críticos, debido a que en su construcción tiene un papel básico la llamada “fórmula del objeto”. Según esta última, se imposibilita “que la calidad de sujeto del afectado [...] sea fundamentalmente puesta en cuestión”. Pero determinar cuándo alguien es convertido “en mero objeto”, en condiciones concretas o específicas es, asimismo, una cuestión que habrá que ponderarse. Con todo, para el autor esa fórmula implica que un número importante de casos sean resueltos por medio de subsunción, lo que, para él, contribuye de nueva cuenta a la estabilidad de la garantía de la dignidad humana. En tercer lugar, por lo que se refiere al peso abstracto y la certeza epistémica, entiende que esta última está casi siempre del lado de la dignidad humana.⁸ Ello es claramente así en aquellos supuestos trágicos tales como

los casos de tortura o el escenario de la bomba nuclear a punto de estallar o del derribo de un aeroplano secuestrado por terroristas que planean utilizarlo como un arma para matar al mayor número de personas posible, los valores de certe-

⁸ Las implicaciones que tiene la certeza de las premisas empíricas relevantes, para la construcción relativa de la dignidad humana, han sido desarrolladas con mayor detalle por Borowski (2021, pp. 297-339).

za tanto empírica como normativa del lado de la dignidad humana son inusualmente altos. (Alexy, 2014a, pp. 24-25)

De tal forma que

en los casos extremos o trágicos, en los cuales hay que asignar los valores más altos del lado de la dignidad humana, la afectación a la dignidad humana solamente es proporcional en [1] una de entre 81 [ochenta y una] constelaciones proporcionales por el resto. En todas las demás constelaciones, es decir, las 80 restantes, la afectación de la dignidad humana es desproporcionada, y por tanto inconstitucional, y por tanto debe ser prohibida. (Alexy, 2014a, p. 25)

El catedrático emérito de Kiel estima que es muy difícil que pueda generarse una degradación de la dignidad humana en su teoría si se tienen presentes esos tres argumentos. En última instancia, y este es su cuarto argumento, preferir la concepción relativa de la dignidad humana que la conecta con la ponderación en la aplicación del derecho, obedece a una exigencia de racionalidad. En su opinión, ninguna otra alternativa (*i. e.*, los cánones tradicionales de interpretación) ofrece un esquema de aplicación más racional posible que la ponderación y, por tanto, para la garantía de la dignidad humana. Su último punto consiste, pues, en afirmar que la ponderación es una forma de argumentación jurídica racional. Frente al “intuicionismo de la dignidad humana” que lleva implícita una confesión de irracionalidad, la argumentación es una expresión de racionalidad y ello demostraría “por qué la construcción relativa puede ser considerada correcta” (Alexy, 2014a, p. 27).

III. Una crítica a la visión estándar

La visión estándar abanderada por el principialismo, que plantea una construcción relativa de la dignidad, ha sido duramente criticada. Una de las principales objeciones a las que se enfrenta es que no logra hacer espacio a una idea muy arraigada: que existen normas que no pueden ni deben ponderarse. Pero las cosas no son exactamente así, incluso en el caso de la dignidad huma-

na.⁹ Además, la teoría de Alexy tendría la siguiente implicación para algunos de sus críticos: si todas las normas iusfundamentales son mandatos de optimización y éstos pueden balancearse con otras normas constitucionales o infraconstitucionales, entonces cualquier norma podría ser derrotada sobre la base de una argumentación moral sustantiva. Se trata de una pesadilla más, al actualizar la imagen que del derecho nos ofrecía el realismo jurídico; la pesadilla “del mundo sin reglas” a la que nos abocaría el principialismo, vía el efecto irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico.¹⁰ ¿Cómo sortear ese peligro, supuesto o real?

Un intento pasa por tener a los derechos fundamentales como reglas estrictas y evitar con ello el denominado conflictivismo entre derechos. Desde aquí se predica el carácter absoluto de algunas prohibiciones, en especial, las recogidas de manera categórica en algunos textos constitucionales. Ejemplificativa de esta posición es la de Juan Antonio García Amado, catedrático en la Universidad de León, España. A diferencia del planteamiento de Alexy, quien lo formula desde su teoría de los derechos fundamentales y, por tanto, desde la teoría del derecho, el profesor español, en cambio, sigue literatura de filosofía moral anglosajona al ubicar parte importante de su argumentación aquí. Por lo que respecta a la teoría jurídica, se apoya en discusiones

⁹ Después de señalar que “es de mala nota no sólo discrepar del carácter absoluto del principio de inviolabilidad de la dignidad humana contenido en la Constitución”, lo que lo convierte en un tabú (p. 104), Alfonso García Figueroa afirmó: “a quienes interpretan la ausencia de excepciones efectivas (al principio de dignidad humana, por ejemplo) [...] invalida el carácter principal de una norma, habría que insistir en recordarles que en realidad nos hallamos ante una propiedad disposicional y no categórica de las normas y que conviene que no lo olvidemos especialmente si permanecemos atentos a la advertencia de los particularistas, que insisten sobre la imprevisibilidad de las concretas constelaciones de razones que pueden llegar a concluir en un caso particular” (García Figueroa. 2009, pp. 138-139).

¹⁰ Al preguntarse si el artículo 9.1. de la Constitución Española (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) sería para Alexy una regla o un principio, afirma García Amado expresamente: “en el sentido de la distinción que Alexy traza, viene a dar igual, pues *tanto las reglas como los principios son normas derrotables por los principios a través de la ponderación*. Pero ¿podemos admitir que es jurídicamente derrotable la norma constitucional que proclama la superior jerarquía normativa de la Constitución? O de cómo las incongruencias de la teoría jurídica conducen en la práctica a aporías sin cuento”. Véase García Amado (2024, p. 40) (énfasis añadido). Defendió una idea próxima (*i. e.*, la derrotabilidad de todas las normas o la inexistencia de reglas en el Estado constitucional vía el efecto de irradiación), el propio García Figueroa (2009, p. 145).

en el ámbito del derecho penal. Así, lo primero que hay que considerar es el distinto plano en el que ambas propuestas se desenvuelven.

La estrategia de García Amado —como buen defensor de las tesis clásicas del positivismo jurídico— pasa por fragmentar o, mejor, intentar diferenciar nítidamente entre dos ámbitos normativos y sus respectivos juicios: el moral y el jurídico. Ubica su discusión en el plano de la teoría moral y, desde ahí, saca algunas conclusiones para la teoría del derecho. Así, el meollo del asunto para él es el siguiente. La pregunta de si la tortura puede estar justificada moralmente en algunos casos excepcionales debe responderse de manera afirmativa. Sin embargo, la prohibición absoluta de la tortura tiene que defenderse a ultranza en sede jurídica por otro tipo de consideraciones.

En efecto, para García Amado cerrarse de forma dogmática a que la tortura pueda estar justificada moralmente en algunos casos obedecería a un “deontologismo ciego” o, en el peor de los casos, a cierto “atavismo religioso”, reacio a brindar razones intersubjetivamente válidas. Estima, por el contrario, que un razonamiento moral sosegado (no degenerado o viciado en sus condiciones), daría lugar a concluir “que no es racionalmente descartable que la tortura pueda estar en algún caso moralmente permitida” (García Amado, 2016, p. 15). Su objeto de crítica —nos dice— son aquellos que se niegan a plantearse la cuestión, al afirmar, por ejemplo, que no existe excepción moral disponible para quien se vea en la “necesidad extrema” de torturar, por así decirlo. De tal forma que su argumento se dirige específicamente contra el absolutista moral, que defiende que la tortura nunca estaría permitida.

Para ello procede en varios pasos. En el primero, incursiona en la discusión de si existen absolutos morales, desde qué presupuestos suele defenderse esto último y, sobre todo, si tales esfuerzos resultan exitosos. Luego, hace un repaso sobre algunas perplejidades que la tortura plantea; sobre todo, en lo referente a la legítima defensa o los supuestos de “inhumanidad” del delincuente. Después, nos ilustra sobre algunas consecuencias penales para el torturador cuando la acción esté moralmente justificada, al descender ya al plano del derecho.

El punto nuclear de la prohibición incondicionada de la tortura en sede de ética normativa tiene que ver con la existencia o no de “absolutos morales”. García Amado cita como defensor de tal punto de vista a John Finnis, autor católico-tomista, reconocido como el teórico más importante del de-

recho natural en el ámbito anglosajón y que ha escrito en específico sobre los absolutos morales.¹¹ Ahora bien, ¿qué podemos entender por un absoluto moral? En palabras del catedrático de León:

Decimos que la prohibición moral de X es absoluta o que hay un absoluto moral que prohíbe hacer X cuando el hacer libremente X (pudiendo optar por no hacer X) se considera moralmente reprochable, moralmente malo, en todo caso y bajo cualesquiera circunstancias posibles. En palabras de Judith Jarvis Thomson, “los absolutistas mantienen que ciertos actos (por ejemplo, la agresión a un inocente, el romper una promesa, el robar, el mentir) son siempre inmorales [*wrongs*], incluso cuando sirven para evitar los más extremos desastres. (García Amado, 2016, p. 19)

Lo característico de ese modo absolutista de entender los principios morales es que no permite dar entrada a consideraciones de naturaleza consecuencialista en ninguna circunstancia. Tal es el caso del tratamiento de la tortura cuando se afirma que no hay excepción moral al alcance del torturador, aun cuando su acción “haya sido para salvar la vida de un hijo suyo o para salvar la vida de cien mil conciudadanos, como es el caso típico de la bomba de relojería” (García Amado, 2016, p. 19). Inclusive, para el absolutista moral no puede ni debe haber espacio para debatir la posible justificación de la tortura, por más que algunos apelen a una racionalidad de tipo instrumental para ese fin.

En el artículo de García Amado es perceptible la influencia de Jeff MacMahan, quien planteó el problema en esos términos: critica la existencia

¹¹ Véase Finnis (1991). Es muy elocuente que este libro sea recomendado por la propia editorial católica que lo editó como un recurso muy valioso tanto para los críticos como para los defensores de la “teología moral tradicional”. Debe apuntarse también que ninguno de los dos autores asociados al principialismo, como R. Dworkin o R. Alexy, defienden el absolutismo moral. Según el propio John Finnis, Ronald Dworkin rechaza la existencia de absolutos morales y asumiría —junto a H. Arendt, J. Rawls, Th. Nagel, E. Voegelin o L. Strauss— lo que denomina el principio de Caifás: “es mejor que un hombre —o unos pocos hombres— mueran injustamente a que perezca todo el pueblo”. Véase Finnis (1993, p. 12). En el caso de Alexy, ello es patente dado que su “proporcionalismo” no es compatible con la existencia de absolutos morales. Sobre la discusión entre J. Finnis y R. Alexy, con referencias a esta cuestión, puede verse Alexy (2024, pp. 32 y ss.).

de absolutos morales y defiende, no obstante, la idea de que en sede jurídica la tortura esté prohibida de manera categórica (MacMahan, 2008, p. 111). Para MacMahan es sorprendente que la mayoría de las personas partidarias del absolutismo moral contra la tortura rechace ese mismo absolutismo en otras áreas de la moralidad. Eso sucede en el caso del asesinato, por ejemplo, donde no suele defenderse una prohibición absoluta para el mismo. En efecto, cuando entra en juego la justicia en la distribución del daño, parecemos dispuestos a aceptar que alguien que está a punto de matar a un niño inocente y la única forma de evitarlo es privando de la vida a ese alguien que es el agresor, ello estaría permitido como cuestión de justicia (MacMahan, 2008, p. 114). Estima MacMahan que en casos extremos como el *ticking bomb scenario* difícilmente podría no considerarse justificada la tortura, tras cuidar una serie de elementos que tienen que ver con la certeza epistémica de la amenaza.

De hecho, este es el ejemplo favorito entre quienes se plantean el problema de la legitimidad de la tortura, al buscar poner “contra las cuerdas” nuestras intuiciones, para mostrar que el absolutismo moral es implausible como postura ética. Y en el caso de la bomba de relojería, la tortura al terrorista también podría justificarse para MacMahan como cuestión de justicia preventiva: la conducta del terrorista, previa al tormento, es inmoral y, por tanto, él es moralmente responsable (*liable*) por colocarnos en una situación dilemática en la que resulta inevitable optar entre salvar la vida de millones de personas o que él, en tanto agresor ilegítimo, sea sometido a medidas coercitivas (MacMahan, 2008, p. 118). En definitiva, para este autor habría razones para tener como moralmente permitida la tortura de terroristas cuando son responsables con base en una justificación que apele tanto a la autodefensa como a la defensa de terceros y que ello sería así en casos extremos tales como el escenario de la bomba de relojería, y asegurarnos siempre la certeza de las condiciones epistémicas.¹²

¹² Frente a Juratowich y quienes plantean la existencia de absolutos morales, MacMahan piensa que su posición no sólo es superior en sede teórica, sino que también lo es desde el punto de vista intuitivo o del ciudadano común. Es decir, su postura “es simple sin ser ingenua, y su simplicidad la hace accesible y la libera de la retórica para su impacto. De hecho, creo que será más convincente que la postura absolutista para la gente común, cuyo pensamiento tiende a ser más receptivo a las consideraciones pragmáticas que a las doctrinas morales

Tras haber dicho lo anterior, MacMahan afirma que existen razones poderosas para sostener la *prohibición jurídica absoluta* de la tortura, tanto en el derecho nacional como en el internacional.¹³ Sostiene que las discusiones que se dan en el plano de la teoría moral sobre la justificación del tormento se realizan en escenarios muy estilizados y que difícilmente pueden trasladarse a la vida cotidiana. Inclusive, afirma que no habría implicación práctica alguna de lo que pueda argüirse en sede teórica. La tortura, dice, “es menos importante como cuestión de moral individual o personal que como cuestión de moralidad institucional, esto es, de los principios morales que rigen el diseño y el funcionamiento de las instituciones sociales”.

Así, quienes tengan que enfrentarse seriamente al asunto, tendrán que remitirse indefectiblemente al derecho positivo para encontrar alguna guía práctica. Y el derecho no reconoce, ni debe reconocer, excepción alguna a la tortura según MacMahan. Ello tendría que ser de esa manera, incluso si pudiésemos plantearnos una regulación detallada de la tortura, una que intente eliminar sus posibles riesgos o abusos, pues al hacerlo se corre el riesgo de caer en una suerte de “pendiente resbaladiza”.¹⁴ Esto es, aun y cuando se busque “capturar las complejas condiciones de la justificación moral, [su eventual legalización] será explotada por aquellos cuyos objetivos son injustos y abusada o interpretada con excesiva generosidad incluso por aquellos cuyos objetivos son justos” (MacMahan, 2008, p. 125).

En definitiva, para Jeff MacMahan, la prohibición absoluta en el derecho se justifica porque

elevadas, que podrían considerar más adecuadas para guiar la conducta de los santos que para determinar las políticas de los Estados” (MacMahan, 2008, p. 127).

¹³ Dice Jeff MacMahan textualmente: “Any legal permission to use torture, however restricted, would make it easier for governments to use torture, and would therefore have terrible effects overall, including more extensive violations of fundamental human rights. *The legal prohibition of torture must therefore be absolute*” (2008, p. 125) (énfasis añadido).

¹⁴ En realidad, como observa Massimo la Torre (2022), y dado que a la tortura le subyace una “inmanente de ausencia de límites” —Klaus Günter *dixit*—, la práctica del tormento nunca puede reglamentarse porque, en sí misma, es la arbitrariedad extrema: “rehúye cualquier prescripción objetiva, ya que se trata de una acción totalmente regida por la racionalidad instrumental. Su eficacia, en efecto, depende del hecho de que se presenta y se da como exceso” (p. 42).

cuando la tortura se ha practicado, ha sido mucho más a menudo injustificada que moralmente justificada. En parte, esto se debe a que la utilizan más a menudo los injustos contra los justos que los justos contra los injustos. Además, las formas que adopta en manos de aquellos cuyos objetivos son injustos tienden a ser las más horribles imaginables. (MacMahan, 2008, p. 125)

Para volver con Juan Antonio García Amado, su argumentación considera, a modo de hipótesis, un escenario cercano que suscita la denominada “tortura de salvación” (*Rettungsfolter*). Entiende que su justificación puede darse a través de la defensa de terceros inocentes. Se trata de una línea argumental conocida y que consiste en tener en cuenta no sólo la dignidad del torturado sino también sus móviles o, incluso, su “inhumanidad manifiesta”. En efecto, traer a escena lo anterior, así como la dignidad de la víctima, o la dignidad de las miles de personas puestas en inminente peligro por el afectado de tortura (*Würde gegen Würde*), nos llevaría a otro balance sobre su posible justificación ética.¹⁵ En palabras del profesor español: “la inhumanidad o indignidad de la tortura no puede, en nuestros razonamientos morales, ser completamente ajena a las diferencias en humanidad o dignidad de los propios torturados (y de los mismos torturadores)” (García Amado, 2016, p. 28). No puede ser lo mismo torturar por placer, torturar a un inocente, que torturar en una situación de extrema necesidad, esto es, cuando se tiene que hacer contra alguien que ha puesto en peligro la vida de un familiar cercano o a miles de personas.

Tal diferencia se aprecia, afirma García Amado, en las implicaciones que tiene el resistirse a la tortura en un caso y en el otro. Es decir, en el caso del inocente, su dignidad crece cuanto más sufre, cuanto más aguanta, para salvar, digamos, la vida de su hijo. En el caso del sádico o del terrorista, por el contrario, cuanto más se resiste para que sus fines innobles se consuman, tanto más demuestra que, en algún sentido, “estaba ya de él ausente un componente básico de humanidad o dignidad”. Y abundando sostiene

Porque si no lo vemos así, debemos admitir que es idéntico a todos los efectos y en toda su extensión el valor moral o dignidad de quien se sacrifica por un fin que cualquier sujeto razonable no puede dejar de considerar elevado y mo-

¹⁵ Para un análisis crítico de tales estrategias, puede verse Greco (2007, pp. 8 y ss.).

ralmente loable, y el valor moral o dignidad de quien está dispuesto a asumir hasta los más atroces padecimientos para cobrarse la vida de inocentes o ciudadanos sin culpa [de] un régimen político que detesta. Mientras que [el inocente], en cierto sentido, se humaniza a medida que aguanta la inhumana tortura, [el terrorista] se degrada también por sí mismo durante ese proceso. (García Amado, 2016, p. 29)

Quiero señalar de nuevo que García Amado se distancia de quienes sí abogan por la legalización de la tortura, esto es, se desmarca de aquellos que defienden su traslado al ordenamiento jurídico.¹⁶ De igual forma, en su trabajo busca eliminar de nuestro razonamiento moral sesgos, pasiones o degeneraciones. Discute a profundidad las razones del absolutista moral. Así, luego de haber rechazado al absolutista y sus argumentos y, tras un análisis de los elementos para él en cuestión, el catedrático de León defiende que la tortura estaría justificada moralmente en el caso extremo del *ticking-bomb scenario*, siempre que “se supriman experimentalmente o a modo de hipótesis de trabajo, todas las posibles dificultades epistémicas que fundan, con muchísima razón, gran parte de las críticas habituales de este ejemplo”.¹⁷ ¿Qué implicaciones tendría lo anterior para el derecho, para su prohibición jurídica absoluta?

Si la tortura puede tener alguna justificación moral, entonces sería “apropiado librar a ese concreto sujeto y en ese preciso caso de la pena” (García Amado, 2016, p. 37). Es decir, en sede jurídica habría que exonerar del castigo penal a quien torturó en alguno de el caso trágico por él identificado. Así, García Amado se declara “ferviente partidario de que la prohibición jurídica

¹⁶ Dice Juan Antonio García Amado (2016) en la primera página de su artículo: “[n]o soy partidario de la legalización de la tortura absolutamente en ningún caso. Por consiguiente, en tal punto nada tengo que ver con autores como Dershowitz o Brugger” (p. 15).

¹⁷ Para hacer justicia a la complejidad de su propuesta, quiero citar todo su argumento, que hace referencia a casos especialmente rotundos siempre y cuando reúnan las siguientes características: “a) se tortura para evitar un mal, no para castigarlo o para que pueda ser castigado después de acontecido; b) ese mal lo es porque afecta de modo radical a la vida o la integridad física de una cantidad grande de personas, personas que, además, son totalmente inocentes; c) la amenaza es plenamente cierta y tampoco cabe duda razonable sobre si el torturado es el responsable o corresponsable de esa amenaza y puede revelarnos cómo evitar su consumación”. Véase García Amado (2016, p. 22).

ca de la tortura siga siendo tal y plena” (2016, p. 34), a la vez que defiende que puede haber casos en los que esté moralmente justificada. En ese marco de casos jurídicamente difíciles, pero moralmente fáciles —toda vez que tenemos circunscrita su posible justificación moral—, nuestro autor también se opone a que, en sede jurídica, la cuestión se resuelva con la ponderación “puesto que ese camino conduce a lo mismo, a que sean los poderes establecidos (entre ellos el poder judicial) los que caso a caso determinen si la tortura es jurídica y constitucionalmente lícita o no. Jurídicamente no puede ni debe haber más que el veto”. Entonces para él la cuestión no es de ponderación entre derechos, sino enfrentar el problema que se sigue en materia de responsabilidad jurídica y, sobre todo, del castigo penal. Y casi a renglón seguido añade:

Pero tampoco somos tan ingenuos como para desconocer la milenaria inteligencia y los recovecos de lo jurídico. En esos casos con los que hemos estado trabajando para nuestra reflexión sobre el problema moral de la tortura, nuestros sistemas jurídicos no aliviarían la prohibición de torturar ni el calificativo de antijurídicas para las torturas. Pero seguramente en ellos hallaríamos eximentes para los torturadores de *esos* casos, no de cualesquiera otros. Eximentes como la legítima defensa o el estado de necesidad, mismamente. (García Amado, 2016, p. 35)

Este es el núcleo de todo su argumento. Sin embargo, y en mi opinión, no se entiende muy bien cómo la tortura queda categóricamente prohibida en el derecho, si determinados actos de tortura pueden quedar amparados por una causa de justificación. Esto último significa que hay torturas que podrían, por tal razón, no ser antijurídicas y, por tanto, que la prohibición jurídica absoluta por la que se aboga no es realmente tal. Con todo, es verdad que García Amado respondería que la prohibición sigue firme puesto que el tema no es de tipicidad de la conducta sino de punición: es factible juzgar y condenar jurídicamente por tortura, pero al final —y este es el punto—, se dejaría la acción sin castigar cuando fue moralmente justificada.¹⁸

¹⁸ De forma similar, Pablo de Lora afirma también que la prohibición absoluta de la tortura no existe desde el punto de vista moral. En consecuencia, para él es posible *ex post* (pero

IV. Otra vuelta de tuerca

La crítica de García Amado y su alternativa presenta también inconvenientes. Su construcción, creo, no termina por dar la consistencia necesaria al carácter absoluto de la prohibición jurídica contra la tortura frente a la visión estándar. Sin embargo, es obvio que esta última basada en la construcción relativa de la dignidad aun plantea problemas para dar cabida a la idea de que pueda existir algún derecho absoluto al interior del juicio de proporcionalidad. Otro flanco abierto es el problema que la legítima defensa o el estado de necesidad plantean en esta discusión. ¿Es posible tener algunos derechos como absolutos tras la consideración de la dimensión institucional del derecho y otro tratamiento de la noción de dignidad humana? Tal fue la ruta ensayada recientemente por Juan Carlos Bayón (2023, pp. 65-86).¹⁹

Para dicho autor, lo primero que hay que tener claro es el plano preciso en el que se postula el carácter absoluto de los derechos. Desde la óptica del liberalismo político, se afirma que el rasgo distintivo de los derechos humanos —en tanto derechos morales— es que están dotados de especial relevancia toda vez que

son expresión de exigencias normativas tan fundamentales que, en caso de conflicto, desplazan sin excepción los requerimientos morales no constitutivos de derechos: prevalecen siempre frente a ellos y no cabe ponderación alguna a resultas de la cual pudieran ser estos los que desplazaran o excepcionaran a los derechos. (Bayón, 2023, p. 69)

nunca *ex ante*, pues ello supondría su “regulación”) plantear excusas por parte de quien torturó cuando estaba moralmente justificado. En un par de escenarios identificados, y sólo en ellos, la conducta sería procesada y juzgada, aunque no castigada, con lo cual “mantenemos el tipo y el arquetipo”, afirmando el autor, de forma parecida a García Amado, que así “estamos dando por buena la naturaleza absoluta de la regla prohibitiva” según la cual “nunca cabe, jurídicamente, torturar” (Lora, 2023, pp. 177-178).

¹⁹ Debo hacer aquí una precisión importante: los argumentos contenidos en este trabajo tienen como objeto de crítica la concepción que Manuel Atienza ha defendido sobre la dignidad humana (*i. e.*, su posible carácter absoluto). Sin embargo, Juan Carlos Bayón dialoga también con Robert Alexy y la “segunda” escuela de Kiel, y considero que, salvo precisiones menores, que el propio Bayón también explicita a lo largo de su escrito, su planteamiento sirve como alternativa a lo que aquí denominé la visión estándar.

Con ello, lo que se busca es llevar al ámbito jurídico el principio rawlsiano de la separabilidad de las personas, su prioridad frente a cualesquiera otros bienes protegidos constitucionalmente de carácter agregativo, ciertamente una tarea muy compleja.

En el caso de Robert Alexy, esto no debería pasar desapercibido, ya que él no distingue entre principios y directrices. Contra Dworkin, los derechos individuales para el alemán no tienen prevalencia lexicográfica frente a las *polícies* o bienes colectivos.²⁰ Juan Carlos Bayón estima que Alexy tiene razón en este punto en concreto, pues bienes agregativos y bienes colectivos no son exactamente lo mismo. También, estaría en lo correcto porque todo aquello que suele identificarse como bienes colectivos son de diversos tipos. Y, sobre todo, llevaría razón porque

algunos bienes colectivos son estados de cosas instrumentalmente necesarios para la garantía de determinados derechos; que en tal caso su aseguramiento puede limitar justificadamente otros derechos (porque entonces el conflicto entre derechos y bienes colectivos será en realidad un conflicto indirecto o mediato entre derechos); y entre los bienes e intereses colectivos constitucionalmente protegidos sólo de aquellos que cumplan dicha condición cabe admitir que sean ponderados con los derechos fundamentales y puedan, eventualmente, justificar su limitación. (Bayón, 2023, nota 10)²¹

El segundo sentido en que se suele decir que los derechos son absolutos se desplaza ya al ámbito específico de los conflictos entre derechos fundamentales. Aquí lo que suele afirmarse es que las “colisiones” o “conflictos” entre derechos que se postulan desde una teoría como la de Alexy, no existen. Hablar, por tanto, de “limitación justificada” de un derecho por otro derecho,

²⁰ Incluso, la idea presentada por Dworkin en “*Hard Cases*” de que los derechos individuales *siempre* prevalecen frente a directrices o bienes colectivos sería para Alexy una tesis “demasiado basta, tanto desde el punto de vista analítico como desde el punto de vista normativo” (Alexy, 2004, p. 186). El tratamiento canónico sobre esta cuestión, se encuentra en Dworkin (2002, pp. 146 y ss.).

²¹ Con base en una idea de Jesús González Amuchástegui. Pienso que esta tesis resulta relevante para la configuración y legitimidad del Estado social de derecho, para sus políticas de corte igualitarista, pero dicho tema excede el objetivo de este trabajo.

su “sacrificio”, denota confusión conceptual. Se trata de la polémica entre teorías internas y teorías externas de los límites a los derechos. Como se sabe, para la primera de las teorías los límites son “internos” porque están configurados y predeterminados desde la Constitución. La idea clave de tal perspectiva no es la de “limitación” sino la de *delimitación conceptual* de su contenido y tal tarea delimitadora consiste en definir el derecho fundamental respectivo (su objeto, contenido, titulares y límites a su ejercicio). De tal manera que, en realidad, los derechos serían “absolutos” una vez que hemos delimitado su contenido preciso y no serían, como suele defender la teoría externa, “limitables” o con validez *prima facie*.²²

La teoría interna también es defendida por García Amado²³ y, contra ella, Bayón opone dos argumentos conocidos. El primero es que la teoría externa tiene la ventaja de que puede admitir sin problemas que algunos pretendidos conflictos entre derechos son meramente aparentes.²⁴ Ello significa que, en ocasiones, no se necesita acudir a la ponderación. El segundo argumento es que dicha teoría es más transparente al reconocer “abiertamente el carácter real, no aparente, de muchos conflictos de derechos y de no enmascarar la naturaleza ponderativa del razonamiento que en tal caso hay que llevar a cabo para su resolución” (Bayón, 2023, p. 72).²⁵

²² Para la teoría externa, cuando se trata de establecer si la Constitución ya no sólo de manera explícita sino también de manera implícita prescribe algo para cierta cosa, a los derechos fundamentales pueden ser adscritas normas y posiciones jurídicas provistas de dos tipos distintos de validez, que se manifiestan, respectivamente, en dos momentos diversos. Las normas y posiciones de derecho fundamental tienen en un primer momento una validez *prima facie* muy amplia. Sólo posteriormente, *después del juicio de proporcionalidad*, el tribunal decidirá si la norma o posición adscrita *prima facie* vale también como una norma o posición definitiva en contra de lo decidido por el legislador, es decir, que la norma de derecho fundamental contraria a la norma legislativa vale como parte del contenido del derecho garantizado efectivamente. Sobre esta cuestión, véase Borowski (2000, pp. 29-56) y Mateos Durán (2019, pp. 277-298).

²³ Por ejemplo, de manera reciente, en García Amado (2025, pp. 9 y ss.).

²⁴ Sin embargo, debe decirse que este tipo de argumento de “colisiones aparentes” es más propio de las teorías internas como la de F. Müller y no tanto de las teorías externas. Agradezco esta observación técnica a Arnulfo D. Mateos Durán.

²⁵ Pablo de Lora (2023) lo dice todavía de manera más gráfica: “Hay una primera manera de salir del laberinto mediante un expediente tramposo como el de mostrar que los derechos y libertades no colisionan una vez que los hemos delimitado de tal forma —los hemos limado, por decirlo así— que sus contornos ya encajan perfecta y armónicamente como las piezas

Hasta aquí, la estrategia de Juan Carlos Bayón se distingue de la crítica a la visión estándar porque, para él, la ponderación es el método apropiado para la limitación de derechos; a su vez, porque encuentra cuestionable la construcción del “carácter absoluto” de la prohibición jurídica de la tortura en García Amado debido a que, como ya avancé, no sería tal (Bayón, 2023, pp. 76-77, nota 26). El principal déficit de la visión estándar radica, para Bayón, en su insistencia por reconducir el valor de la dignidad humana en una concepción puramente proporcionalista o maximizadora de lo bueno o de lo valioso. El principialismo coloca a la dignidad humana al interior del juicio de proporcionalidad y, al hacerlo, suprime la posibilidad de que la dignidad le imponga límites de carácter deontológico.

Si lo anterior es correcto, otras alternativas pueden ensayarse para hacer justicia a la idea de que existen determinadas prohibiciones que son categóricas en los ordenamientos jurídicos. Pues bien, lo que el catedrático de la Autónoma de Madrid propone, sin rechazar la ponderación, es entender que la dignidad humana fundamenta restricciones deontológicas que constituyen límites a la maximización de lo bueno. Además, desde el punto de vista de la dimensión institucional del derecho o desde las razones autoritativas, algo también puede decirse.

La forma en que se ha afirmado el carácter absoluto del derecho subjetivo a no ser torturado —dice Bayón— ha sido fundamentada de distintos modos, no todos, a decir verdad, igualmente convincentes. Pero el tratamiento de Jeff MacMahan le parece una vía prometedora para tal fin, esto es, para construir el anhelado carácter absoluto del derecho subjetivo a no ser torturado, pues dicho filósofo moral defiende que el derecho tiene que prohibir la tortura de manera incondicionada. Ello debe ser así en cualesquiera circunstancias, aun cuando la tortura pueda estar justificada moralmente en supuestos excepcionales. Así, y a diferencia de García Amado, el filósofo oxoniense no termina “permeando” esa posible justificación moral hacia el derecho, por las razones que ya se mencionaron.²⁶ En la interpretación de Bayón (2023):

de un puzle. Es la que se conoce como ‘teoría de los límites inmanentes’ a los derechos fundamentales, una manera, a mi juicio, de hacerse trampas al solitario” (p. 172).

²⁶ Entiéndaseme bien: con esto no estoy diciendo que Juan Antonio García Amado sea partidario de establecer alguna excepción a la práctica de la tortura “positivizándola” en el pro-

La conclusión de MacMahan es que, a la larga, la admisión por parte del Derecho de excepciones a la prohibición de torturar —precisamente en aquellos casos en los que estaría moralmente justificado hacerlo— daría como resultado un número mayor de decisiones moralmente injustificadas que el que traería consigo la prohibición absoluta (que asumiría el coste de prohibir los extraordinariamente infrecuentes casos en los que la tortura podría estar moralmente justificada como forma de conjurar el riesgo, mucho más probable, de acabar justificando un número de casos moralmente injustificables). (p. 76)

Al conceder que tales razones para la prohibición jurídica absoluta de la tortura son correctas, el siguiente movimiento del catedrático de la Autónoma de Madrid consiste en trasladar su argumentación a otro punto: ¿sería posible afirmar en algún supuesto que la autoridad legislativa —*i. e.*, el poder constituyente— ha establecido, por razones de autoridad, una prohibición absoluta o una norma que pueda considerarse inderrotable? Éste, adviértase, es el talón de Aquiles de la teoría estándar. Así, la “vuelta de tuerca” que representa la postura de Juan Carlos Bayón quiere sortear aquí dos extremos indeseables. Por un lado, no acude a la noción de absolutos morales para dotar de sentido a la idea una de norma inderrotable al interior del derecho. Por otro lado, busca evitar la excesiva “flexibilización” que de los derechos y del ordenamiento jurídico provoca el principialismo de Alexy, vía el efecto de irradiación. Para este último objetivo, Bayón traerá a escena otro balance entre la dimensión valorativa y la dimensión institucional del derecho. Son razones de tipo autoritativo, afirma, las que posibilitarían plantearnos la existencia de normas inderrotables en algunos sistemas jurídicos.

pio derecho. Más bien, lo que intento decir es que dicha prohibición absoluta, en realidad, no sería tal por resultarle permeable o trasladable, en última instancia, la eventual *justificación moral* en los casos extremos por él identificados. Esta estrategia, me resulta sorprendente, debo decir, en la propia teoría de García Amado y su marcado positivismo jurídico: en el supuesto de la bomba de relojería, al eliminar las dudas sobre la certeza de las premisas epistémicas, él admite la derrotabilidad de una norma jurídica sobre la base de un argumento moral (*i. e.*, consecuencialista o “antiabsolutista”). Ello se hace más patente, pienso, cuando llega a afirmar la existencia de excepciones “supralegales”, acudiendo para ello a un argumento de autoridad en la postura de Claus Roxin. Véase de nueva cuenta García Amado (2016, pp. 35 y ss.).

En efecto, una adecuada valoración de la dimensión institucional del derecho, así como de la diferencia práctica que marcan en el razonamiento jurídico la existencia de reglas —*rectius* los principios institucionales vinculados a los valores inherentes a seguir reglas— debería tenerse presente al momento de afirmar que puedan existir al interior de nuestros sistemas jurídicos algunas normas inderrotables. No puede descartarse la posibilidad de que se establezca una convención interpretativa entre los operadores jurídicos, por la cual entiendan que ha sido la autoridad normativa quien *ya realizó una ponderación* de los méritos relativos de la necesidad de algún precepto normativo que tenga la pretendida cualidad de no ser derrotable. En palabras de Bayón (2023):

Partiendo de la base de que a toda regla subyace una ponderación, esos límites autoritativos se traducirían también en que los órganos aplicadores han de ponderar lo que la autoridad normativa no haya ponderado, lo que no haya previsto o considerado al sopesar los bienes jurídicos en juego y sin embargo resulta relevante a tenor de los principios del sistema, pero no les está permitido ponderar de nuevo lo que la autoridad ha ponderado ya, apartarse de la regla oponiendo a la ponderación hecha por la autoridad la suya propia. Si la ponderación hecha por el constituyente al dictar una regla ha sido precisamente de aquel complejo o en dos niveles que le ha llevado a considerar que hay razones institucionales que justifican aplicar en todo caso la regla en sus propios términos, aun siendo consciente de que resulta supraincluyente en relación con las razones sustantivas relevantes, el órgano aplicador que la considerase derrotable iría contra la ponderación subyacente a la regla, estaría oponiendo su propia ponderación compleja o en dos niveles a la llevada a cabo por la autoridad normativa. (pp 79-80)

Tal podría ser el caso de la prohibición absoluta de la tortura en el derecho. Por supuesto, esta alternativa plantea el problema de cómo puede determinarse que *esa* fue la precisa “voluntad del constituyente”, es decir, determinar cuándo esa ponderación ha sido llevada a cabo por la autoridad normativa. Ello nos advierte de una dificultad no menor. Porque algunos, en efecto, podrían pensar que para ello tendría que apelarse a la “literalidad de la formulación de la regla” o, en términos más ingenuos, si cabe, ir en busca de “la intención de la autoridad” concebida como los estados mentales

de alguien. Pero no tiene por qué ser así necesariamente. Lo que Juan Carlos Bayón propone para determinar si tal ponderación fue llevada a cabo no es otra que “apelar a razones de coherencia que constituyen el criterio para la identificación de las razones subyacentes de las reglas” (Bayón, 2023, p. 90).

El segundo pilar del planteamiento del catedrático de la Autónoma de Madrid consiste en retomar una crítica formulada por Mattias Kumm al enfoque proporcionalista de Robert Alexy. Como señalé, su problema es que no capta un aspecto central de nuestros derechos y, especialmente, de la dignidad humana; su fuerza para fundamentar restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno (Kumm, 2007, pp. 162 y ss.; Kumm, y Walen, 2014, pp. 67-89). El análisis de proporcionalidad y el juicio de ponderación en particular, encubren para Mattias Kumm algunos rasgos distintivos que son necesarios para determinar cuándo operan límites deontológicos al mismo, toda vez que filtra de manera sistemática relaciones medios-fines desde el punto de vista del agente (Kumm y Walen, 2014, p. 75).

Lo anterior es de relevancia cuando se asocia la idea de dignidad humana con el imperativo categórico de I. Kant en su segunda formulación, esto es, como prohibición de tratar a las personas como “meros medios” o “cosificarlas”. En ello radica el déficit del juicio de proporcionalidad, pues no permite hacer espacio a la idea de que existen determinadas conductas que están prohibidas de manera categórica en ese sentido preciso, ya que, para dicha teoría, no hay nada imponderable *a priori*. En palabras de Bayón (2023):

Instrumentalizar a alguien, tratarle como un mero medio, no constituye sin más un desvalor, un mal que pueda ser ponderado con otros males y eventualmente justificado si se evita un mal mayor, sino que es algo categóricamente prohibido, puesto que la prohibición de instrumentalización constituye precisamente un criterio específico de distribución del mal en situaciones de conflicto en las que sólo es posible salvar los derechos de unos mediante el sacrificio (no consentido) de los derechos de otros. Este es el sentido último de la idea de límites o restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno o de lo valioso. (p. 81)

De igual forma, esas relaciones medios-fines son relevantes para comprender en profundidad los supuestos de legítima defensa, traídos en muchas ocasiones para cuestionar la existencia de algún derecho absoluto (*v. gr.* el de-

recho a la vida) en el ámbito jurídico: ¿por qué el derecho no prohíbe categóricamente privar de la vida a alguien y sí prohíbe *siempre* torturar? Cuando no se instrumentaliza a alguien para fines ajenos no entran en juego restricciones deontológicas y las situaciones en conflicto se resuelven en términos de estricta proporcionalidad, afirma Bayón. Tal es el caso de la legítima defensa, donde si bien se trata al agresor como un mero medio, se hace de forma justificada:

en supuestos de legítima defensa (propia o de terceros) el agresor ilegítimo, que con su conducta precedente quiere convertir arbitrariamente a otro u otros en un mero instrumento de sus fines, ha de soportar ser utilizado como un medio para neutralizar el peligro de cuya creación es responsable, incluso si la acción defensiva necesaria para neutralizar ese peligro causa al agresor un mal mayor que el que pretendía causar y gracias a la acción defensiva se evita. (Bayón, 2023, p. 82)

Llegados a este punto, el problema al que hay que enfrentarse radica en precisar cuándo entran en escena restricciones deontológicas y cuándo no, esto es, si el conflicto entre derechos puede resolverse en términos de proporcionalidad. Pues bien, un punto de partida, aunque no detallado, sostiene Bayón, siguiendo a Kumm, para determinar lo anterior sería:

Cuando el daño que alguien o algunos sufren es un efecto colateral contingente de la actuación con la que el agente evita otros males o daños para otro u otros sujetos, de manera que la acción salvadora no requiere conceptualmente la producción del daño de quienes van a ser dañados (esto es, la acción sería igualmente salvadora —y sin duda permitida, si es que no obligatoria— si nadie fuese a resultar dañado), entonces quien vaya a resultar dañado sólo puede invocar el daño que sufriría como eventual “neutralizador” (*disabler*) del peso de las razones que justificarían irrogárselo (la evitación de otros males o daños para otro u otros sujetos): y si realmente se produce o no esa neutralización (y, en definitiva, cómo debe resolverse el conflicto) se determinaría estrictamente en términos de proporcionalidad.

Por el contrario, cuando la acción salvadora requiere conceptualmente la producción del daño (porque de otro modo no sería salvadora), entonces quien

vaya a resultar dañado y no haya consentido en serlo puede alegar que se le está convirtiendo en “posibilitador” (*enabler*) de la evitación del daño de otros, que se le está usando como un mero medio para ese fin, lo que haría que la acción salvadora resultase categóricamente prohibida con independencia de que, en términos de proporcionalidad, pudiera decirse que el mal que produciría es menor que el que evitaría. (Bayón, 2023, p. 82)

Abordar el problema de esta manera tendría además la virtud de aclarar algunas perplejidades. Por ejemplo, aquella que se deriva de concebir la prohibición de instrumentalizar a las personas no como algo categórico —como la idea de dignidad que exige y defiende Bayón—, sino próximo a una suerte de “umbral móvil”, que podría ceder dependiendo, pongamos por caso, del número de personas implicadas en la pretendida acción salvadora. Ello es crucial, de nuevo, para los variados *ticking-bomb scenarios* o para el supuesto del derribo del avión secuestrado por terroristas donde la suma aditiva de los males irrogados suele plantear el tipo de perplejidad a la que he hecho referencia. Porque la cuestión no es, desde aquí, el número de víctimas que la acción salvadora evitaría *vis-à-vis* la dignidad humana de otra persona que decrece de manera inversa al número “X” de aquellas o, inclusive, desaparecería en algún punto. No. El problema es determinar si entran restricciones deontológicas, algo que puede verse si no perdemos de vista las relaciones medios-fines, no una simple cuestión aritmética.

En definitiva, lo que desde estas premisas se sigue es lo siguiente: “a lo que se tiene un derecho absoluto por razones de dignidad es a no ser instrumentalizado, a no ser tratado como un mero medio”, lo que permitiría sostener, “que tenemos un derecho absoluto a no ser privados de la vida o la integridad física o a no ser torturados cuando se dé la circunstancia de que alguno de esos males se nos causa usándonos como meros medios al servicio de fines ajenos” (Bayón, 2023, p. 83). De tal forma que el único candidato a derecho humano absoluto sería el de no ser sometido a esclavitud.

En efecto, ser esclavizado implica conceptualmente ser usado por otro u otros como un mero medio para fines ajenos. Por el contrario, para Juan Carlos Bayón (2023) no se tendría un derecho absoluto a la integridad física o a no ser privado de la vida, tampoco un derecho absoluto a no ser tor-

turado. Si no entran en juego restricciones deontológicas, dice, “cualquiera de esos derechos puede ser justificadamente limitado” (p. 83).

V. Discusión

Conviene recordar que “teoría estándar” plantea una construcción relativa de la dignidad humana, al colocarla al interior del juicio de proporcionalidad. En la propuesta de Robert Alexy, y parte de su escuela, se busca dotar de cierta “tendencia al absoluto” a su concepción de la dignidad humana en tanto mandato de optimización —esto es, como algo que puede realizarse en la mayor medida posible— a través de cuatro razones básicas. La primera es el peso abstracto de la dignidad humana, un peso, por lo general, con mayor densidad que otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos en los sistemas jurídicos de nuestro contexto cultural. La segunda es la importancia que tiene la certeza de las premisas epistémicas en el tipo de casos trágicos enunciados. La tercera clave es la “fórmula del objeto”, que al prohibir que la condición de sujeto sea puesta fundamentalmente en cuestión, hace que la gran mayoría de los casos en donde la dignidad entra en juego puedan resolverse a través de la subsunción.

Por último, y frente al intuicionismo de la dignidad humana, Alexy defiende la racionalidad de la ponderación —vía su teoría de la argumentación jurídica—, la que, estima, es preferible a cualquier otro canon interpretativo. El profesor emérito de Kiel considera que la dignidad humana colocada al interior del juicio de proporcionalidad no pierde su carácter de garantía, su fuerza o, lo que es lo mismo, que la dignidad no se degrada a mero elemento de la ponderación por las razones que soportan esos cuatro argumentos. Con todo, desde su teoría, es claro que no puede afirmarse la intangibilidad de la dignidad humana, su carácter “*unantastbar*”, tampoco de derecho o bien iusfundamental alguno. Aquí sólo podríamos hablar de derechos y bienes colectivos “ponderables” entre sí, y en tal esquema la dignidad humana goza de una relativa “tendencia al absoluto”.

La crítica de García Amado, por su parte, busca construir el carácter absoluto de determinadas prohibiciones al interior del ordenamiento jurídico frente a la construcción relativa. Rehúye de la ponderación como método

de aplicación normativa, planteando en su lugar una teoría interna de los derechos. Así, su concepción de los derechos en tanto “reglas”, o la consideración de algunas prohibiciones como inderogables, pretende dar consistencia al anhelado carácter inderrotable del derecho. Como tuvimos ocasión de apreciar, para García Amado es crucial distinguir entre juicios morales y juicios jurídicos. Su crítica a la teoría estándar no se comprende en profundidad si no se tiene como trasfondo su marcado positivismo jurídico. Y postulada la separación entre moralidad y derecho, la prohibición absoluta de la tortura se afirma sólo en el ámbito jurídico, mas no en el moral.

La tortura puede estar justificada moralmente en ciertos supuestos excepcionales para García Amado. Quien afirme lo contrario —razona este autor— defendería la existencia de absolutos morales o negaría que, en algunas circunstancias, podamos acudir a razones de naturaleza consecuencialista. Así, desde el punto de vista del derecho no cabe más que el veto categórico para la tortura. Sin embargo, García Amado postula que actos de tortura *moralmente legítima*, pueden quedar amparados por una *causa de justificación legal* en materia penal, al exonerar a *ese* preciso torturador del castigo. Pero eso último significaría que hay torturas que podrían, por esa misma razón, no ser antijurídicas y, por tanto, que la prohibición jurídica absoluta por la que se aboga no llegaría a ser tal en realidad.

Ahora, adviértase que entre la teoría estándar y la crítica de García Amado opera cierta distorsión. Me explico. Tras situar la discusión en el ámbito de los derechos fundamentales y por tanto en el derecho, el principialismo de Alexy, que parte de un discreto “sí”, parece concluir con un marcado “no” sobre la posibilidad de la tortura en sede jurídica, vía restricciones justificadas a la dignidad humana en la ponderación (con los cuatro argumentos esgrimidos contra su degradación y sólo en una de 81 constelaciones posibles). En cambio, el tratamiento de García Amado, que parte de la negación de absolutos morales en sede de ética normativa, postula un rotundo “no” para la legalización de la tortura o su eventual ponderación. Sin embargo, dado que en algunos casos excepcionales la tortura puede estar moralmente justificada, su construcción parece concluir con un firme “sí” (por medio de eximentes de responsabilidad penal para los casos de tortura moralmente legítima). Lo paradójico, pienso también, es que ambas teorías

podrían ser pragmáticamente equivalentes en el punto específico de las premisas empíricas.

En efecto, Alexy afirma que la tendencia al absoluto de la dignidad humana en tanto principio se construye precisamente *porque* las certezas epistémicas juegan casi siempre del lado de la dignidad. Se trata de una generalización predictiva lo que le dota de esa “relativa absolutez” en tanto que puede preverse que la dignidad resultará “vencedora” en la ponderación. Por su parte, García Amado se niega a ponderar, pero la justificación moral excepcionalísima de la tortura está condicionada a que “se supriman” las dificultades epistémicas en el caso por él identificado. En caso contrario, esto es, si no se suprimiesen tales dificultades, entonces la tortura tampoco será legítima desde el punto de vista moral, al no ser trasladable *esa posible* justificación al derecho penal. Así, mientras Alexy incorpora a su esquema las dificultades epistémicas, García Amado, las suprime y genera en sus construcciones —en este punto concreto, insisto— un efecto similar.

Algo distinto ocurriría si hacemos una valoración global de la propuesta de cada autor conforme a sus postulados iusfilosóficos. En efecto, ¿qué respondería uno u otro, si, hipotéticamente,uviésemos que enfrentar la positivización o legalización de la tortura, su incorporación en algún sistema jurídico, para ciertos supuestos? En tal escenario, la teoría alexiana puede apelar a la fórmula de la injusticia extrema de Radbruch para invalidar la norma en cuestión, toda vez que no sería capaz de superar dicho umbral. Es decir, se tendría la posibilidad de la invalidación del derecho —extremadamente injusto— a través de, o en virtud de, la moralidad.²⁷ En el caso de García Amado, me temo, la positividad de la norma en cuestión acarrearía su fuerza vinculante en tanto derecho vigente. De hecho, así lo ha reconocido expresamente el catedrático de León cuando sostuvo que

si yo vivo en un Estado que permite, conforme a una norma jurídica válida en ese sistema, la tortura de quienes están en la situación S y yo estoy en la situación S, no tengo un derecho jurídico a no ser torturado en ese Estado, pero puedo invocar, en el razonamiento moral, mi derecho moral a no ser torturado,

²⁷ De manera más detallada, puede verse en Borowski (2024, pp. 167-187).

si en el sistema moral de referencia hay razones morales suficientes al respecto. (García Amado, 2019, p. 20)

Por supuesto, ahondar en esta posible respuesta, nos llevaría demasiado lejos, pero quise dejarlo anotado para marcar este preciso contraste.

La “vuelta de tuerca” planteada por Juan Carlos Bayón ofrece otra estrategia para construir el carácter absoluto de determinados derechos fundamentales. Para este autor, la ponderación sí es un método apropiado para la aplicación y restricción de derechos. Sin embargo, no comparte la idea de Alexy de que la noción de dignidad humana se incorpore, sin más, al interior del juicio de ponderación, como mero “mandato a optimizar”. En su lugar, plantea, siguiendo a M. Kumm, que la noción de dignidad, como prohibición de instrumentalización, sea capaz de fundamentar restricciones deontológicas a la maximización de lo bueno. Bayón construye también el carácter imponderable de la prohibición jurídica de la tortura a través de otra valoración de la dimensión institucional del derecho, así como la diferencia práctica que deben marcar en el razonamiento jurídico los principios institucionales vinculados a los valores inherentes a seguir reglas. Se trata de una cuestión convencional determinar —por razones de coherencia— que la propia autoridad normativa ya ponderó los méritos relativos de tener alguna norma como inderrotable. De tal forma que los aplicadores del derecho, *i. e.*, los jueces, al interior de un determinado sistema jurídico, no deberían ponderar de nueva cuenta lo que ya ha sido ponderado por el constituyente.

En todo caso, lo crucial para Juan Carlos Bayón es determinar en qué supuestos la idea de dignidad humana exige restricciones deontológicas y en qué casos los conflictos entre derechos en juego pueden resolverse en términos de estricta proporcionalidad (como los casos de legítima defensa nos ejemplifican sobre el problema de la distribución del riesgo). Así, y al haber enunciado un par de criterios que podrían funcionar como punto de partida, para Bayón el único derecho absoluto que existe es el derecho subjetivo a no ser esclavizado, o bien un derecho absoluto a no ser privados de la vida o la integridad física o a no ser torturados cuando se dé la circunstancia de que alguno de esos males se nos causa usándonos como meros medios al servicio de fines ajenos. Poco más, pero tampoco menos.

VI. A modo de conclusión

En este trabajo comparé tres perspectivas a propósito de la existencia de derechos absolutos en el ámbito de la teoría del derecho. Dicho problema adquiere relevancia cuando traemos a escena la dignidad humana, al cuestionarnos si resulta posible su restricción, o no, de forma justificada. Resulta de especial interés en casos trágicos como lo son el derribo de un avión lleno de pasajeros que fue secuestrado con el propósito de usarlo como arma para matar al mayor número posible de personas inocentes, o en el supuesto de la tortura para salvar a un bebé secuestrado o, en fin, en el escenario de una bomba nuclear que está a punto de estallar. La idea de dignidad humana, entendida kantianamente como prohibición categórica de instrumentalizar a las personas —su carácter deontológico— se cuestiona severamente en dichos escenarios.

Ahora bien, conviene enfatizar de nueva cuenta que ninguna de las propuestas es partidaria de la práctica de la tortura. Ninguno de estos autores defiende el retorno de la crueldad al interior la ciudadela del derecho. Nadie aboga por la legalización del tormento en nuestros Estados constitucionales, mucho menos plantean que se reglamente o se reconozca excepción posible a la misma en sede jurídica. Pero dicho esto, como pudimos apreciar, y si bien todos los autores ofrecen un marco para reconducir la fuerza e importancia de la idea de dignidad humana, de sus construcciones parece no poder arrancarse su “absolutez-categórica” en el derecho mismo. Tampoco que podamos predicar el carácter inderogable de determinadas prohibiciones jurídicas salvo, eso sí, la de la esclavitud. No quisiera concluir, finalmente, sin llamar la atención de que la complejidad de cada esfuerzo por reconstruir la intangibilidad de la dignidad humana al interior del sistema jurídico está interconectada con la respectiva teorización de cada uno sobre el concepto y la naturaleza del derecho.²⁸

²⁸ Agradezco los comentarios que me formularon Alicia I. Saavedra-Bazaga, Arnulfo D. Mateos Durán, Luis Felipe Guerrero Agripino, Gerardo López-Cuellar, Alejandra Olguín-Torres y Miguel Ángel Martínez Sandoval. Estoy en deuda también con los profesores Mattias Kumm y Juan Antonio García Amado por haberme facilitado algunos de sus trabajos aquí citados. Presenté las ideas iniciales de este texto en la Casa de la Cultura Jurídica de Querétaro, por invitación de su directora, Julieta de la Torre Herrera, a quien agradezco sus atenciones. De la misma manera, pude desarrollar parte de este escrito durante la estancia de investigación en el Instituto Theodor Mommsen de la Universidad de Huelva (España) en

VII. Referencias

- Alexy, R. (2024). La dimensión ideal del derecho (F. Mora-Sifuentes, Trad.). *Revista Cubana de Derecho*, 100, 11-43. Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal Pulido, Trad.; 2a. ed.). CEPC.
- Alexy, R. (2014a). Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, 12(3).
- Alexy, R. (2014b). La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad (A. García Figueroa, Trad.). *Parlamento y Constitución*, (16), 9-26.
- Alexy, R. (2004). Derechos individuales y bienes colectivos. En R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (2a.ed.; J. Malem Seña, Trad.; pp. 179-208). Gedisa.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales (C. Bernal Pulido, Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64.
- Bayón, J. C. (2023). ¿Hay derechos absolutos? Proporcionalidad, autoridad y dignidad. En E. Díaz y F. Laporta (Dirs.), *Leer a Manuel Atienza* (pp. 65-86). CEPC.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75.
- Borowski, M. (2024). La invalidación del derecho a través de la moralidad (A. Mateos Durán, Trad.). *Revista Cubana de Derecho*, (100), 167-187.
- Borowski, M. (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad (J. A. Portocarrero, Trad.). *Revista Derecho del Estado*, (48), 297-339.
- Borowski, M. (2000). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (59), 29-56.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel.
- Finnis, J. (1993). Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales (C. Massini, Trad.). *Persona y Derecho*, (28), 9-26.
- Finnis, J. (1991). *Moral absolutes. Tradition, revision and truth*. The Catholic University of America Press.

la Semana Santa de 2025. Para la elaboración de este trabajo conté con la ayuda de María Fernanda Lozano Alvarado y Cristian Scott Yebra Santiesteban, becarios de investigación; y de un apoyo económico del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

- García Amado, J. A. (2025). Sobre conflictos entre derechos, ponderaciones y otros mitos del constitucionalismo actual. En J. A. García Amado (Ed.), *¿Realmente existen conflictos entre derechos? Un diálogo con las tesis conflictivistas*. Palestra.
- García Amado, J. A. (2024). Reglas y principios. En R. Ortega y R. Caballero (Coords.), *La interpretación y aplicación judicial de derechos humanos*. Tirant Lo Blanch; Poder Judicial del Estado de México.
- García Amado, J. A. (2019). ¿Qué significa tener un derecho? En J. A. García Amado (Coord.), *Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos*. Tirant Lo Blanch.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Puede estar moralmente justificada la tortura en algunos casos? *Nuevo Foro Penal*, (86), 13-61.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta.
- Greco, L. (2007). Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las “ticking time bombs” (E. J. Riggi, Trad.). *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1-28.
- Juratowich, B. (2008). Torture is always wrong. *Public Affairs Quarterly*, 22(2), 81-90.
- Kant, I. (1989). *Metafísica de las costumbres* (A. Cortina, Trad.). Tecnos. [Trabajo original publicado en 1797].
- Klatt, M., y Meister, M. (2017). *El principio de proporcionalidad como principio constitucional universal* (R. Sánchez-Gil, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kumm, M. (2007). Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement. En G. Pavlakos (Ed.), *Themes from the legal philosophy of Robert Alexy* (pp. 131-166). Hart.
- Kumm, M., y Walen, A. D. (2014). Human dignity and proportionality: deontic pluralism in balancing. En G. Huscroft, B. W. Miller, y G. Webber (Eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning* (pp. 67-89). Cambridge University Press.
- La Torre, M. (2022). *La justicia de la tortura. Sobre derecho y fuerza* (F. Mora-Sifuentes, Trad.). Trotta.
- Lora, P. de. (2023). *Los derechos en broma. La moralización de la política en las sociedades liberales*. Deusto.

- MacMahan, J. (2008). Torture in principle and in practice. *Public Affairs Quarterly*, 22(2), 111-128.
- Mateos Durán, A. D. (2019). La separación del “ámbito de protección” respecto de las “restricciones” de los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(extraordinario), 277-298. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.153e.13266>
- Miller, S. (2024). Torture. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>
- Mora-Sifuentes, F. (2024). Sobre principialismo y aplicación judicial de derechos. Comentarios a Gomes Trivisonno. En R. Ortega y R. Caballero (Coords.), *La interpretación y aplicación judicial de derechos humanos* (pp. 125-156). Tirant Lo Blanch; Poder Judicial del Estado de México.
- Sieckmann, J. R. (2023). La teoría de los principios de Robert Alexy. En G. Villa-Rosas et al. (Eds.), *Derecho, argumentación y ponderación. Ensayos en honor a Robert Alexy* (pp. 321-346). Universidad Externado de Colombia.
- Sieckmann, J. R. (2011). Los derechos fundamentales como principios (D. Oliver-Lalana, Trad.). En J. Sieckmann (Ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales* (pp. 27-50). Marcial Pons.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Mora-Sifuentes, Francisco M., “Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 59, núm. 175, enero-abril de 2026, e20376. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20376>

APA

Mora-Sifuentes, F. M., Derechos absolutos y ponderación. Visiones actuales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 59(175), e20376. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2026.175.20376>