

# Entre la marginalidad y el estado de necesidad\*

Between marginality and the state of necessity

Jorge Rafael Vaca Espinosa\*\*

Para mi tía Amelia.

DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.53.12529>

Fecha de recepción: 07 de febrero de 2025 Fecha de aceptación: 19 de junio de 2025 Fecha de publicación: 30 de junio de 2025

**Citar como:** Vaca, J. R. (2025). *Entre la marginalidad y el estado de necesidad*. Verba Iuris, (53), 57–72.  
<https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.53.12529>

Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/)



## Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal establecer las diferencias entre el estado de necesidad como excluyente de responsabilidad y la disminución punitiva derivada de la circunstancia de marginalidad. En ese sentido, se realizó una investigación con enfoque cualitativo, basada en una revisión sistemática de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, tomando como fundamentos teóricos las propuestas de reconocidos autores del derecho penal orientado a la protección de los derechos humanos y al respeto de la Constitución. Se consideraron variables como la influencia en la causación del delito, el momento en que deben presentarse, el principio de subsidiariedad y la instancia de análisis delictual en que estos institutos surten sus efectos; esto permitió sistematizar, de manera didáctica, las diferencias entre los institutos analizados.

**Palabras clave:** Marginalidad, estado de necesidad, causales de ausencia de responsabilidad, exceso, subsidiariedad, actualidad.

## Abstract

The main objective of this work is to establish the differences between necessity as a ground for excluding criminal liability and the punitive reduction derived from the circumstance of marginalization. In this regard, a qualitative research study was conducted, based on a systematic review of case law issued by the Supreme Court of Justice of Colombia, using as theoretical foundations the proposals of

\* El presente artículo de reflexión es producto del proyecto de investigación “Marginalidad y Preacuerdos. Una revisión desde el estado social y democrático de derecho” desarrollado en la Universidad Cooperativa Campus Neiva.

\*\* Profesor del área de derecho penal en la Universidad Cooperativa de Colombia campus Neiva. Candidato a Doctor en Derecho Universidad Libre de Colombia, Magíster en Derecho Penal Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre de Colombia, Abogado Universidad del Rosario. CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCuriculoCv.do?cod\\_rh=0001917850](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCuriculoCv.do?cod_rh=0001917850) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4467-9994> Google académico <https://scholar.google.es/citations?user=s3LHk2kAAAAJ&hl=es&oi=ao> Correo electrónico institucional: jorge.vaca@campusucc.edu.co Correo electrónico personal: jorgevaca4931@gmail.com

of renowned authors in criminal law who focused on the protection of human rights and respect for the Constitution. Variables such as the influence on the commission of the crime, the moment in which they must arise, the principle of subsidiarity, and the stage of criminal analysis at which these legal constructs take effect were considered; this made it possible to systematically and didactically organize between the analyzed legal concepts.

**Keywords:** Marginality, state of necessity, causes of absence of responsibility, excess, subsidiarity, actuality.

## 1. Introducción

Con el propósito de realizar un parangón entre el estado de necesidad y la situación de marginalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 32 y el artículo 56 del Código Penal colombiano, el objeto de estudio se abordará de la siguiente manera: en primer lugar, se realizará un análisis jurídico del estado de necesidad, precisando los requisitos indispensables para que tenga el efecto de eximir de responsabilidad penal al procedido sin dejar de lado lo concerniente al exceso en esta causal con sus consecuencias jurídico-penales.

Como tema central de este trabajo, se estudiarán las características de la marginalidad como circunstancia atenuante de la pena, en estrecha consonancia con los aportes que la jurisprudencia nacional ha hecho al respecto. Finalmente, se expondrán algunos criterios orientadores que se espera resulten útiles a la hora de establecer la viabilidad de aplicación de la causal excluyente de responsabilidad o de la disminución punitiva.

En la parte final del documento, a manera de excursus, se incluirá una breve referencia a las características de las circunstancias de mayor y menor punibilidad del artículo 55 del Código Penal, con el fin de aportar mayor claridad al tema central del estudio.

## 2. Del Estado de Necesidad

A manera de exordio, es preciso señalar que el fundamento teleológico de la normativización de las figuras sustantivas objeto de esta investigación parte de la aceptación que en ciertos eventos la plenitud del principio de libertad de elección, que es connatural a todas las personas, se torna disminuida cuando una causa externa o interna ejerza una fuerte influencia en la determinación delictiva. De esta manera, a pesar de que el agente obra de manera voluntaria su voluntad se ve aminorada al momento de actuar (Carrara, 1983), por lo que la legislación penal admite en ciertos casos la posibilidad de reducir la pena o eximir de responsabilidad al agente.

La quinta esencia del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad estriba en reconocer que no se puede castigar el sacrificio de un bien jurídico cuando se procura salvaguardar otro de mayor o igual entidad jurídica. En palabras del jurista español Santiago Mir Puig (2006) pone de presente que se trata de “un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber” (p.451).

Es importante resaltar que existen distintas posturas doctrinarias respecto a la categoría dogmática del delito que excluye la situación de necesidad inevitable. La primera de ellas afirma que su incorporación como causal de ausencia de responsabilidad excluye de suyo la antijuridicidad. Una segunda propuesta excluye la culpabilidad por inexigibilidad de actuar conforme a derecho. Por último, la tesis mayormente aceptada y vigente, proclama que su reconocimiento demanda la ponderación de bienes jurídicos en confrontación, para colegir que, si el que resulta sacrificado tiene un menor valor que el preservado, la causal excluye la antijuridicidad de la conducta, mientras que, si ambos ostentan igual valor no se cumple con el presupuesto de la culpabilidad. Con relación a este tópico, Luis Jiménez de Asúa (1958) incluye la causal en comentario en su catálogo de aquellas que “presentan un conflicto de intereses legítimos” (p.1051), en el que el interés preponderante estará protegido por el ordenamiento jurídico.

Respecto a la composición jurídica del estado de necesidad, la doctrina ha establecido como requisitos *sine qua non* para su reconocimiento los siguientes:

“*La existencia de un peligro actual o inminente*”.  
“*Que el agente no haya causado el peligro*”.  
“*Que el autor no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo*”.  
“*La acción desplegada por el autor debe ser idónea (capaz de detener el peligro)*”.  
“*La acción debe ser necesaria*”.  
“*El bien jurídico que se salve debe ser de mayor o igual jerarquía al sacrificado*”  
(Peláez y Quintero, 2020).

Del catálogo de dichos presupuestos, se hace conveniente y oportuno referirse de manera especial a dos de ellos, como son: el reconocimiento de la necesidad y el factor temporal del peligro.

En ese sentido, la situación de necesidad debe revestir tal gravedad que la única manera de preservar el bien jurídico en peligro sea sacrificando otro, siempre que se respete el marco de la proporcionalidad dirigiendo la acción a lesionar en la menor medida posible, toda vez que, si la situación peligrosa proviene del ataque de un animal que acaba de escapar de su jaula en un zoológico, no sería razonable que el cuidador optara por matarlo con un arma de fuego si cuenta con la posibilidad de disparar los cartuchos con medicamentos tranquilizantes.

Por su parte, el peligro es actual cuando existe al momento del hecho o se encuentra en curso y, es inminente cuando está a punto de producirse (Fernández, 2017).

La importancia de la necesidad y la temporalidad tiene asidero en cuanto el ordenamiento penal contempló como causal de disminución punitiva aquellos eventos en que el sujeto agente, estando inmerso en tan especiales circunstancias, desborda los límites de la causal de ausencia de responsabilidad de conformidad con lo consagrado en el inciso segundo del numeral 7º del artículo 32 del Código Penal, bajo la siguiente descripción:

*El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible (Ley 599 de 2000, art. 32, Col.).*

Cabe señalar que la doctrina distingue dos tipos de exceso: el extensivo, cuando la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación, e intensivo, cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario (Zaffaroni et al., 2002, p.644). Este aspecto será tratado con mayor detalle más adelante.

A modo de ilustración, se expone un caso hipotético que ejemplifica una situación en la que el ordenamiento jurídico toleraría la vulneración a un bien jurídico al cumplirse con los requerimientos para la configuración del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad:

*Un humilde obrero solicita en una clínica privada atención inmediata para su hijo que se encuentra gravemente enfermo. Los encargados desatienden el pedido por no tratarse de una entidad de beneficencia, exigiendo la consignación previa de diez millones de pesos para prestarle los servicios. El trabajador indignado, toma sorpresivamente por el cuello a uno de los médicos de turno y con navaja en mano amenaza con matarlo si su descendiente no es atendido, pretensión cumplida por los colegas, quienes de inmediato trasladaron al paciente a la unidad de cuidados intensivos, dada la gravedad de su cuadro clínico. Pasadas 70 horas y al observar que el bebé reacciona de manera favorable, libera al rehén (Viveros et al., 2018, p.424).*

### 3. Fundamento y Concepto de Marginalidad

En lo que corresponde al fundamento y la noción de marginalidad, el ordenamiento penal colombiano ha reconocido tres situaciones que, al influir en la comisión de un delito, tienen como efecto disminuir de manera considerable el quantum punitivo, tal como lo prevé el artículo 56 del Código Penal bajo la siguiente disposición:

*Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición (Ley 599 de 2000, art. 56, Col.)*

La Real Academia Española define la marginalidad como una “situación de marginación o exclusión social de una persona o de una colectividad” (RAE, s.f.). No obstante, para encontrar su significado jurídico de la marginalidad hay que partir de la verdad incontrastable que en muchos países las personas deben sortear difíciles condiciones de vida como consecuencia de la desigualdad social y económica producto de los malos gobiernos, situación que conlleva el etiquetamiento de clases sociales, castas o estratos socioeconómicos, lo cual genera que los grupos sociales más vulnerables sean discriminados y tratados como seres inferiores a quienes se les niega gran parte de sus derechos fundamentales en lo que concierne a la vida digna, la educación, la salud, la igualdad, entre otros.

Desde esta perspectiva, el concepto jurídico-penal de marginalidad, debe entenderse como la falta de participación de los asociados en el desarrollo, recursos y beneficios de una buena política estatal, con miras a suplir las necesidades básicas connaturales a la calidad de vida del ser humano, siendo claros ejemplos, la escasa infraestructura urbana, las dificultades de acceso a servicios públicos y recursos que faciliten y garanticen los estándares básicos de subsistencia, sin olvidar el desempleo, el analfabetismo y la disfuncionalidad familiar.

Estos factores producen efectos en la formación psicosocial, autoestima, habilidades cognitivas, formación de la propia identidad y proceso de maduración emocional (Luna, 2019) e incluso a la hora de tomar la decisión de cometer un delito si se añade que la marginalidad hace precaria la presencia institucional sobre todo en las zonas con mayor índice de pobreza (Torregrosa, 2009).

En esta misma línea, afirma Cigüela (2017):

*La exclusión social es un fenómeno mucho más complejo de lo que el concepto de pobreza ha abarcado tradicionalmente. Aunque ambas dimensiones estén correlacionadas —el excluido suele ser un individuo con pocos recursos, y el pobre suele estar excluido del acceso a múltiples bienes o servicios—, lo cierto es que no son coincidentes, y hoy entendemos que no sólo el menosprecio social o jurídico del pobre es relevante, sino también el de quien no tiene acceso al trabajo, la educación, la cultura o la participación política (p.5).*

Así, la marginalidad constituye “un problema que corroe la médula del potencial del hombre para el automejoramiento voluntario y racional” (Cortés, 2006, p.76).

Desde el punto de vista jurídico-penal, la marginalidad como causal de disminución punitiva, se fundamenta de la idea de “corresponsabilidad del Estado y de la sociedad” quienes, en términos generales, admiten no haber cumplido el compromiso propio de la cláusula de Estado Social, la cual “se centra en garantizar a los ciudadanos el Principio de Bienestar” (Ballesteros et al., 2022, p. 28).

Por tanto, no resulta legítimo reprochar con la misma rigurosidad conductas delictivas que se desprenden de esa injusticia social traducida en desigualdad a la que han contribuido. Es por esto que el juicio de culpabilidad requiere de un análisis del individuo en contexto que incluye la revisión de las cargas asumidas por el Estado y su cumplimiento (Luna, 2019), para así determinar si al sujeto le era exigible obrar conforme a derecho en toda su extensión.

Otro argumento para relativizar el trato penal de los marginados, es aquel que consiste en que si el Estado no los ha tratado como ciudadanos, no puede castigarlos como tales, y es que la exclusión social pone en entredicho el estatus de ciudadanos de las personas que la padecen. Esto por diferentes motivos como la carencia de oportunidades para manifestarse y adoptar una postura crítica sobre la norma cuya infracción se les pretende achacar debido a haber vivido en condiciones de marginalidad, no haber podido acceder a la educación o en general, por no haber sido beneficiarios de una protección material por parte del Estado (Castellví, 2023). Cabrera (2018) lo sintetiza afirmando que, en un Estado Social de Derecho:

*No solamente debe atenderse al hombre en su necesidad funcional biológica: nacer, crecer, reproducirse y morir, sino que además tales exigencias materiales implícitamente conllevan una trascendencia que se evidencia en la calidad del nacimiento: el derecho debe preocuparse por que toda persona nazca en condiciones dignas (p.5).*

En ese sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la marginalidad, desde el punto de vista jurídico:

*Tal particularidad genera, como ocurre en la presente casuística, que el individuo sea incapaz de insertarse adecuadamente a la sociedad, al verse abocado como individuo en una condición de mayor estado de vulnerabilidad, y por lo mismo asumen que cuenta con el pleno derecho de defender sus bienes y vida, no solo la de él sino la de su familia mediante elementos idóneos, como lo es un arma, que precisamente se califica de defensa personal [...]. Ello además porque se encuentra a merced de un ataque contra sus derechos fundamentales quedando en un desamparo absoluto de acuerdo con los recorridos que debe hacer entre zonas yermas y el lugar de su aislada residencia, lo que le agrava su situación en la eventualidad de una arremetida injusta (Corte Suprema de Justicia de Colombia [CSJ], Auto AP7638-2014, 2014).*

Focalizando el análisis conceptual, la Sala ha señalado que:

*En el marco social que es el aquí abordado, la marginalidad denota una persona o un grupo que por voluntad propia (automarginación) o ajena (heteromarginación) se ha colocado o ha sido ubicado en un extremo de la comunidad, lejos de lo ordinario y corriente, en la periferia, todo lo cual puede determinar una diferente comprensión de las reglas sociales y, por supuesto, del alcance de las normas penales (CSJ, Sentencia SP5356-2019, 2019).*

La Fiscalía General de la Nación (2018), por su parte, delimita la noción de marginalidad como aquellas “situaciones extremas y objetivas que afectan la capacidad del sujeto activo para comportarse conforme a derecho, debido a su incapacidad para satisfacer necesidades básicas”.

Bajo tales consideraciones, puede concluirse que la diminuta punitiva por haber obrado en condiciones de marginalidad tiene por fundamento la exclusión social que impide al sujeto actuar ajustadamente a derecho. Sin embargo, el que el legislador haya incluido la cláusula aquí tratada en su catálogo de atenuantes punitivos, no obstante para preguntarse si ello resulta suficiente en el modelo de Estado contemplado en la Constitución Política de Colombia o si debe considerarse como un loable avance para la consecución de los fines del Estado Social, toda vez que el enunciado normativo en sí mismo no impone ninguna obligación relativa a un tratamiento diferencial que, más allá de una rebaja en la pena, permita la reintegración social y dote a la persona de las capacidades para el logro de su proyecto de vida.

En relación con ello, Cigüela (2017) señala que:

*Mi opinión es que en muchos casos no es suficiente, pues la individualización sólo responde a la justicia del caso cuando el sujeto es igual, por lo demás, al resto de ciudadanos, esto es, cuando goza de una protección y un reconocimiento comparable al estándar social existente; cuando el sujeto parte de una situación de grave desigualdad en términos de protección, por ejemplo por haber crecido en un barrio donde el Estado no garantiza la seguridad o una socialización básica, la individualización a la baja no bastaría por estar tratando cuantitativamente diferencias que son, en el plano estructural, cualitativas. Estas diferencias no deben excluir medidas que impliquen la exención de responsabilidad y deben abordarse en categorías como el estado de necesidad (jusificante y exculpante) y la inexigibilidad (p.23).*

El abordaje de estas cuestiones desborda la intención de este documento, pero hay que recalcar que es un asunto de suprema importancia no solo en la investigación científica sino en el establecimiento de políticas públicas que propendan por una sociedad equitativa.

### 3.1 Características de la Marginalidad como Diminuente de Punibilidad

Al ser la marginalidad el epicentro de este estudio, es conveniente señalar que el legislador no estableció de manera específica la línea fronteriza entre las situaciones de marginalidad, pobreza o ignorancia extremas y las causales del artículo 32 del Código Penal, generando complicaciones para los operadores jurídicos atendiendo que existe una tela muy delgada al momento de sopesar los institutos del estado de necesidad y la marginalidad.

Para ilustrar la problemática, resulta oportuno plantear el siguiente ejemplo: un campesino que reside con su familia en una vereda ubicada a diez horas en canoa de Quibdó, sin acceso a los servicios públicos básicos y con escasez de alimentos debido a las dificultades de transporte, cuya economía diaria no supera los \$8.000 pesos, y que, además, no ha tenido acceso al sistema educativo en toda su vida, decide talar una especie de árbol incumpliendo la normatividad ambiental con el fin de vender la madera y así poder alimentar a su familia.

En el caso planteado convergen características propias de la figura sustantiva excluyente de responsabilidad como de la norma atenuante de punibilidad, haciendo compleja la tarea del operador jurídico a la hora de seleccionar la institución aplicable, por lo que a continuación se desglosan los requisitos exigidos para la viabilidad jurídica de la disminución de la pena por marginalidad del agente.

#### A. *Influencia directa*

Del artículo 56 del Código Penal colombiano se extrae, como primer elemento de importancia, la influencia directa de la marginalidad en la comisión del delito. En providencia interlocutoria del año 2015 la Corte Suprema de Justicia se refirió expresamente a este requisito en los siguientes términos:

*La circunstancia de marginalidad extrema corresponde a un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, por lo que resulta inescindible de ésta, como que permite su individualización y la caracteriza, pues se refiere a aquellas condiciones propias de modo o lugar en que se ejecutó el hecho, a manera de ejemplo, la tentativa (artículo 27 Código Penal), la complicidad (artículo 30 Ib), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2 Ib), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57 Ib), etc. (CSJ, Auto AP4455-2015, 2015).*

En concordancia con esta característica, un ejemplo permitiría dilucidar de mejor forma su alcance. No puede considerarse como persona marginal a un médico especialista que siendo consumidor habitual de estupefacientes, al estar departiendo en una fiesta con sus amigos asesina a otro por quitarle una papeleta alucinógena. Este galeno es una persona drogadicta y lo cierto es que nunca procedería la atenuante del artículo 56 del Código Penal. Situación distinta se presentaría cuando este mismo personaje, abandona su profesión debido al alto grado de dependencia de las drogas ilícitas y habitando en las calles por un lapso de cinco años llegara a cometer algún delito con el fin de satisfacer su adicción.

De esta ilustración se deduce que la marginalidad, además de ser un asunto que debe acreditarse probatoriamente, debe tener una injerencia causal en el punible por lo que la llana circunstancia de marginación social respecto del sujeto agente no genera el descuento en la pena cuando el delito cometido nada tiene que ver con su especial situación.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al señalar:

*Finalmente, en lo que respecta a la condición de marginalidad del artículo 56 del Código Penal, reclamada por la recurrente, se debe señalar que no se verifican los presupuestos para su reconocimiento -que, en cualquier caso, sólo comportaría atemperar la pena-, debido a que, según el informe del investigador de la defensoría, el implicado moraba en una residencia donde pagaba un canon de arrendamiento diario de \$8.000 y recibía una remuneración semanal de \$150.000, contexto que repudia los conceptos que para el legislador posibilitan la rebaja punitiva. Es más, como bien lo expuso el juez plural, las estipulaciones que en torno al arraigo y a la adicción hicieron las partes no se extendieron al nexo causal existente entre esa situación y el porte de la sustancia psicoactiva, máxime si se acreditó en el juicio que esa sustancia no estaba destinada al consumo personal de Ramírez Tabares, sino a la venta (CSJ, Sentencia SP684-2019, 2019).*

Siguiendo esta línea, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer probatoriamente la relación de causalidad bajo las siguientes consideraciones:

*Para efectos de responder a la solicitud realizada por la apelante, es preciso recordar que la simple mención de “habitante de calle” del acusado no implica la*

*concesión inmediata del descuento punitivo previsto en el artículo 56 del CP, pues cierto es que para el reconocimiento de la misma se debe demostrar que aspecto personal fue la que inexorablemente lo impulsó a cometer el delito, pues de una lectura del articulado en cita establece que esa condición es procedente (...) en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tenga la entidad suficiente para excluir la responsabilidad (...)’ (Tribunal Superior de Colombia [T. Sup.J, Sentencia 11001.6000.015.2016.08465.01-2019, 2019).*

A guisa de resumen de lo expuesto en este apartado, vale la pena precisar que el artículo 56 no será aplicable, *verbi gratia*, cuando una persona tuvo una infancia caracterizada por el abandono estatal y debido a la falta de oportunidades laborales no le quedó más salida que vivir del expendio de drogas, pero pasados los años y determinado por la exorbitante utilidad económica, decidió dedicarse a dicha actividad a nivel transnacional.

### **B. Actualidad**

La necesaria influencia directa de la marginalidad en la causación de la realización delictiva lleva implícita la exigencia que tal situación esté presente al momento que tiene lugar la conducta desplegada por el agente, esta misma exigencia, como ya se vio, aplica para el estado de necesidad, pero hay que tener en cuenta que en el caso de la atenuante no basta con que sea inminente que el agente pueda ser objeto de marginación social.

Corroborando esta interpretación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, hizo alusión a la actualidad de la marginalidad en el sentido que las situaciones previstas en el artículo 56 del estatuto punitivo:

*No son post delictuales, sino concomitantes, por lo que hacen parte del entramado fáctico, y, en ese orden, afectan la calificación jurídica y, por ende, los extremos punitivos del tipo penal. De manera que su existencia, tal como lo ha reconocido la Corporación, debe ser alegada, tratándose de allanamientos, en la audiencia preliminar de imputación, a efectos de que la fiscalía las conozca y se surta el debate contradictorio correspondiente (CSJ, Auto AP4455-2015, 2015).*

Asimismo, no se puede perder de vista que uno de los parámetros diferenciadores entre el concepto de marginalidad y las excluyentes de responsabilidad, estriba en que estas últimas tienen origen en el momento del acto defensivo o de la conducta que legitima una agresión, mientras que la condición atenuante nace con anterioridad al momento del delito, incluso puede haber surgido con muchos años de anterioridad con vocación de permanencia en el tiempo.

### ***C. Subsidiariedad y casos de exceso***

La naturaleza subsidiaria de las atenuantes punitivas es quizá el aspecto con mayor relevancia a la hora de establecer su diferenciación con las causales excluyentes de que trata el artículo 32 del Código Penal. Esta característica se extrae de la expresión “no tengan la entidad para excluir la responsabilidad” que fue escogida por el legislador para ser utilizada como lindero entre las situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas y las causales de ausencia de responsabilidad. En ese sentido, el artículo 56 solamente hará parte del estudio del juzgador cuando no haya lugar la exclusión de responsabilidad.

Aunque en apariencia este asunto de la subsidiariedad es fácilmente comprensible, sin embargo, este tópico ha generado debates sumamente interesantes debido a la sensibilidad que ostentan

estas dos instituciones jurídicas, al punto de crear confusión en el operador judicial al momento de decidir sobre su reconocimiento. Por citar un ejemplo, existe el caso de un ciudadano que acudió a las instalaciones de un fondo de pensiones con una granada de fragmentación exigiendo el reconocimiento de su pensión puesto que no contaba con recursos para solventar sus gastos y los de su progenitora que padecía una grave enfermedad. La defensa del procesado planteó en sede de casación que se reconocieran las circunstancias de “marginalidad, ignorancia o pobreza extremas” (como si fueran una sola) para fundamentar un error en el estado de necesidad; en otras palabras, alegaba que su cliente obró creyendo estar cobijado por la causal excluyente de responsabilidad debido a su especial situación de ignorancia y marginalidad. La Corte no accedió al planteamiento dejando claro que lo que de fondo se alegaba era un error en la causal de ausencia de responsabilidad que debía ser estudiado como tal y sin acudir al artículo 56 del Código Penal (CSJ, Sentencia, Rad. 32614-2011, 2011).

Para evitar este tipo de vicisitudes, se hace perentorio revisar con detenimiento el artículo 32 del Código Penal pues es el punto de partida para definir cuándo un comportamiento deja de estar cobijado por las causales allí enunciadas y, en consecuencia, le abre paso a la atenuación punitiva basada en condiciones de marginalidad del sujeto agente.

En ese sentido, el operador jurídico de cara al caso concreto debe utilizar una metodología dirigida, en primera medida, a verificar si en la conducta concurren los elementos del estado de necesidad ya enunciados. En caso de no estructurarse dicha causal eximente, deberá acudir al artículo 56 para verificar si es posible reducir la pena a imponer.

No obstante, en lo que corresponde al exceso en el estado de necesidad referido en el inciso segundo del numeral 7 del artículo 32 del estatuto penal, el esfuerzo interpretativo es mucho mayor, bajo el entendido que la persona que sobrepase los límites de las causales de exclusión de responsabilidad, no queda exenta de responder penalmente, al contrario, estaría cometiendo una conducta típica, antijurídica y culpable, solo que el juicio de reproche será menor.

Surge entonces el cuestionamiento sobre la posibilidad de disminuir la responsabilidad penal acumulando la situación de exceso con alguna de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal, para lo cual se acude a la siguiente ilustración: una persona que lleva una semana sin probar bocado y hurta un pollo con el fin de alimentarse obraría en estado de necesidad y no comete delito alguno, pero en caso de que haya decidido tomar no solo una sino cinco aves, estaría incurriendo en el punible de hurto y la consecuencia será una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la correspondiente a dicho punible. Suponiendo que esta persona que excedió los límites del estado de necesidad, fuera alguien que llegó hace tres meses a la capital debido a que fue despojada de su parcela por el flagelo del paramilitarismo y no ha conseguido un trabajo digno en la ciudad para solventar tanto sus necesidades primarias ni las de su esposa e hijos, ¿sería viable atenuar nuevamente la pena teniendo en cuenta su situación de marginalidad?

La doctrina nacional responde afirmativamente, considerando que el exceso, al ser una conducta punible, puede ocasionarse de manera dolosa o imprudente e incluso puede resultar impune si tiene su origen en una causal de exclusión de

responsabilidad como el miedo insuperable (Fernández, 2017). De manera análoga, es posible que la extralimitación concurra con otra circunstancia de atenuación punitiva como la ira del artículo 57 del Código Penal sustantivo, en cuyo caso, la pena se reducirá en lo que corresponda tanto por el exceso como por la ira (Velásquez, 2010).

Acorde con esta doctrina, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, consideró que:

*Antes que ser incompatible con la ira, el miedo puede ser concurrente con ésta en situaciones de excitación que, a su vez, pueden conllevar a respuestas impulsivas como la violencia (CSJ, Sentencia SP117-2022, 2022).*

Esta afirmación ameritaría un estudio específico, pero resulta relevante para el análisis que aquí se desarrolla.

A una conclusión similar se arriba tras realizar un análisis sistemático armonizando la normativa penal sustancial con la procesal en lo que atañe a la política criminológica adoptada en Colombia, partiendo del numeral 15 del artículo 324 del estatuto adjetivo que establece la procedencia del principio de oportunidad:

*Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad (Congreso de Colombia, Ley 906 de 2004, art. 324).*

La expresión “explicable en el ámbito de la culpabilidad” hace alusión a “las circunstancias personales que afectan al individuo y que dan lugar a una exigibilidad menor en

en su comportamiento” (Sánchez, 2020, p.223) entre las que se encuentran, de acuerdo a lo arriba expuesto, las situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas del artículo 56 del estatuto penal sustantivo, permitiendo reconocer que el reproche es menor tanto por el exceso por cuanto la circunstancia de atenuación. Entonces, si es viable aplicar el principio de oportunidad reconociendo que existen dos situaciones que aminoran el grado de responsabilidad ¿por qué no sería posible reconocer esas dos situaciones a la hora de imponer una condena?

Así las cosas, es válido afirmar que el principio de subsidiariedad no resulta aplicable en asuntos caracterizados por el exceso en alguna de las causales de ausencia de responsabilidad, toda vez que los institutos diminuentes (exceso y marginalidad) concurren con todos sus efectos.

#### **D. Puede haber sido ocasionada por el agente**

Este aspecto constituye uno de los puntos más controvertidos dentro del presente análisis. Es claro que la exclusión de responsabilidad por haber obrado bajo estado de necesidad no tiene lugar cuando quien pretende hacerla valer fue la misma persona que ocasionó la situación peligrosa, esto siguiendo la literalidad que no da lugar a equívocos del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.

No obstante esto, en lo que ataña a la marginalidad, el artículo 56 del mismo estatuto no restringe su aplicación en ese tipo de casos, por lo que es válido afirmar que la circunstancia atenuante correspondiente a la marginalidad puede ser reconocida, aun cuando hubiera sido el mismo agente quién la propició. Dicho aserto encuentra eco en el

concepto de “automarginación” al que hace referencia una providencia referida ut supra, siendo del caso destacar la siguiente cuartilla:

*En cuanto puede ocurrir que tratándose de organizaciones subculturales, una agrupación decidida replegarse de los valores mayoritarios de cultura dominante, como en su momento ocurrió con las comunas de hippies, sucede con personas adictas a las drogas o alcohólicas ubicadas en ciertos sectores conocidos de las ciudades, habitantes de la calle que duermen bajo los puentes o canales y puede pasar con grupos de ancianos, los ermitaños e inclusive, algunas comunidades indígenas (CSJ, Sentencia SP5356-2019, 2019).*

#### **E. Incide en los extremos punitivos**

Otra de las particularidades que permite diferenciar los conceptos objeto del presente estudio, radica en el momento de análisis judicial en que producen sus efectos. En este sentido, el artículo 56 del Código Penal colombiano solo entra en consideración una vez se ha establecido que existe una conducta típica, antijurídica y culpable; es decir, su análisis no corresponde a la etapa de determinación de la responsabilidad penal, sino exclusivamente a la fase de determinación de la pena.

Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en el Auto AP7638-2014, donde se indicó:

*Adequado entendimiento del instituto reconocido en las diligencias (artículo 56 del Código Penal), por cuanto este contrae un fenómeno que no incide en los elementos estructurales de la conducta punible -según lo asimila la recurrente cuando cuestiona los juicios de valor que versaron en premisas afines a la antijuricidad y la culpabilidad-, sino en la punibilidad.*

*la culpabilidad-, sino en la punibilidad. De este modo, el precepto que contempla la diminuente, circumscribe su procedencia a los casos en los que la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas “no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad”, y no podría ser de otra forma, pues, de lo contrario, no habría cabida a un reproche normativo traducido en una sanción privativa de derechos por la confluencia, verbi gratia, de un estado de necesidad o un error de prohibición que, en su orden, enervarían aquellas categorías dogmáticas (CSJ, Auto AP7638-2014, 2014).*

En relación con este aspecto, el jurista colombiano Luis Carlos Pérez (1987) advertía que:

*“La motivación de la conducta se tiene en cuenta una vez afirmada la culpabilidad y, no como esencia o parte integrante de este elemento” (p.297).*

Esta apreciación permite establecer la etapa procesal en que se debe enarbolar la diminuente del artículo 56 del Código Penal, toda vez que es muy común encontrar casos en que los defensores, una vez el juez declara el sentido del fallo condenatorio, alegan la marginalidad al momento de descorrer el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, lo cual se torna en un craso error, pues todo este debate debe darse en las etapas previas al fallo. Más aún, como se puede ver arriba, dicha circunstancia debe analizarse en lo relacionado con los preacuerdos y allanamientos cuando sea el caso. En cuanto a esta temática, innumerables pronunciamientos judiciales han decantado el tema utilizando como derrotero jurisprudencial las siguientes anotaciones:

*“Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a*

*aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7º art. 32 C.P.), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P.) (CSJ, Sentencia, Rad. 26716-2007, 2007).*

## 4. Conclusión

Como corolario de este trabajo, hay que dar por sentado que para determinar si en un caso concreto procede el estado de necesidad como excluyente de responsabilidad o la marginalidad como atenuante de la pena, resulta imperativo realizar una reflexión sistemática teniendo en cuenta su influencia en la causación del delito, la actualidad, el principio de subsidiariedad y la instancia de análisis delictual en que surten efectos.

Algunas de estas particularidades son compartidas por las dos figuras sustantivas, pero es necesaria su comprensión para asimilar las especificidades propias de cada uno de estos institutos jurídicos.

Para solventar las dudas planteadas con el ejemplo del campesino y teniendo en cuenta el resultado de esta investigación, en caso que uno de sus hijos estuviese a punto de fallecer por inanición, claramente se excluiría su responsabilidad por el delito ambiental debido al innegable estado de necesidad. Ahora bien, si la razón del delito radicó en que su próximo viaje a la ciudad será la siguiente semana y su alacena está casi vacía, es aplicable la disminución punitiva por su situación de marginalidad.

En cuanto a la viabilidad de una doble rebaja punitiva por virtud del exceso en un estado de necesidad y la situación de marginalidad, no existe ningún impedimento para ello, inclusive el ordenamiento penal procedural otorga al ente acusador la facultad de renunciar o suspender el ejercicio de la acción penal cuando el menoscabo al bien jurídico no haya tenido mayor relevancia.

En la siguiente tabla se expone el resultado de este estudio diferenciador:

**Tabla 1**

*Cuadro Comparativo entre la Marginalidad y el Estado de Necesidad*

CARACTERÍSTICAS	ESTADO DE NECESIDAD	MARGINALIDAD
<b>Influencia directa</b>	Debe influir directamente en la decisión delictiva.	Debe influir directamente en la decisión delictiva.
<b>Actualidad</b>	El peligro debe estar presente al momento de actuar (actualidad) o estar a punto de manifestarse (inminencia).	Tiene su origen con anterioridad al delito y debe permanecer al momento de comisión del mismo (actualidad).
<b>Subsidiariedad</b>	No aplica	Procede la atenuación punitiva solamente cuando no se configuren los requisitos del estado de necesidad. Sin embargo, en casos de exceso en la eximente proceden las dos figuras.
<b>Efectos</b>	En las categorías dogmáticas de antijuridicidad o culpabilidad para constatar si existe un delito.	A la hora de determinar los extremos punitivos una vez constatada la existencia de un delito.
<b>Origen</b>	En factores ajenos a la voluntad del agente.	Puede haber sido fruto de una decisión del agente.
<b>Etapa procesal en que se analiza</b>	Formulación de imputación, acusación, preacuerdo, juicio oral. No en la audiencia del artículo 447.	Formulación de imputación, acusación, preacuerdo, juicio oral. No en la audiencia del artículo 447.

### Excursus

Del estudio realizado conviene destacar la diferenciación que se presenta entre las situaciones diminuentes del artículo 56 del Código Penal y las circunstancias de menor punibilidad establecidas en el artículo 55 del mismo estatuto, puesto que es posible interpretar que se trata de lo mismo y esto también genera confusiones toda vez que esta norma consagra circunstancias personales apremiantes o la indigencia (Congreso de Colombia, Ley 599 de 2000, art. 32).

Al respecto hay que tener en cuenta que al utilizar el artículo 55 del estatuto punitivo la expresión “*siempre que no hayan sido previstas de otra manera*”, impuso como requisito para su aplicación el principio de subsidiariedad, es decir que, esta norma solo es aplicable cuando no sea posible aplicar el artículo 56, por lo que es posible afirmar que el artículo 56 es subsidiario del 32 así como el 55 lo es del 56.

*La jurisprudencia ha tratado el tema en el sentido que las circunstancias de menor punibilidad del artículo 55 no requieren para su aplicabilidad tener una connotación extrema, lo que si acaece tratándose de las circunstancias propias del artículo 56.*

*A su vez, las circunstancias enunciadas en el artículo 55 no tienen la capacidad de modificar los extremos de la pena, ya que solamente se utilizan para ubicar el cuarto de movilidad (CSJ, Sentencia SP5356-2019, 2019).*

Esto significa que el momento procesal adecuado para plantear ante el juez alguna situación contemplada en el artículo 55 corresponde al traslado previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, dado que se trata de factores que inciden únicamente en la dosificación de la pena, no en la configuración de la responsabilidad penal ni en la estructura dogmática de la conducta punible.

## Referencias Bibliográficas

- Ballesteros Moreno, M. C., Herrera Porras, A. J., & Luna Quiñones, T. G. (2022). La cabina de los derechos, una propuesta metodológica popular para la construcción Pedagógica de la paz. *Verba Iuris*, 46(2), 25–38. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.2.8486>
- Cabrera, L. (2018). El Significado Real de que Colombia sea un Estado Social de Derecho. *Dixi*, 20(27), pp. 1-15. DOI: <https://doi.org/10.16925/di.v20i27.2390>
- Carrara, F. (1983). *Programa de derecho criminal. Parte general. Vol.1*. Librería Editorial Temis Ltda.
- Castellví, C. (2023). Filosofía moral, exclusión social y legitimidad del castigo estatal. *Revista Política Criminal*, 18(36), pp. 538-563. <https://doi.org/10.16925/di.v20i27.2390>
- Cigüela, J. (2017) El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik. *InDret*, (2), pp. 1-34.
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097.
- Congreso de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 45.657.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2007). *Sentencia, Radicación 26716-2007*. Sala de Casación Penal.
- Corte Suprema de Justicia (2011). *Sentencia, Radicación 32614-2011*. Sala de Casación Penal, M.P: A. Gómez.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2014). *Auto AP7638-2014*. Sala de Casación Penal.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2015). *Auto AP4455-2015*. Sala de Casación Penal.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). *Sentencia SP5356-2019*. Sala de Casación Penal. M.P: L.A. Hernández.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). Sentencia SP684-2019. Sala de Casación Penal, M.P: E. Patiño.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2022). *Sentencia SP117-2022*. Sala de Casación Penal. M.P: P. Salazar

Cortés, F. (2006). Consideraciones sobre la marginación, la marginalidad, marginalidad económica y exclusión social. *Papeles de población*, 12(47), 71-84. <https://www.redalyc.org/pdf/112/11204704.pdf>

Fernández, J. (2017). *Derecho penal parte general. Teoría del delito y de la pena. Vol. I. El delito, Visión positiva y negativa*. Grupo Editorial Ibáñez.

Fiscalía General de la Nación de Colombia. (2018). *Directiva 001 de 2018. Lineamientos de política criminal frente a personas en situación de marginalidad*. Bogotá, Colombia.

Jiménez, L. (1958). *Tratado de derecho penal. Tomo.3*. Editorial Losada, S.A.

Luna, M. (2019). *Reconocimiento de la circunstancia de marginalidad en el código penal colombiano* [trabajo de investigación]. Universidad EAFIT. <http://repository.eafit.edu.co/handle/10784/13722>

Mir, S. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Reppertor.

Peláez, J. y Quintero, R. (2020). *Esquemas del delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*. Tirant lo Blanch.

Pérez, L. C. (1987). *Derecho penal. Partes general y especial. Tomo.2*. Editorial Temis.

Real Academia Española. (s.f.). Marginalidad. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/marginalidad>

Sánchez, J. (2020). *Derecho penal colombiano: Parte general*. Editorial Jurídica Temis.

Torregrosa, N. (2009). Representaciones sociales en torno al concepto de equidad y justicia de los conciliadores y las conciliadoras en equidad de las unidades de mediación y conciliación de Bogotá. *Misión Jurídica*, 2(2), pp. 181-211. <https://doi.org/10.25058/1794600X.17>

Tribunal Superior del Distrito de Bogotá [T. Sup.] (2019). Sentencia Rad. 11001.6000.015.2016.08465.01.  
Sala Penal, M.P: J. H. Rodríguez.

Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal. Parte general*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Viveros, Y., Orozco, D., Fernández, D., Correal, A., Rico G. y Trujillo, M. (2018). *Derecho penal general casuístico*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal: parte general*. EDIAR Sociedad Anónima Editora.