

## ESTADO DE NECESIDAD Y DAÑO: SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCUSA\*

SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO\*\*

**Resumen:** El estado de necesidad justificante tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido, en tanto que el estado de necesidad exculpante, cuando esto no ocurre. En este trabajo argumentaré que: (a) aún si el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el bien jurídico defendido; y (b) aunque el grado de lesión sea, en un sentido, equivalente, es posible que el estado de necesidad que deba aplicarse sea el justificante y no el exculpante. Sostendré que cuando los bienes y los grados de lesión a ellos son equivalentes, la gravedad del mal debe graduarse en función de cuán fuertes sean las razones en contra de provocar tales lesiones a los bienes jurídicos.

**Palabras clave:** estado de necesidad justificante – estado de necesidad exculpante – daño – bien jurídico – razones

**Abstract:** Necessity as justification takes place when the evil that has been avoided is greater than the evil that has been caused. Necessity as excuse takes place when this fact does not occur. In this paper, I will argue that: (a) even if the legal good that has been harmed has an equal rank to the legal good that has been defended, and (b) even if the degree of harm would be –in a sense– equal; it is possible that necessity as a justification should be applied rather than as an excuse. I will contend that when the goods and the degree of harm are identical, the seriousness of harm should be measured considering how strong the reasons against causing such harms to the legal good are.

\* Este trabajo ha sido seleccionado como una de las mejores tres ponencias del VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados.

\*\* Becario Doctoral CONICET; Mg. Derecho Penal (U. Salamanca); Abogado (UNC); Prof. Ayudante de Ética y Prof. Adscripto D. Penal (UNC); Profesor D. Penal I y III (UES21); Investigador Visitante en Universidad de Graz (2015 y 2016); Universidad de Sevilla (2015); Universidad de Salamanca (2013 y 2014). santiagotruccone@gmail.com

**Keywords:** necessity as justification – necessity as excuse – harm – legal good – reasons

## I. INTRODUCCIÓN

El estado de necesidad justificante tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido, en tanto que el estado de necesidad exculpante cuando esto no ocurre.<sup>1</sup> La gravedad de los males en conflicto es aquello que distingue cuando se esté en presencia de uno u otro supuesto. Para graduar la gravedad de los males se apela a dos criterios: en primer lugar, a la jerarquía de los diferentes bienes jurídicos en juego; y, en segundo lugar, al grado de lesión. Así, es ampliamente sostenido que, como regla general, si el bien jurídico lesionado es de menor jerarquía que el defendido se estará en presencia de un estado de necesidad justificante, mientras que, si son de igual jerarquía, entonces el estado de necesidad será exculpante. Obviamente, esto no es así en todos los casos, ya que, para la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante, entra en juego también el grado de lesión al bien jurídico. Así, si el grado de lesión provocado es menor al grado de lesión evitado, si es de aplicación el estado de necesidad debe serlo a título de justificación. Por tanto, pareciera que, si el bien ofendido es de la misma jerarquía que el defendido, y la cantidad de unidades de daño producidas y evitadas (grado de lesión al bien jurídico) son equivalentes, entonces se sigue que si algún estado de necesidad es aplicable será el exculpante y no el justificante.

En este trabajo argumentaré que esto es falso. Sostendré que aún si el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el bien jurídico defendido, y aunque el grado de lesión sea equivalente, es posible que el estado de necesidad que deba aplicarse sea el justificante y no el exculpante. Afirmaré esto dado que lo que distingue a un estado de necesidad del otro es la diferente gravedad entre los males en juego y no meramente cuáles son los

1. La regulación legal argentina es la siguiente. En relación con el estado de necesidad justificante prescribe art. 34 inc. 3 (C.P): "No son punibles: el que causare un mal por evitar otro mayor inminente del que ha sido extraño". En tanto que el inc. 2. refiere al exculpante: "No son punibles: el que obrare violentado por (...) amenazas de sufrir un mal grave e inminente".

bienes o grados de lesión producidos. Sostendré que cuando los bienes y los grados de lesión a ellos son equivalentes, la gravedad del mal debe guardarse en función de cuán fuertes sean las razones en contra de provocar tales lesiones a los bienes jurídicos.

Para hacer esto tomaré como punto de partida dos asunciones. De acuerdo con la primera, mientras peor sea el mal en juego, las razones en contra de causarlo son más fuertes. Esta asunción parece plausible dado que, si hay razones en contra de causar una consecuencia mala, estas razones son más fuertes cuanto peor sea esta. De acuerdo con la segunda asunción, afirmar que un bien jurídico ha sido lesionado es aproximadamente equivalente a afirmar que alguien está sufriendo un daño.<sup>2</sup>

Sobre la base de estas asunciones, en primer lugar, distinguiré a los daños en: absolutos y relativos. Argumentaré, en segundo lugar, que sufrir un daño absoluto es peor que sufrir un daño relativo. Tercero, sostendré que, si alguien sufre un daño que sea a su vez absoluto y relativo y otro sufre solamente un daño absoluto, el daño sufrido por el primero solo es más grave si la línea de base del daño relativo está por arriba de la línea de base del daño absoluto. Finalmente, si mi argumento resulta plausible, podré mostrar por qué aún si los bienes defendidos y lesionados son de igual jerarquía y la cantidad de unidades de daño producidas son iguales, de allí no se sigue que, si el estado de necesidad es aplicable, deba serlo a modo de excusa. Sera justificante si las razones en contra de producir el mal que se evita son más fuertes que las razones en contra de provocar el mal que se produce.

## II. ESTADOS DE DAÑO

¿Qué significa exactamente sufrir un daño? Existen varias respuestas a esta pregunta, sin embargo, podemos comenzar afirmando que sufrir un daño significa estar en un estado que se encuentra por debajo

2. Para argumentos en favor de esta asunción véase VON HIRSCH, A., "El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño", en HEFENDEHEL, R. (ed.), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 37-52; también véase HASSEMER, W., "The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods" (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective", en SIMESTER, A., BOIS-PEDAIN, A. y NEUMANN, U. (ed.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 187-204.

de alguna línea de base.<sup>3</sup> Ahora bien ¿cuál es la línea de base relevante para afirmar que se está sufriendo un daño? Veamos el siguiente ejemplo:

## II.A. Caso 1: Juan

Juana está embarazada y tiene planeado realizar un viaje de placer a Centroamérica. Debido a la posibilidad de que se contagie con el virus Zika, el médico le ha aconsejado que no realice el viaje. El problema es que, de contagiarse, se producirá que el hijo que porta en su seno –Juan– nazca con microcefalia. Esta condición impide un desarrollo cerebral completo ocasionando cierto retraso en las capacidades intelectuales. Juana hace caso omiso al consejo del médico y viaja a Centroamérica. Efectivamente se contagia con el virus Zika. Como resultado nace Juan con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.<sup>4</sup>

¿Está Juan sufriendo un daño? La respuesta parece obviamente afirmativa. El modo mayormente aceptado de explicar por qué Juan está sufriendo un daño o una lesión a un bien jurídico es apelar a la condición contra-fáctica de daño. De acuerdo con tal condición, un sujeto está sufriendo un daño cuando se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado.<sup>5</sup> Aquí, si Juana no hubiese viajado a Centroamérica y no se hubiese contagiado de Zika, Juan no hubiese nacido con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales. Por tanto, dado que Juan se encuentra en un estado en el cual tiene cierto retraso intelectual cuando podría haberse encontrado en un estado en el cual no padecería tal condición, la condición contra-fáctica se satisface y es posible afirmar que está sufriendo un daño. El bien jurídico integridad intelectual ha sido lesionado. De acuerdo con esta posición, la línea de base relevante para afirmar que

3. No interesan aquí consideraciones sobre el dolor, la angustia o experiencias conscientes.

4. El pasado año ha habido varios casos donde se relaciona la microcefalia con el hecho de que la madre haya contraído Zika durante el embarazo, consultado en: [[http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160414\\_zika\\_microcefalia\\_confirmacion\\_cdc\\_aw](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160414_zika_microcefalia_confirmacion_cdc_aw)].

5. Véase FEINBERG, J., *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, Nueva York, Oxford University press, 1984, p. 31; HANSER, M., "The Metaphysics of Harm", en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vo. LXXVII No. 2, 2008, pp. 421-450, en particular p. 422; THOMSON, J., "More on the Metaphysics of Harm" en *Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, N°. 2, 2011, p. 446.

se está sufriendo un daño está dada por el estado en el que el sujeto podría haber estado. Veamos el siguiente ejemplo:

## II.B. Caso 2: María

Marta acaba de regresar de Centroamérica. Ella acude al médico para comentarle que pretende concebir un niño. El médico le informa que se ha contagiado del virus Zika y que si concibe ahora su hijo nacerá con microcefalia. El médico le aconseja que espere un mes antes de concebir. De ese modo se asegurará que el virus haya desaparecido y su hijo no nazca con esa condición. Marta hace caso omiso al consejo del médico y concibe su hijo antes de esperar que transcurra un mes. Como resultado, nace María con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

¿Está María sufriendo un daño? Dado que María, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales está en el mismo estado que Juan, parece que está sufriendo el mismo daño que él. Parece que, en este caso, al igual que en el anterior, el bien jurídico integridad intelectual ha sido lesionado. Sin embargo, no podemos sostener esto si apelamos a la condición contra-fáctica de daño. De acuerdo con esta, una persona sufre un daño cuando está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. María no está en ningún estado o condición que sea peor que otro en el que podría haber estado. Si Marta hubiese esperado un mes para concebir, María no estaría en un mejor estado; en ese caso, nunca hubiese existido. Esto es así porque independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se apoye, es verdadero que cada persona surge de un espermatozoide y de un óvulo particular. Si una persona no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que fue concebida, *de hecho*, nunca hubiese existido.<sup>6</sup> Por tanto, si María no hubiese sido concebida en el espacio de un mes en relación con el momento en que de hecho fue concebida, de hecho, nunca hubiese existido. Como esto es así, entonces, es falso que María –al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales– esté en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Si su madre hubiese esperado, el resultado no hubiese

6. Para una discusión más extensa sobre las teorías sobre el origen de la identidad personal véase PARFIT, D., *Reason and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 351-355 y BOONIN, D., *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 29-51.

sido que María esté en un mejor estado, sino solo que no exista. Podría haber existido en su lugar otra persona que hubiese sido el hijo de Marta, pero este niño no hubiese sido María. Si la línea de base relevante para afirmar que alguien está sufriendo un daño está dada por el estado en que se podría haber estado, tenemos que afirmar que María no está sufriendo ninguna clase de daño.

El inconveniente al que nos enfrentamos se encuentra atravesado por lo que se conoce en la literatura como *problema de la no-identidad*. Este problema surge porque en determinados casos parece que la identidad de los afectados por ciertas acciones es irrelevante a la hora de calificar moralmente nuestras acciones como correctas o incorrectas.<sup>7-8</sup> El asunto radica en el hecho de que de acuerdo con cuál sea la acción que se realice, la identidad de la persona resultante será diferente. Como esto es así, entonces, dichas acciones no pueden empeorar el estado en el que estarán los sujetos que existirán como consecuencia de ellas. El problema atraviesa nuestro ejemplo ya que creemos que la acción de Marta es incorrecta porque ha ocasionado que María sufra un daño. Sin embargo, como es verdadero que María no podría haber estado en un estado mejor que aquel en el que está al nacer, parece que no podemos afirmar que ella esté sufriendo un daño y, por tanto, que la acción de Marta sea incorrecta.

¿Significa esto que María no está sufriendo un daño? Luego de analizar nuevamente el caso, y por más que María no esté en un estado que sea peor que otro en el que podría haber estado, parece que ella está sufriendo un daño. Parece que el bien jurídico integridad intelectual ha sido dañado. ¿Cómo explicar esto? Un modo de hacerlo es apelar a la noción de *umbral* de daño. De acuerdo con esta, una persona está sufriendo un daño si se encuentra en un estado que está por debajo de un umbral de bienestar normativamente definido.<sup>9</sup> Al aplicar esta noción de daño, "*comparamos*

7. Véase PARFIT, D., *Reason and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1987, Cap. 16.

8. El problema fue descubierto casi simultáneamente por PARFIT, D., "On Doing the Best for Our Children", en BAYLES, M. (ed.), *Ethics and population*, Cambridge: Shenkman, 1976, pp. 100-115; ADAMS, R., "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3 N° 1, 1979, pp 53-65 y SCHWARTZ, T., "Obligations to posterity" en SIKORA, R. y BARRY, B., *Obligations to future generations*, Filadelfia: Temple University Press, 1978, pp. 3-13.

9. MEYER, L., "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm", en MEYER, L., PAULSON, S y POGGE, T., *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 147 y MEYER, L., "Intergenerational Justice", en *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edi-

los valores de 'tener una vida lo suficientemente buena' y 'tener una vida que cae debajo del umbral'.<sup>10</sup> Como María, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales se encuentra en un estado por debajo del umbral relevante de bienestar, ella está sufriendo un daño. De acuerdo con esta posición, la línea de base en relación con la cual debemos comparar el estado en el que está una persona para afirmar que está sufriendo un daño está dada por un umbral normativamente definido.

La tesis del *umbral* de daño permite explicar tanto por qué Juan está sufriendo un daño en el primer caso, como por qué María lo sufre en el segundo. Ambos sujetos al nacer con microcefalia y retraso intelectual están en el mismo estado por debajo del umbral relevante de daño. Sin embargo, esta tesis no se encuentra exenta de problemas. Analicemos el siguiente caso:

### II.C. Caso 3: Pedro

Petra se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que los estudios han mostrado que su hijo es genéticamente perfecto y, por tanto, si el embarazo continúa en sus carriles normales, tendrá no solo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o Alzheimer, sino también una inteligencia superior.

Petra tiene planeado realizar un viaje de placer al sur de la Argentina. El médico le aconseja que no realice tal viaje dado que el feto se encuentra en una etapa importante de su desarrollo. Si ella no realiza reposo por unas semanas, la consecuencia sería que el hijo que porta en su seno, Pedro, pierda cierto grado de inteligencia superior.

Petra hace caso omiso al consejo del médico y viaja al sur de la Argentina. Efectivamente el estrés del vuelo ocasiona que Pedro nazca con una inteligencia mayor al promedio, pero menor a la inteligencia superior que podría haber tenido.<sup>11</sup>

tion), Edward N. Zalta (ed.), [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101 en particular, p. 21.

10. MEYER, L., *Intergenerational Justice*, consultado en [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>] el 11/12/2016, p. 25.

11. Aunque este no es más que un ejemplo hipotético, no está muy alejado de la realidad. El 18 de mayo de 2013 nació el primer bebe genéticamente perfecto. Después de un tratamien-

¿Está Pedro sufriendo un daño? No podemos afirmar que Pedro está sufriendo un daño si apelamos a la noción de umbral de daño. Nacer con inteligencia mayor al promedio no puede estar debajo de ningún umbral de daño definido de modo plausible. Sin embargo, parece que él está sufriendo un daño. Si no fuera por lo que ha hecho su madre, él habría nacido en una mejor condición. Para explicar por qué Pedro está sufriendo un daño, parece que debe ser abandonada la noción de umbral de daño y, en su lugar, debe apelarse –nuevamente– a la noción contra-fáctica de daño. Después de todo, Pedro está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Pero si esto es así, aunque podamos explicar en este caso por qué Pedro está sufriendo un daño y por qué lo está Juan en el Caso I, no podremos explicar por qué María sufre un daño en el Caso II. Como hemos visto, ella no está en ningún estado que sea peor que otro en el que podría haber estado.

Parece que ninguna de las dos posiciones puede explicar por qué en los tres casos la persona afectada está sufriendo un daño. ¿Hay alguna salida? Creo que sí. Lukas Meyer ha propuesto interpretar como condición necesaria de dañar a la disyunción entre las acciones que causan que alguien esté por debajo del umbral y a las acciones que causan que alguien se encuentre en un estado peor que otro en el que podría haber estado. De acuerdo con su tesis disyuntiva: "(disyuntiva): una acción (o inacción) en el momento  $t_1$  daña a alguien solo si o [a] el agente causa (permite) de ese modo que esta persona esté en un estado por debajo del umbral y, si el agente no puede evitar causar daño en este sentido, no minimiza el daño; o [b] el agente causa que esta persona esté en una peor condición en algún momento posterior  $t_2$  de aquella en la que esa persona habría estado en  $t_2$  si el agente no hubiese interactuado con esta persona en absoluto".<sup>12</sup>

---

to común en la clínica Main Line Fertility de Pennsylvania de Estados Unidos, una pareja obtuvo 13 embriones. Los doctores los cultivaron durante 5 días, tomaron células de cada uno y las enviaron a Oxford para que leyeran la información genética. Se realizaron pruebas de secuenciación completa de los genes de todos los embriones y eligieron al de cromosomas correctos. Los médicos implantaron uno de los embriones saludables en Marybeth y congelaron el resto. Nueve meses después nació Connor, el primer bebé genéticamente perfecto, consultado en: [<http://www.bbc.com/news/health-23205638>]; [[http://www.clarin.com/ciencia/Nacio-primer-genes-perfectos-polemica\\_0\\_962303767.html](http://www.clarin.com/ciencia/Nacio-primer-genes-perfectos-polemica_0_962303767.html)].

12. MEYER, L., "Intergenerational Justice", *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101, p. 31. La traducción es propia.



Como se observa, esta tesis se refiere más a las acciones dañosas que a los estados de daño o de lesión a bienes jurídicos. Una lectura plausible de los estados de daño compatible con esta tesis disyuntiva de sobre las acciones dañosas podría ser la siguiente:

Tesis combinada: una persona sufre un daño a un bien jurídico solo si: (a) esta persona está en un estado por debajo de un umbral normativamente definido; o (b) esta persona está en un estado que es peor que otro en el que esa persona podría haber estado.

Esta posición permite explicar por qué Juan, María y Pedro están sufriendo un daño. En cada uno de los casos, el estado en el que está cada afectado satisface al menos una condición de la tesis combinada. Pedro, en el Caso III, está en un estado que satisface la condición (b). Al nacer con inteligencia mayor al promedio cuando podría haber nacido con inteligencia superior, se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Se llamará *relativo* a esta clase de daño dado que descansa en una confrontación entre dos estados posibles: el estado actual con el estado en el que el sujeto podría haber estado. María, en el Caso II, aunque nace con cierto retraso en sus capacidades intelectuales, está en un estado que no satisface la condición (b); si su madre hubiese esperado para concebir, ella no podría encontrarse en ningún estado mejor, sino sencillamente no existiría. Sin embargo, el estado en el que se encuentra satisface la condición (a) de daño. Ella se encuentra en un estado que se ubica por debajo del *umbral* de daño normativamente definido. Podemos llamar a esta clase de daños *absolutos* dado que el estatus de daño no se vincula con la relación entre ese estado y otro posible, sino con uno en que el sujeto debería haber estado. Juan, en el Caso I, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales satisface la condición (a) de daño. Él se encuentra debajo de cualquier umbral de daño normativamente definido de modo plausible. Sin embargo, dado que de no ser por la enfermedad que le contagió su madre, estaría en una mejor condición, el estado en el que se encuentra también satisface la condición (b) de daño: él se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado.

Ahora bien, que la tesis combinada sea capaz de explicar por qué Juan, María y Pedro están sufriendo un daño, ¿significa que los daños por ellos sufridos son de igual gravedad? O, ¿sufrir un daño por estar en un estado que satisface una de las condiciones es peor que sufrir uno por estar en otro que satisface la otra? O, si un estado de daño satisface las dos condiciones, ¿significa eso que el daño sufrido es peor que si el estado de daño

solo satisface una condición? Asumiendo que el hecho de que, que alguien sufra un daño es una razón para evitar causarlo; y el hecho de que cuanto más grave sea el daño, más fuertes son las razones en contra de provocarlo, en lo que sigue, se intentará responder a aquellas preguntas de manera tal que sea posible obtener una guía clara en relación con la fuerza razones en contra de dañar. Esto es importante para poder distinguir cuándo debe aplicarse el estado de necesidad a modo de justificación y cuándo a modo de excusa.

### III. DAÑOS ABSOLUTOS O DAÑOS RELATIVOS

¿Qué tipo de daño es más grave? Para responder a esta pregunta, primero, debe realizarse una distinción. Un daño o una lesión al bien jurídico puede ser o cuantitativamente o cualitativamente más grave que otra. Imaginemos que dos hermanos, X e Y, salieron a correr por el parque. De repente cae una columna de iluminación sobre ellos. Como consecuencia X pierde la movilidad de una de sus piernas e Y pierde la movilidad de las dos. Dado que ambos están en un estado que es peor que otro en el que podrían haber estado, el daño o lesión al bien jurídico sufrido por ellos es cualitativamente idéntica: ambos están sufriendo un daño relativo. Sin embargo, dado Y pierde la movilidad de ambas piernas cuando X solo de una, el daño que sufre Y es cuantitativamente peor.

En este apartado me interesa discutir la diferente gravedad *cualitativa* de los estados de daño. Para ello intentaré discutir casos donde los daños sean cuantitativamente idénticos. Así, llamaré unidades de daño a cada uno de los efectos adversos que las acciones tengan sobre el estado en el que pueda encontrarse una persona. La idea es que, donde las unidades de daño sean idénticas, la gravedad cuantitativa del daño también lo será. La noción unidad de daño es aplicable tanto a los estados de daño absolutos como a los estados de daño relativos. Cada unidad de daño debe ser medida en relación con una línea de base definida. En el caso de los estados de daño absolutos, esa línea de base estará dada por el umbral de daño; en tanto que, para los estados de daño relativos, la línea de base estará fijada por el estado en que la persona podría haber estado. Por ejemplo, en relación con los estados de daño absolutos, si el umbral de daño aceptable está en –digamos– 10 puntos, si una persona está en un estado con 9 unidades, estará sufriendo 1 unidad de daño absoluto. Si esta persona está en un estado con

2 unidades, estará sufriendo 8 unidades de daño absoluto. En relación con los estados de daño relativos, si una persona, podría haber estado en un estado de –digamos– 20 unidades y está en uno de 15 unidades, esa persona estará sufriendo 5 unidades de daño relativo.

En lo que sigue argumentaré que, a igual cantidad de unidades de daño, sufrir un daño absoluto es peor que sufrir un daño relativo. Un modo de pensar al asunto podría comenzar del siguiente modo: si podemos evitar el daño sufrido por solo una de las personas es razonable pensar que evitaríamos el más grave. Sin embargo, imaginemos que ya han pasado un par de años desde el nacimiento de Juan (Caso I), María (Caso II), y Pedro (Caso III). Como hemos visto, los tres están sufriendo distintas clases de daño. Dado que ya han nacido no hemos podido evitar ninguno. Lo más que podemos hacer es tomar medidas para mitigar o compensar el daño sufrido. De nuevo, parece que, si solo podemos tomar medidas en favor de uno, deberíamos hacerlo en favor de la persona que sufre el daño de mayor gravedad. ¿Qué daño es peor? ¿Qué daño debe ser mitigado o compensado?

Dejemos, por ahora, fuera del análisis al Caso I donde Juan está en un estado que satisface tanto la condición (a) de daño –i.e. sufre un daño absoluto– como la condición (b) de daño –i.e. sufre un daño relativo. Volvamos, en cambio, a los Casos II y III, donde cada uno de los afectados está en un estado que solo satisface una condición de daño. María, en el Caso II, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales, sufre un daño absoluto. Ella se encuentra en un estado que satisface la condición (a) de daño, dado que el estado en el que se encuentra esta debajo de cualquier umbral de daño normativamente definido de modo plausible. Sin embargo, dado que no podría encontrarse en una mejor condición, el estado en el que está no satisface la condición (b) de daño. En cambio, Pedro se encuentra en un estado que satisface la condición (b) de daño, pero no la (a). Satisface la condición (b) de daño porque al nacer con inteligencia mayor al promedio cuando podría haber tenido una inteligencia superior, se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Sin embargo, dado que no puede considerarse que tener inteligencia mayor al promedio se encuentra por debajo de ninguna clase de umbral de daño, Pedro no se encuentra en un estado que satisfaga la condición (a) de daño, i.e. él no está sufriendo un daño absoluto. Entre los daños sufridos por ambos, por tanto, hay una diferencia *cualitativa*: mientras María sufre un daño absoluto, Pedro uno relativo. ¿Qué clase de daño es más grave? Y, por tanto, ¿qué daño deberíamos mitigar o compensar?

Para responder estas preguntas deben añadirse algunos detalles:

- Primero, se considera tener una inteligencia *promedio* o *normal* a la posesión de entre 90 y 109 puntos de cociente intelectual (CI).<sup>13</sup> Por lo tanto, es razonable fijar en 90 puntos de C.I. el umbral de daño referido a las capacidades intelectuales. Así, cualquiera que esté en un estado por debajo de esa marca estará sufriendo un daño absoluto.
- Segundo, imaginemos que el médico que trata a la madre de María (Caso II) le informa que, si no espera a que hayan desaparecido los síntomas de Zika antes de concebir, su hijo no podrá tener un CI superior a 50 puntos. Efectivamente, nace María quien tendrá un CI de 50.
- Tercero, el médico que trata a la madre de Pedro (Caso III) le informa que Pedro podrá tener un CI de 170 puntos, lo que implica tener capacidades intelectuales mayores a las de un "genio".<sup>14</sup> Sin embargo, dado que Petra ha viajado, Pedro tendrá un CI de 130 puntos, capacidad intelectual que corresponde a una "superdotación intelectual".

Como estos tres hechos son verdaderos, tanto Pedro como María sufren un daño de 40 unidades. Ambos están a esa distancia de la línea de base en relación con la cual cada unidad de daño debe ser comparada. Por lo tanto, los daños sufridos por ambos son cuantitativamente idénticos. Sin embargo, son cualitativamente diferentes: María sufre un daño absoluto por estar debajo del estado en el que debería haber estado, mientras Pedro sufre un daño relativo por estar en un estado que se encuentra por debajo de otro en el que podría haber estado.

Ahora que conocemos estos hechos es más fácil decidir que daño decidiríamos mitigar o compensar. Imaginemos que la medida para mitigar o compensar los daños consiste en otorgarle ciertos recursos económicos a uno de ellos. Podemos otorgarle los recursos a María, quien está en un estado 40 puntos por debajo del estado en el que *debería* haber estado; o pode-

13. WEISS, L., *WISC-IV Advanced Clinical Interpretation*, 1st Edition, Academic Press, 2006, p. 75.

14. El término técnico para las personas con tal CI es "altas capacidades intelectuales".

mos otorgárselos a Pedro, quien está 40 puntos por debajo del estado en el que *podría* haber estado. ¿Cómo decidir a quién deben serle otorgados los recursos? Un modo de responder a esta pregunta es apelar a una posición como la del suficientarismo fuerte que afirma que la preocupación por las personas que están debajo del umbral tiene prioridad absoluta por sobre la preocupación por cualquier persona que esté por sobre el umbral.<sup>15</sup> Roger Crisp apela a la virtud de la *compasión* para explicar tal posición. Su idea es que "el espectador se pone a sí mismo en los zapatos de los afectados y se preocupa más en la medida en que los individuos estén en una peor condición (badly off)".<sup>16</sup> Así, la cuestión se convierte en la siguiente: si nos pusiésemos en los zapatos de María y de Pedro, ¿ante quién deberíamos mostrar una preocupación mayor? Creo que no hay problemas en afirmar que ante María en lugar de ante Pedro. Si esto es así, entonces estar en un estado de daño absoluto es peor que estar en un estado de daño relativo. Los daños meramente absolutos son cualitativamente más graves que los meramente relativos.<sup>17</sup>

Por lo tanto, si los daños absolutos son más graves que los daños relativos, y, como hemos afirmado, a medida que los daños sean más graves las razones en contra de realizar acciones que los produzcan tienen más fuerza, ya estamos en condiciones de poder definir el primer principio sobre la fuerza de las razones en contra de dañar:

**Principio I:** a igual cantidad de unidades de daño, las razones en contra de realizar acciones que generen solo daños absolutos son más fuertes que las razones en contra de realizar acciones que generen solo daños relativos.

15. MEYER, L., "Intergenerational Justice", *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101, p. 40.

16. CRISP, R., "Equality, Priority and Compassion", en *Ethics* 113 (julio 2013), p. 757. La traducción es propia.

17. Reconozco que se necesita un argumento adicional para que la fuerza intuitiva de este ejemplo sea más atractiva. En el apartado siguiente expondré un argumento que pretende apoyar la conclusión intuitiva aquí alcanzada.

#### IV. DAÑOS ABSOLUTOS Y DAÑOS RELATIVOS

¿Qué sucede cuando, en el mismo caso, se satisfacen las dos condiciones? El daño al bien jurídico, ¿es por este hecho más grave? En el apartado anterior hemos dejado fuera del análisis la situación de Juan (Caso I). Ahora es la oportunidad de analizar si él, quien está en un estado que satisface tanto la condición (a) como la (b) de la tesis *combinada* de daño, sufre (o no) un daño peor que el que sufre María (Caso II), quien por estar en un estado que solo satisface la condición (a) de daño, sufre un daño más grave que Pedro (Caso III) quien está en un estado que solo satisface la condición (b) de daño. Tanto Juan como María tienen un retraso intelectual que los coloca 40 unidades por debajo del umbral de daño. Sin embargo, Juan (pero no María) está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Él (pero no María) podría haber tenido capacidades intelectuales normales. Siendo esto así, ¿quién de los dos padece un daño que sea peor? Como antes, dado que Juan y María ya han nacido, no hemos podido evitar ningún daño. Lo más que podemos hacer es tomar medidas para mitigar o compensar el daño sufrido por uno de ellos. Así, si solo podemos tomar medidas en favor de uno de ellos, parece que deberíamos hacerlo en favor de la persona que sufre el daño de mayor gravedad. ¿Quién debería ser compensado?

Es razonable pensar que si una persona se encuentra en un estado que satisface las dos condiciones (a y b) de la tesis combinada de daño, sufre un daño mayor que otra que se encuentra en el mismo estado, pero donde solo se satisface una. No estoy seguro que esto sea así en todos los casos. Creo que cuando una persona está debajo del umbral de daño, el hecho de que pueda haber estado *en* el umbral no agrava el daño sufrido. La idea es que, en ciertas circunstancias, nociones de daño tales como la contra-fáctica no son adecuadas, de manera tal que no deben ser consideradas. Para explicar esto puede servir el razonamiento de Thomas Pogge al explicar por qué puede considerarse que el orden global daña a los pobres globales. El autor propone que consideremos la razón por la cual afirmamos que el orden institucional de Estados Unidos en sus comienzos dañaba a las mujeres al ser desventajoso para ellas en relación con los hombres. Pogge sugiere que no consideramos que ellas sufrían un daño porque podrían haber estado en una mejor condición si el derecho británico hubiese continuado, sino porque el orden institucional asignaba un estatus inferior a las mujeres que a

los hombres.<sup>18</sup> Bajo estas circunstancias, es decir, cuando lo que causa daño es la injusticia de determinada situación el hecho de que las mujeres hubiesen podido –a su vez– estar mejor, no entra en consideración.

Creo que podemos apelar a una idea similar en nuestro contexto. La idea sería que cuando las personas no tienen lo suficiente y, por tanto, se encuentren debajo del umbral, es irrelevante el hecho de que tales personas hayan podido estar –a su vez– en un mejor estado. Esta es una consideración que no entra, al menos en principio, en juego. No pretendo que la analogía entre la situación en este contexto y el anterior sea perfecta. Solo pretendo llamar la atención sobre el hecho de que en algunas circunstancias es posible que determinada consideración excluya tener en cuenta otras. Así, del mismo modo que la noción contra-fáctica no entra en consideración en la situación propuesta por Pogge dado que lo que importa es la injusticia de aquel régimen institucional, dicha noción de daño tampoco entra en consideración aquí donde lo que importa es el hecho de que las personas no tienen lo suficiente.

Esta tesis, en nuestro contexto, puede ser testada del siguiente modo: si otorgamos la misma cantidad de recursos a dos personas que estén en el mismo estado debajo del umbral y pensamos que ninguna ha sido compensada en menor medida que la otra, ni que ninguna se ha beneficiado injustamente de tal compensación, entonces es irrelevante el hecho de que una podría haber estado en una mejor condición. Hemos afirmado que tanto Juan como María tienen un cociente intelectual que se encuentra 40 puntos por debajo de lo que se considera normal. Imaginemos que es posible, mediante un procedimiento X, estimular el cerebro de ambos de manera tal que tanto Juan como María lleguen a tener capacidades intelectuales que están en el umbral de normalidad: ambos llegan a tener 90 puntos de CI. ¿Podemos sostener que el daño sufrido por uno de ellos, pero no por el otro, ha sido completamente compensado? O, de modo similar, ¿podemos sostener uno de ellos se ha beneficiado injustamente de tal compensación? Creo que la respuesta a esta pregunta es negativa. Aunque Juan sufre un daño que satisface tanto las condiciones (a) como (b) de la tesis combinada de daño, mientras María sufre un daño que solo satisface la condición (a), ambos han sido completamente compensados, y ninguno se ha beneficiado

18. POGGE, T., "Assisting the Global Poor" en CHATTERJEE, D.(ed.) *The Ethics of Assistance: Morality and Distant Needy*, Cambridge University Press, 2004, p. 274.

injustamente de ello. Si esto es así, entonces, debajo del umbral de daño es irrelevante que quien sufre un daño esté en un estado que satisface las dos condiciones (a) y (b) o solo la condición (a). Para graduar la gravedad del daño solo es relevante la distancia entre el estado en el que se está y el estado en el que el umbral ha sido fijado. Que el sujeto que está en tal estado haya podido estar en una mejor condición, en principio, no aporta ninguna razón para considerar al daño como de mayor gravedad. Podríamos afirmar que en la medida en que el daño sufrido por una persona pueda ser explicado enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos quedan excluidas.

Ahora bien, ¿qué sucede si el sujeto que sufre un daño por estar en un estado que se encuentra debajo del umbral podría haberse encontrado en otro estado que se ubica no *en*, sino *sobre* el umbral? ¿Es este daño peor? Analicemos el siguiente caso:

#### IV.A. Caso 4: Juana - Pedro

Juana se somete a un proceso de diagnóstico pre-natal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que los estudios han mostrado que su hijo es genéticamente perfecto y, por tanto, si el embarazo continúa en sus carriles normales, tendrá no solo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o alzhéimer, sino también una inteligencia superior.

Juana tiene planeado realizar un viaje de placer a Centroamérica. Debido a la probabilidad de que se contagie con el virus Zika, el médico le ha aconsejado que no realice el viaje. El problema es que, de contagiarse, se producirá que el hijo que porta en su seno nazca con microcefalia. Esta enfermedad, aún para el caso de Juan Pedro, impide un desarrollo cerebral completo pudiendo ocasionar cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

Juana hace caso omiso al consejo del médico y viaja a Centroamérica. Efectivamente se contagia con el virus Zika. Como resultado nace Juan-Pedro con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales

Juan-Pedro nace en las mismas condiciones que Juan y María. Todos están en un estado que se encuentra 40 puntos por debajo del umbral de daño. No obstante, a diferencia de ellos, él podría haberse encontrado en un estado 30 puntos por arriba del umbral de daño. Mediante el procedimiento X, con el cual hemos estimulado el cerebro de Juan y María, también po-



demos hacer que Juan-Pedro llegue a tener capacidades intelectuales que estén *en* el umbral de normalidad, esto es, tener 90 puntos de CI. ¿Creemos en este caso que el daño sufrido por Juan-Pedro ha sido completamente compensado? ¿Creemos que la compensación es igualmente satisfactoria que la que han recibido Juan y María? Si respondemos que creemos que el daño sufrido no ha sido completamente compensado o la compensación recibida no es tan satisfactoria como la recibida por Juan y María, entonces solo puede ser porque el daño sufrido por Juan-Pedro es peor al sufrido por Juan y por María. Parece que la compensación recibida por Juan-Pedro no es tan satisfactoria como la recibida por Juan y por María.

¿Cómo explicar esta respuesta cuando hemos afirmado que, si dos personas se encuentran en un estado por debajo del umbral, el hecho de que una podría haber estado *en* el umbral no agrava el daño sufrido? Podemos explicarlo del siguiente modo. Hemos afirmando que existe una prioridad estricta referida a los daños absolutos. Es decir, en la medida en que el daño sufrido por una persona pueda ser explicado enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos no deben entrar en juego. Este hecho es el que mostraba que Juan y María estén sufriendo un daño de igual gravedad. Podría pensarse, para hacer una analogía, en la discusión sobre el concurso impropio o aparente de leyes. Según los teóricos penales, esta situación ocurre cuando "el contenido delictivo del hecho ya queda abarcado y sancionado de modo tan completo mediante la aplicación [de un tipo penal] que la aplicación de los demás queda desplazada".<sup>19</sup> Así, por ejemplo, si se está en presencia de un robo de automotor en la vía pública (art. 167 inc. 4 Código Penal Argentino [CPA]), el hecho de que en la situación también haya estado presente un daño (art. 183 CPA) en algún elemento del automotor, no debe ser considerado. La posibilidad de existencia de dicha circunstancia ya ha sido explicada por el tipo penal de robo. De manera similar, podemos afirmar que cuando un determinado daño ha sido completamente abarcado mediante la consideración de tal daño como absoluto, la consideración de tal daño como, a su vez, relativo queda desplazada. Así, si la línea de base del daño absoluto es más alta o igual a la del daño relativo, el hecho de que haya existido también un daño relativo no debe ser

19. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General: el hecho punible*, Aranzadi, 2004, p. 453.

considerado. Esa circunstancia ya queda abarcada por la consideración de tal estado como de daño absoluto.

Sin embargo, este no es el caso aquí presente. En relación con Juan-Pedro, la línea de base del daño relativo está por sobre la línea de base del daño absoluto, y por tanto existe una "porción" del daño que no ha sido cubierta. Continuando con la analogía con la discusión penal, si quien comete el robo de automotor también se lleva ciertos objetos que se encuentran dentro del automóvil, parece que esta última circunstancia –el hurto de los objetos que están dentro del automóvil– no pueden ser explicada o estar abarcada por el tipo penal de robo automotor. En este caso se requiere una explicación adicional. Aquí, se requiere también la aplicación del tipo penal correspondiente al hurto (art. 162 CPA). En esta clase de casos, se está en presencia de lo que los penalistas llaman concurso ideal de leyes. Aquí, a diferencia del caso del concurso impropio o aparente de leyes, cada aspecto parcial del hecho se encuentra abarcado por un tipo penal sin que la aplicación de uno excluya a la de otro.<sup>20</sup>

De manera similar, el daño sufrido en este caso por Juan-Pedro no puede ser cubierto enteramente por los daños absolutos. A diferencia de lo que ocurre con Juan, donde todas las unidades de daño relativo que él sufre pueden ser cubiertas por los daños absolutos, Juan-Pedro sufre 30 unidades extra de daño relativo que no pueden quedar abarcadas por explicaciones concernientes a daños absolutos. En este caso, la línea de base de los daños relativos es más alta que la línea de base de los daños absolutos. Por lo tanto, existe una "porción" de daño relativo que no puede ser explicada por consideraciones referidas a los daños absolutos. En este caso, entonces, parece que el daño sufrido es más grave. Así y si, tal y como hemos supuesto, a medida que los daños son más graves las razones en contra de producirlos son mayores, entonces es posible formular el siguiente principio:

**Principio II:** cuando una persona sufre un daño por estar en un estado debajo del umbral (daño absoluto), el hecho de que también hubiese podido estar en un mejor estado (daño relativo):

- no aporta ninguna razón adicional en contra de producir tal daño, si la línea de base de daño absoluto está definida en el mismo estado o sobre la línea de base del daño relativo; y

20. STRATENWERTH, G., ob. cit., p. 460.

- aporta una razón adicional en contra de producir tal daño solo en la medida en que la línea de base del daño relativo esté sobre la línea de base del daño absoluto.

## V. ESTADOS DE DAÑO Y ESTADO DE NECESIDAD

¿Cómo se aplica el razonamiento anterior a los casos de estado de necesidad? Veamos un ejemplo:

### V.A. Caso 5: Matías

Matilda está embarazada. El médico le ha informado que, si el embarazo continúa en sus carriles normales, su hijo –Matías– tendrá no solo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o alzhéimer, sino también una inteligencia superior de 170 puntos de I.Q. Matilda ha viajado a Centroamérica y se ha contagiado una rara enfermedad que le afectará sus capacidades intelectuales. Sus capacidades intelectuales actuales están dentro del promedio: 90 puntos de I.Q. Pero si no hace nada en contra de la enfermedad de manera urgente, ella pasará a tener cierto retraso intelectual: 65 puntos de I.Q. Afortunadamente, existe un tratamiento que puede seguir para no caer por debajo del umbral de normalidad. Sin embargo, ella sabe que este tratamiento hará que el hijo que porta en su seno, en lugar de nacer con 170 puntos de I.Q., lo haga con 145. Matilda se somete al tratamiento, evita caer por debajo del umbral y causa que su hijo pierda 25 puntos de I.Q.<sup>21</sup>

Veamos el caso en detalle. Matilda se encuentra amenazada por un mal grave e inminente. Si ella no obra de manera urgente, dado que tendrá 65 puntos de I.Q. cuando el umbral de daño ha sido fiado en 90, padecerá 25 unidades de daño absoluto en su integridad intelectual. Sin embargo, para evitar esto, puede realizarse un tratamiento. En este caso dado que no habrá perdido 25 puntos de I.Q., habrá evitado el mal que la amenaza. No obstante, su acción provocará un mal en Matías: dado que pasará de tener

21. Podría pensarse que la madre contrajo un absceso cerebral. Asimismo, que el tratamiento seguido consiste en tomar un antibiótico como el cloranfenicol, el que, aunque cura a la madre puede producir graves consecuencias para el desarrollo del feto.

170 puntos de I.Q. a 145, también sufrirá un daño en la integridad intelectual de 25 unidades. Estos dos daños, el evitado y el provocado versan sobre el mismo bien jurídico: integridad intelectual; asimismo, dado que las unidades de daño producidas y evitadas son equivalentes, el grado de lesión al bien jurídico es equivalente. Sin embargo, si mi argumento anterior es correcto, la acción de Matilda debe estar justificada y no meramente exculpada. Esto, porque el daño evitado es de los que hemos denominado absolutos en tanto que el daño producido es de los que hemos denominado relativos. De modo que el mal que ha evitado Matilda es más grave que el que ha causado. Así, dado que mientras peor sea el mal más fuertes son las razones en contra de causarlo, si es de aplicación el estado de necesidad, debe ser justificante.

Aunque este ejemplo pueda parecer irreal, es útil para observar cómo opera la tesis propuesta. La distinción entre daños absolutos y relativos ayuda a explicar de mejor modo y de manera más simple casos problemáticos que han requerido criterios adicionales para obtener una resolución justa. Se ha hablado de ponderación de intereses en lugar de ponderación de bienes, para mostrar que, por ejemplo, los asuntos comerciales de un implicado en un accidente automotor no son suficientes para justificar que se marche del lugar en comparación con los intereses del otro sujeto implicado en que se comprueben los datos para obtener una indemnización por daños y perjuicios.<sup>22</sup> Si se aplicara la tesis aquí propuesta, todo lo que sería necesario para llegar a la misma solución sería comprobar que el daño sufrido por una de las partes, aunque en el mismo bien jurídico y en el mismo grado de lesión, es absoluto, en tanto que el sufrido por el otro, relativo. También se ha hablado de importancia esencial de los intereses protegidos para sostener, por ejemplo, que está justificado poner en libertad a algún condenado por terrorismo para rescatar a algún rehén.<sup>23</sup> Si se aplicara la tesis aquí propuesta no sería necesario apelar a tal criterio. Parece obvio que, aunque los dos sujetos estén privados de la libertad, el daño que sufre el rehén puede caracterizarse como absoluto, mientras no es obvio que el condenado a prisión esté sufriendo un daño absoluto. También se ha propuesto considerar las circunstancias personales de los respectivos titulares. A través de este criterio se pretende defender que en algunos casos en los

22. ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General*, T.I. Madrid, Civitas, 1997, p. 686.

23. JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada, Comares, 2002, p. 389.

que, en relación con el mismo bien jurídico, el daño evitado es mayor al causado, debe aplicarse estado de necesidad exculpante y no justificante. Por ejemplo, cuando un ganadero para salvar a 10 de sus animales mata a la única vaca de su vecino.<sup>24</sup> Si se aplicara la tesis aquí propuesta podría llegarse a la misma conclusión sin necesidad de apelar a ningún criterio adicional. El daño ocasionado por el ganadero, dado que deja a su vecino sin lo suficiente es de los que hemos denominado absolutos, mientras que el que él padece es de los que hemos denominado relativos. Así, dado los daños absolutos son más graves que los relativos, no es posible afirmar que la acción del ganadero ha estado justificada.

## VI. CONCLUSIÓN

Hasta aquí, he argumentado que del principio que afirma que el estado de necesidad justificante tiene lugar cuando el mal evitado es mayor al producido, en tanto que el estado de necesidad exculpante cuando esto no ocurre, no se sigue que cuando los bienes jurídicos y el grado de lesión a ellos sea equivalente, deba aplicarse el estado de necesidad exculpante. Esto, porque aún en tal caso es posible evitar un mal mayor que el que se produce. Esto sucederá cuando las razones para evitar un tipo de mal son más fuertes que las razones para evitar el otro. Sostuve que las razones para evitar daños absolutos a bienes jurídicos son más fuertes que las razones para evitar daños relativos a bienes jurídicos. Por lo tanto, si en un caso donde el bien ofendido y el protegido son equivalentes y el grado de lesión evitado y producido también es equivalente, la acción realizada podrá estar justificada si el daño que se evita es de los que hemos denominado absolutos y el que se produce de los que hemos denominado relativos.

Creo que puede haber otros principios para graduar los males en los casos de estado de necesidad. Por ejemplo, aquellos derivados no de los estados de daño sufridos sino de las acciones dañosas realizadas. Así, podría sostenerse que, si la acción dañosa coloca a algún bien de la víctima en un estado en el que estaría de todos modos, las razones en contra de realizarlas son menores que las razones en contra de realizar acciones dañosas que no provoquen tal resultado. Además, por ejemplo, que la fuerza de las razones

24. ZAFFARONI, R., *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 639.

en contra de producir determinados estados de daño tiene prioridad sobre la fuerza de las razones en contra de realizar determinadas acciones dañosas. Sin embargo, no tengo tiempo ni espacio para desarrollar en detalle estos puntos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, Robert, "Existence, Self Interest, and the problem of evil", *Noûs*, Vol. 3, N° 1, 1979.
- BOONIN, David, *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, Oxford University Press, 2014.
- CRISP, Roger, "Equality, Priority and Compassion", en *Ethics* 113, (July 2013): 745-763
- FEINBERG, Joel, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, Vol. I, Nueva York, Oxford University press, 1984.
- HANSER, Matthew, "The Metaphysics of Harm", en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII No. 2, 2008 pp. 421-450.
- HASSEMER, Winfried, "The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods" (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective", en SIMESTER, A., BOIS-PEDAIN, A. y NEUMANN, U. (ed), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 187-204.
- JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada, Comares, 2002.
- MEYER, Lukas, "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm", en MEYER, L.; PAULSON, S y POGGE, T., *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, 2003, pp.143-159.
- , "Intergenerational Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), consultado en [<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>], pp.1-101.
- PARFIT, Derek "On Doing the Best for Our Children", en BAYLES, M. (ed.) *Ethics and population*, Cambridge: Shenkman, 1976, pp. 100-115.
- , *Reason and Persons*, Oxford Clarendon Press, 1987.
- POGGE, Thomas, "'Assisting' the Global Poor" en CHATTERJEE, Deen (ed.) *The Ethics of Assistance: Morality and Distant Needy*, Cambridge University Press, 2004, pp. 260-288.

- ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Madrid, Civitas, 1997.
- SCHWARTZ, Thomas, "Obligations to Posterity" en SIKORA, R I. and BARRY, Brian, *Obligations to Future Generations*, Filadelfia, Temple University Press, 1978, pp. 3-13.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General: El hecho punible*, Aranzadi, 2004.
- THOMSON, Judith J., "More on the Metaphysics of Harm", en *Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, N°. 2, 2011, pp. 436-458.
- VON HIRSCH, Andrew, "El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño" en HEFENDEHEL, Roland (ed.) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 37-52.
- WEISS, Lawrence, *WISC-IV Advanced Clinical Interpretation*, Academic Press, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.