



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP5356-2019

Radicación 50525

Acta 322

Bogotá D.C., diciembre cuatro (4) de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de LUIS REINALDO CASTAÑEDA, así como por el de FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia el 23 de marzo de 2017, a través de la cual confirmó la condena por el delito de conservación de explosivos, pero revocó la disminución punitiva derivada del artículo 56 del Código Penal.

HECHOS:

El 9 de julio de 2014, en la vereda Guayabito del municipio de Santo Domingo (Antioquia), se realizó un procedimiento policial en la boca de la mina Las Margaritas, en el cual fueron capturados LUIS REINALDO CASTAÑEDA (socio y responsable de la mina), FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA (socio y administrador), HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ (socio y administrador), y Julio César Cañas Correa (trabajador), cuando realizaban labores de extracción minera de oro en la modalidad de socavón, para lo cual utilizaban, además de molinos, cianuro y mercurio, explosivos.

Se encontraron 175 barras de *indugel*, 435 detonadores y 183 metros de mecha lenta, sin contar con el permiso del Ministerio de Defensa Nacional. Además, la mina carecía de licencia ambiental y de autorización para la explotación minera pues se encontraba en trámite un proceso administrativo de regularización de dicha actividad.

ACTUACIÓN PROCESAL:

En audiencia realizada el 9 de julio de 2014 ante el Juzgado 18 Penal Municipal con función de control de

garantías de Medellín, fue legalizada la captura de los mencionados ciudadanos, oportunidad en la cual la Fiscalía les imputó la comisión de los delitos de daño a los recursos naturales, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero y conservación de explosivos en calidad de coautores. Adicionalmente, a instancia de la misma entidad les fue impuesta medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

Presentado el escrito de acusación, el 9 de diciembre de 2014 se realizó la correspondiente audiencia, en la cual la Fiscalía insistió en los punibles mencionados.

Surtido el juicio oral, el Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Antioquia profirió fallo el 6 de diciembre de 2016, absolviendo a los acusados por los delitos de daño a los recursos naturales y contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero, pero los condenó como coautores de conservación de explosivos a 22 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, reconociéndoles la disminución punitiva establecida en el artículo 56 del Código Penal y declarando la extinción de la sanción por cumplimiento, pues permanecieron más del referido tiempo en detención domiciliaria.

Impugnada tal providencia por la Fiscalía, el Tribunal Superior de Antioquia la modificó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 4 de abril de 2017, en el sentido de no reconocer la disminución de pena establecida en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000 y, entonces, condenarlos a 11 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el delito de conservación de explosivos, a la vez que revocar la extinción de la sanción por pena cumplida y librar orden de captura en su contra.

LAS DEMANDAS:

1. Demanda presentada en nombre de LUIS REINALDO CASTAÑEDA.

Consta de 4 cargos:

1.1. Primero. Violación directa por aplicación indebida del artículo 366 y falta de aplicación del artículo 32-11 del Código Penal.

Adujo el defensor que el Subintendente de la Policía José Antonio Sabogal Gutiérrez declaró haber capturado a los procesados en julio de 2014 en la mina Las Margaritas, por no haber exhibido permisos para ejercer la minería ni para conservar explosivos, los cuales

visualizó, recolectó y embalo. También expuso que visitó la mina en 2012 y fue atendido por ÁLVAREZ MARULANDA, oportunidad en la cual observó explosivos que calificó como ilegalmente obtenidos, pero no procedió a capturar a persona alguna, motivo por el cual los acusados asumieron erradamente que su proceder era legal y continuaron con tales procedimientos de extracción minera.

Fue acreditado que LUIS REINALDO CASTAÑEDA inició ante la Secretaría de Minas de Antioquia el proceso de formalización minera según la Ley 658 de 2001 y obtuvo el concepto de viabilidad técnica absoluta para el proyecto minero Las Margaritas.

Se probó con la Resolución 113995 del 25 de junio de 2014 que los procesados estaban en un proceso de formalización de su actividad, reconociendo en la visita de campo que se cumplía con la tradición minera y condiciones mínimas de operación.

Está demostrado que en 2012 la empresa minera Antioquia Gold visitó la mina en compañía del Intendente Alexander Caballero Gelves, el cual se percató de la conservación de explosivos, sin que procediera a capturar a los hoy procesados.

Para negar el error de prohibición directo invencible, el Tribunal no tuvo en cuenta que los acusados se encontraban en un trámite para pasar de la informalidad a la legalidad, en el cual ya habían recibido concepto favorable, de modo que tenían la convicción de proceder en lo sucesivo a conseguir los explosivos por las vías regulares, es decir, consideraron erradamente no estar realizando un comportamiento ilegal al conservarlos, máxime si desde hacía tiempo los utilizaban y no les fue advertido que necesitaran un permiso para ello.

Son personas que por muchos años se han dedicado a la explotación minera en zona rural, sin que entonces estuvieran en condiciones de actualizar sus conocimientos sobre las exigencias para realizar su labor.

Se configuró un error de prohibición directo invencible (CSJ, AP 25 jun. 2014. Rad. 43593 y AP, 20 nov. 2013. Rad 42537); por ello, para salvaguardar la efectividad del derecho material, se impone reconocer que no tuvo lugar la categoría dogmática de la culpabilidad, es decir, casar el fallo para, en su lugar, absolver a LUIS REINALDO CASTAÑEDA.

1.2. Segundo cargo. Violación directa por aplicación indebida del artículo 366 y falta de aplicación del artículo 11 del Código Penal.

Los procesados realizaban la actividad minera en zona rural del municipio de Santo Domingo, conservando los explosivos en la mina, es decir, no adelantaban su labor en un centro urbano que implicara la presencia de otras personas.

El delito por el cual fueron condenados protege la seguridad pública y si les fue imputada la conducta de conservar los explosivos, es claro que tal comportamiento no lesionó ni puso en peligro el bien jurídico tutelado en cuanto no generó peligro común, es decir, carece de antijuridicidad material.

Debió ponderarse que los explosivos eran conservados para la actividad minera, avalada por la autoridad gubernamental que dio visto bueno al proceso de formalización que estaban adelantando los acusados, motivo por el cual se descarta un atentado a la seguridad pública.

Si bien los explosivos podrían afectar a las personas, éstas no serían diferentes de los procesados, colocados en una autopuesta en peligro responsable del titular del bien jurídico tutelado, circunstancia que reitera la ausencia de antijuridicidad material del comportamiento, es decir, se dejó de aplicar el artículo 11 del Código Penal (CSJ SP, 2 nov. 2016. Rad. 40089 y SP, 19 ene. 2006. Rad. 23843).

Entonces, dijo el defensor, para preservar la efectividad del derecho material, es necesario reconocer en el actuar de los acusados la ausencia de antijuridicidad material, lo cual impone casar la sentencia de condena y absolver a LUIS REINALDO CASTAÑEDA.

1.3. Tercero. Violación directa por aplicación indebida del artículo 366 y falta de aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Penal.

Se probó que los procesados adelantaban su labor de extracción minera en la zona rural del municipio de Santo Domingo hacía muchos años, 40 o 45 en el caso de uno de ellos y que utilizaban explosivos de tiempo atrás.

En el fallo de primer grado se dijo que de conformidad con lo expuesto por el testigo Calle Martínez, los acusados realizaban una actividad minera de carácter artesanal, sin que se advirtiera un proceder doloso orientado a cometer delitos contra el medio ambiente y, en consecuencia, fueron absueltos por los delitos de daño en los recursos naturales y contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero.

Ahora, respecto de la conservación de explosivos advirtió el recurrente, se trata de una conducta socialmente adecuada que excluye su tipicidad, pues la

causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado (CSJ SP, 20 may. 2003. Rad. 16636).

Se impone la intervención de la Corte, en orden a preservar los derechos de los acusados, pues su conducta es atípica, esto es, casar la sentencia para, en su lugar, absolver a LUIS CASTAÑEDA.

1.4. Cuarto cargo. Violación directa por interpretación errónea del artículo 56 del Código Penal.

Si en la sentencia de primera instancia se reconoció que como las autoridades en la visita diagnóstico no reprocharon a los procesados conservar los explosivos, asumieron ser ajenos a un comportamiento ilegal, de modo que incurrieron en un error de prohibición que los ubica *“ante una ignorancia cultural que conlleva el reconocimiento en su favor de la disminución punitiva contemplada en el artículo 56 del Código Penal”* con influencia directa y esencial en la comisión del comportamiento punible.

Sin embargo, el Tribunal consideró que como los acusados no eran advenedizos en la actividad minera, fueron visitados por las autoridades administrativas y vivían en una zona rural alejada, no se encontraban en un estado de marginalidad, sin apreciar que se trata de

campesinos retirados de la vida urbana, circunstancia que se adecua al supuesto del artículo 56 del estatuto punitivo (CSJ AP, 10 dic. 2014. Rad. 42075).

Impropiamente la corporación de segundo grado colocó a los enjuiciados en la misma condición de quien es sorprendido en la ciudad transportando en un vehículo explosivos sin el respectivo permiso o los conserva en su residencia, y les revocó la referida disminución punitiva, pasando su pena de 22 meses a 11 años de prisión, imponiéndose la necesidad de casar la sentencia atacada, en orden a reconocer en favor de LUIS REINALDO CASTAÑEDA la citada disminuyente, es decir, confirmar el fallo de primer grado.

2. Demanda presentada en nombre de FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ.

El defensor planteó la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 56 del Código Penal que condujo al Tribunal a aumentar la pena de 22 meses de prisión a 11 años.

Sus asistidos son mineros de tradición o ancestrales y de carácter marginal, en cuanto su oficio no clasifica dentro de las actividades comerciales, ni hay una ley que

regule tal labor, pues la que se ocupaba de ello (Ley 1382 de 2010) fue declarada inexecutable mediante sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, de modo que los mineros pasaron de la informalidad a un limbo jurídico, siendo perseguidos por el Estado y denunciados por empresas mineras multinacionales, como ocurrió en este asunto con Antioquia Gold, que sí tienen la capacidad económica, financiera y administrativa para hacer inversiones y adecuarse a las normas sobre extracción aurífera.

Los mineros procesados ejercen su actividad de manera empírica y por tradición, para conseguir el sustento de sus familias, sin capacidad para realizar un montaje costoso como el exigido en las disposiciones que regulan el tema de la explotación. Sin embargo, trataron de superar las trabas impuestas por las diversas entidades encargadas de tales controles.

A partir de lo anterior, es clara la condición de marginalidad de los mineros que utilizan procedimientos rudimentarios como la perforación en roca y la minería de socavón o subterránea.

El Tribunal no valoró que los procesados utilizaban explosivos sin contar con los requerimientos normativos y cuando fueron visitados por las autoridades no recibieron

asesoría, creyeron que estaban listos y por ello, dentro de sus escasos conocimientos jurídicos, insistieron en la formalización de su actividad minera, lo cual denota la marginalidad e ignorancia que incidió en la comisión del delito por el cual fueron condenados.

La razón está de parte del juez de primer grado, por ser el que reconoció a los procesados su marginalidad e ignorancia (artículo 56 del Código Penal), en cuanto estuvo presente en la práctica de las pruebas, en tanto que la posición del Tribunal corresponde a apreciaciones personales sin revisar el contexto de los hechos.

Con base en lo expuesto, el defensor solicitó a la Corte, casar el fallo de condena proferido contra HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO ÁLVAREZ JIMÉNEZ para, en su lugar, confirmar la sentencia de primer grado que reconoció en su favor la disminución de pena establecida en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

1. Defensor de LUIS REINALDO CASTAÑEDA.

Se ratificó en los planteamientos de la demanda, orientados a: 1. Reconocer un error de prohibición

invencible. 2. Declarar que no hubo antijuridicidad material. 3. Reconocer una conducta socialmente adecuada y por ello, atípica, y 4. Aplicar la diminuyente punitiva derivada de la marginalidad.

Los 3 primeros cargos pretenden la absolución del procesado, el último que se reconozca la disminución de pena y se confirme el fallo de primera instancia.

2. Defensor de HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO ÁLVAREZ JIMÉNEZ.

Por los aspectos familiares, laborales y culturales de los procesados, padre e hijo, se demostró que son mineros tradicionales o ancestrales, actividad difícil y poco apoyada por el Estado, pues son las multinacionales las que explotan a sus anchas tales recursos.

Los acusados están en situación de marginalidad. HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ tiene 56 años de edad y 40 como minero. Son de Segovia Antioquia. Tal actividad es la que da sustento a ellos y a sus familias.

Segovia tiene 45.000 habitantes y se encuentra a 4 horas y media de Medellín, el 90% de la población es minera en situación de marginalidad, su labor es heredada de generación en generación.

Los procesados deben ser juzgados como mineros, que estaban en proceso de regularización en los términos del Código de Minas (Ley 685 de 2001 modificada por la Ley 1382 de 2010) orientado a legalizar la población minera ancestral, pero la última normatividad fue declarada inexecutable mediante sentencia C-366 de 2011 con efectos diferidos por 2 años más.

FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ solicitaron ante la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia la legalización de su actividad y en las visitas se les dio viabilidad técnica para ser reconocidos como mineros tradicionales.

En la actualidad no hay un solo minero tradicional que se haya podido legalizar, pues mediante el Decreto 0933 de 2013 se trató de regular el tema, pero también fue suspendido, luego no hay soporte jurídico que ampare tal actividad y, por el contrario, son criminalizados por las multinacionales como Antioquia Gold que en este caso figura como denunciante.

En consecuencia, son marginales porque el Estado los ha abandonado, sigue viva la Ley 685 de 2001, estaban saliendo del socavón cuando fueron capturados y no estaban en un lugar poblado en Medellín, situación

advertida por el juez de primer grado al aplicarles la diminuyente punitiva establecida en el artículo 56 del Código Penal.

Si los explosivos estaban en zona rural, no se colocó en riesgo a la comunidad.

No es fácil para los mineros ejercer su actividad en Colombia, el mismo Estado los colocó en situación de marginalidad.

Se debe casar el fallo, confirmando el de primera instancia.

3. La Fiscalía

La Delegada solicitó no casar la sentencia de condena, pues no se configuran las causales invocadas.

Sobre la demanda presentada en nombre de LUIS RAÚL CASTAÑEDA, consideró que en el cargo primero sustentado en el artículo 32-11 del Código Penal, lo cierto es que los procesados fueron advertidos por la autoridad minera y personal de la compañía Antioquia Gold en 2012, acerca de la ausencia de requisitos para ejercer la minería y conservar los explosivos, según lo señaló el juez

de primer grado, de manera que tal advertencia desvirtúa el error alegado.

En el fallo de primera instancia se equiparó el error y la ignorancia, lo cual fue corregido por el Tribunal, al descartar que fueran ignorantes para conservar los explosivos. Si las autoridades en sus visitas no incautaron el material explosivo o no dieron noticia a la Fiscalía, no puede concluirse que el proceder estaba amparado por la legalidad, además, no desconocían las normas que regulan el tema de la minería y los explosivos.

No existió error de prohibición invencible en los términos definidos por la jurisprudencia de esta Sala.

Con relación al segundo reproche encaminado a demostrar la ausencia de antijuridicidad, la Delegada señaló que el peligro en la conservación de explosivos comporta trasgresión del ordenamiento, en cuanto estos delitos de peligro tipifican la conducta preparatoria, sin que sea necesario el daño.

Acerca del tercer cargo señaló que la conducta no es socialmente adecuada pues se encuentra prohibida, de manera que la costumbre no puede superar la

reglamentación legal establecida en el Decreto 2535 de 1993 sobre explosivos.

Sobre la cuarta censura, que corresponde al único reparo de la demanda presentada por el defensor de FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, manifestó que la minería informal no es equivalente a actividad marginal y, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, se encuentra regulada en el Decreto 933 de 2003, artículo primero, así como en la Ley 1382 de 2010.

En suma, las demandas no deben prosperar.

4. El Ministerio Público.

La Procuradora Delegada comenzó por manifestar que no es procedente casar el fallo atacado, especialmente, porque el 4 de julio de 2014 las autoridades de policía judicial constaron en la mina Las Margaritas, que en las barras de explosivos se habían borrado los datos acerca de su procedencia.

Sobre el primer cargo expuso que al plantear el error invencible de prohibición corresponde al demandante no únicamente alegarlo, sino demostrar el conocimiento equívoco sobre la antijuridicidad respecto de la

conservación de aquellas barras de *indugel*, de manera que si en la sustentación de la demanda se refirieron las visitas previas de autoridades administrativas a la mina en el mes de marzo de 2013, se acreditó que LUIS CASTAÑEDA fue informado explícitamente acerca de la prohibición de continuar con tal actividad ilegal y la conservación de explosivos sin permiso, en tales circunstancias no se configuró el alegado error establecido en el artículo 32-11 de la Ley 599 de 2000.

Acerca del segundo cargo, en el cual se invocó la ausencia de antijuridicidad, adujo la Delegada que el censor pretende convertir el delito de conservación de explosivos en punible de resultado, cuando es de peligro concreto. Hay desvalor de acción por la potencialidad de afectar la seguridad colectiva, máxime si el acusado conocía la ilicitud de esa conservación, pues como propietario de otra mina supo que 2 trabajadores fallecieron por explosivos, es decir, se materializó el conocimiento del peligro para terceros.

En cuanto atañe a la tercera censura, consideró que la conducta no es adecuada socialmente, pues la esposa de Guillermo Cardona Cano declaró que él, como experto en explosivos, falleció a 200 metros de la mina Las Margaritas cuando estalló el artefacto que manipulaba, sin contar con las condiciones necesarias para realizar tal

actividad y ni siquiera contaba con un seguro, todo lo cual ocurrió en la mina de propiedad de LUIS CASTAÑEDA, de modo que las reglas de adecuación social no tienen lugar en este caso, además de que no puede alegarse la costumbre *contra legem*.

Con relación a la demanda presentada en nombre de FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ señaló que confunde marginalidad con lugar de residencia y sitio de las actividades mineras, así como con las condiciones socioeconómicas de los procesados.

Si han sido mineros por 17 y 40 años, respectivamente, sabían por las autoridades administrativas de la ilicitud de su conducta, con mayor razón si la manipulación de las barras de *indugel* demuestra el dolo para no dar cuenta de su procedencia. ÁLVAREZ MARULANDA y ÁLVAREZ JIMÉNEZ, junto con LUIS CASTAÑEDA, tenían conocimiento de la ilicitud de la conservación de explosivos, no estaban en condiciones marginales, pues tenían fuentes económicas para desarrollar su actividad y no puede confundirse lo ancestral con lo marginal.

No se debe casar el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Metodológicamente la Sala abordará las diferentes censuras propuestas, ordenándolas conforme a la mayor cobertura que en caso de prosperar tendrían.

1. Tercer cargo de la demanda presentada en nombre de LUIS REINALDO CASTAÑEDA. Violación directa por aplicación indebida del artículo 366 y falta de aplicación de los artículos 9 y 10 del Código Penal.

Como esencialmente en este reproche la defensa orientó su esfuerzo a demostrar que si la extracción aurífera y la consiguiente utilización de explosivos había sido realizada por los procesados desde hace más de 40 años, se trata de una conducta socialmente adecuada¹ y, en razón de ello, carecía de tipicidad, advierte la Corte, de una parte, que ya ha tenido la oportunidad de expresar sus reparos frente a la *teoría de la adecuación social*², derivados de “la elasticidad frente al principio de legalidad, la preponderancia de lo sociocultural sobre lo jurídico, la

¹ La *teoría de la adecuación social* postulada por Hans Welzel ha sido criticada, porque su mismo creador la debió modificar en varias ocasiones, desde tenerla como presupuesto de la tipicidad “*las acciones socialmente adecuadas no pueden ser típicas*”, pasando por erigirla en una “*causa de justificación consuetudinaria*”, hasta retornarla a la tipicidad. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoría de la adecuación social en Hans Welzel*. U Autónoma de Madrid. 1993. Pg. 699.

² CSJ SP, 20 may. 2003. Rad. 16636.

imprecisión del concepto, su carácter inocuo pues eventualmente cabría dentro de alguna causal de no responsabilidad y la dificultad para ubicarla dentro de la teoría del delito”.

Y de otra, según se precisó en la misma decisión, si conforme a dicha teoría, una conducta es típica cuando además de reunir los elementos e ingredientes tradicionales del tipo penal objetivo, es socialmente relevante, de modo que el legislador solo puede sancionar los comportamientos que ofenden a la comunidad, es claro que *“cuando la ley ordena o prohíbe, la costumbre —en el fondo, la razón de ser de la teoría de la adecuación social— no puede ir en contra de ella”*³, es decir, si lo adecuado socialmente corresponde a una costumbre *contra legem*, no puede primar sobre la disposición legal sancionatoria.

Entonces, si en este asunto se procede por el delito de conservación de explosivos, encuentra la Sala que el Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 se ocupó de *“fijar normas y requisitos para la tenencia y el porte de armas, municiones explosivos y sus accesorios”*, indicando en su artículo 2 que *“sólo el Gobierno puede introducir al país, exportar, fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos y las materias primas, maquinaria y artefactos*

³ *Ídem.*

para su fabricación y ejerce el control sobre tales actividades” y disponiendo en el artículo 3 que “los particulares, de manera excepcional, solo podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido con base en la potestad discrecional de la autoridad competente”.

A su vez, el artículo 366 de la Ley 599 de 2000 sanciona con pena de prisión al *“que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre, porte o tenga en un lugar armas o sus partes esenciales, accesorios esenciales, municiones de uso privado de las Fuerzas Armadas o explosivos”.*

Conforme a lo expuesto se tiene que si la conducta de conservar explosivos se encuentra regulada, además de sancionada cuando no se efectúa según los cánones dispuestos por el Estado en orden a asegurar a las personas en su vida e integridad (artículo 2 de la Constitución), además de tutelar el bien jurídico de la seguridad pública a todo el conglomerado social, la práctica de mantener esos explosivos en una mina de extracción de oro sin los permisos pertinentes y sin las seguridades adecuadas, por más inveterada, corresponde a una costumbre contra la ley, que no puede derogarla.

En efecto, si la costumbre corresponde a una conducta repetida en la práctica social, a la cual la comunidad le otorga carácter obligatorio y vinculante (a diferencia de los usos sociales, las reglas de cortesía, los buenos modales, los convencionalismos, que si bien son prácticas generales y comunes a una colectividad no suponen su necesaria obligatoriedad), se impone reconocer que tal reiteración, para tener valor jurídico, debe estar conforme a la ley, sin que en el ámbito penal sea posible reconocer la costumbre contra la ley con carácter derogatorio.

Así las cosas, si los procesados tenían las barras de *indugel* en lo que han llamado un *cambuche* dentro de la mina Las Margaritas, es claro que dicha práctica por reiterada y de vieja data que fuera, corresponde a una costumbre contra la ley que no tiene la virtud de convertir el comportamiento en atípico o de restarle su antijuridicidad para tenerlo como justificado.

La censura no prospera.

2. Segundo cargo de la demanda presentada en favor de LUIS REINALDO CASTAÑEDA. Violación directa por aplicación indebida del artículo 366 y falta de aplicación del artículo 11 del Código Penal.

Como en este reproche la defensa planteó la ausencia de antijuridicidad material del comportamiento objeto de acusación, es pertinente señalar que según ha tenido oportunidad de dilucidarlo la Sala⁴, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 599 de 2000 “*para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable*”, texto del cual se desprende que el hecho humano (activo u omisivo) debe pasar por el tamiz de las tres referidas categorías dogmáticas para que pueda tener la condición de delictivo.

En virtud de la tipicidad, es necesario, de una parte, que la conducta se adecue a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como el sujeto activo, sujeto pasivo, la acción, el resultado, la causalidad, los medios y modalidades del comportamiento, y de otra, que cumpla con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

⁴ Cfr. CSJ SP, 17 ago. 2011. Rad. 33006, CSJ SP, 25 may. 2010. Rad. 28773 y CSJ SP, 12 oct. 2006. Rad. 25465, entre otras.

De acuerdo con la categoría dogmática de la antijuridicidad, la conducta no sólo debe contrariar el ordenamiento jurídico considerado en su integridad (antijuridicidad formal), sino que además, debe lesionar o poner efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico protegido por la ley (antijuridicidad material), de manera que no todo daño o peligro comporta un delito, pero sí, todo delito supone necesariamente como condición insustituible la presencia de un daño real o por lo menos, de un peligro efectivo para el interés objeto de protección jurídica.

Ese bien jurídico tutelado se erige en un elemento de interpretación en la órbita de protección de las normas que cobija, en cuanto permite al intérprete desentrañar el ámbito protector de cada disposición, y a partir de ello constatar la antijuridicidad que pueda o no predicarse de la conducta analizada.

Para ello suele diferenciarse entre delitos de lesión y delitos de peligro. Los primeros son aquellos que comportan la destrucción o mengua del bien jurídico protegido, como ocurre, por ejemplo, con los establecidos en los artículos 103 (homicidio – vida) o 239 (hurto – patrimonio económico) de la Ley 599 de 2000, respectivamente.

Por su parte, los delitos de peligro se caracterizan porque la conducta comporta la amenaza o puesta en riesgo del bien jurídico objeto de protección. Se dividen en delitos de peligro abstracto o presunto y delitos de peligro concreto o demostrable.

En los delitos de peligro presunto (a diferencia de los segundos, en los cuales es menester acreditar la efectiva ocurrencia del riesgo para el bien jurídico protegido. V.gr. el incendio establecido en el artículo 350 de la Ley 599 de 2000, el cual requiere que la conducta de prender fuego en cosa mueble o inmueble se produzca “*con peligro común*”) el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, como ocurre, entre otros, con los establecidos en los artículos 471 (conspiración), 434 (asociación para la comisión de un delito contra la administración pública) y 365 (porte ilegal de armas) de la Ley 599 de 2000, así como con el delito por el que se procede aquí, esto es, conservación de explosivos, dispuesto en el artículo 366 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 20 de la Ley 1453 de 2011.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley que finalmente dio lugar al Código Penal del 2000, respecto del término “*efectivamente*” que aparece en su artículo 11 se dijo:

“Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de abandonar la

llamada presunción iuris et de iure de peligro consagrada en algunos tipos penales. Se clarifica que el interés jurídico, protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación”⁵.

Posteriormente la Sala⁶ ha dicho respecto de los delitos de peligro abstracto o presunto, que no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no es antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no constituye delito.

Precisado lo anterior, con el propósito de dilucidar la temática propuesta por el casacionista, es pertinente destacar que fue probada la actividad minera en zona rural del municipio de Santo Domingo, encontrándose los explosivos dentro de la mina Las Margaritas por los policías Garavito Atoy y Rodríguez Zabala, además del técnico en tales artefactos Marlon Varón y el Subintendente Sabogal Gutiérrez.

⁵ Exposición de motivos del proyecto de Código Penal. En revista Derecho Penal y Criminología No. 64. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.

⁶ CSJ SP, 12 oct. 2006. Rad. 25465.

El último de los nombrados refirió que las barras de *indugel* halladas corresponden a explosivos de alta velocidad de detonación y que la forma de su conservación y almacenamiento incrementaba la probabilidad de riesgo, pues no cumplían las condiciones mínimas de seguridad.

También se demostró con los testimonios de los Subintendentes Fabián Solano, José Sabogal y Juan Garavito que la diligencia de registro y allanamiento realizada el 9 de julio de 2014 fue atendida por LUIS REINALDO CASTAÑEDA, el cual informó sobre su condición de propietario de la mina y ordenó a los trabajadores suspender la actividad extractiva.

Como viene de verse, es claro que la argumentación de la defensa orientada a demostrar cómo la conservación de los explosivos no lesionó o puso en peligro el bien jurídico de la seguridad pública resulta inconsistente, pues no hay duda que tal conducta, correspondiente a un delito de peligro abstracto o presunto, sí expuso de manera efectiva dicho bien amparado por la ley, pues aunque la mina se encontraba en zona rural del municipio de Santo Domingo, lo cierto es que en ella, además de los procesados, estaban otras personas, como los trabajadores, quienes podían resultar lesionados o muertos ante una eventual detonación de aquellas barras

de *indugel*, no guardadas con observancia de los protocolos de seguridad dispuestos para el efecto.

En tal sentido, cobra especial importancia la declaración rendida por la esposa de Guillermo Cardona Cano, experto en explosivos, la cual manifestó que con anterioridad a los hechos aquí investigados, su cónyuge falleció a 200 metros de la mina Las Margaritas cuando estalló el artefacto que manipulaba, sin contar con las condiciones necesarias para realizar tal actividad y tampoco tenía seguro alguno, todo lo cual ocurrió en la mina de propiedad de LUIS CASTAÑEDA y pone de presente el constante peligro efectivo y cierto del bien jurídico de la seguridad pública en general y dentro de él, en específico, la vida e integridad de los mineros trabajadores, derivado de la conservación de los explosivos en dicho lugar sin contar con los permisos pertinentes y sin observar las reglas de cuidado adecuadas.

No es cierto que la conservación de los explosivos fue avalada por la autoridad gubernamental al dar visto bueno al proceso de formalización adelantado por los acusados, pues aunque es verdad que la Secretaría de Minas de Antioquia, ante la cual fue promovido el proceso de formalización minera de acuerdo con la Ley 658 de 2001, emitió concepto de viabilidad técnica para el proyecto Las

Margaritas, no puede deducirse de ello que se permitió, autorizó o facultó la guarda de explosivos dentro de la mina, máxime si no era la entidad competente para otorgar tal permiso, en cuanto era de la órbita del Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Ministerio de Defensa Nacional.

Tampoco atinó la defensa al afirmar que *“si bien los explosivos podrían afectar a las personas, éstas no serían diferentes de los procesados, colocados en una autopuesta en peligro responsable del titular del bien jurídico tutelado, circunstancia que reitera la ausencia de antijuridicidad material del comportamiento”*, pues en primer lugar, en las acciones a propio riesgo o autopuestas en peligro⁷, la víctima, con plena conciencia, se pone en tal situación o permite que otra persona la coloque en esa circunstancia riesgosa, razón por la cual no puede imputarse al tercero el tipo objetivo, porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación⁸.

En segundo término, tales acciones no tienen la virtud de excluir la antijuridicidad de la conducta lesiva, sino de imposibilitar la imputación objetiva que en el ámbito de la causalidad hace parte del tipo objetivo del delito, es decir, el comportamiento sería atípico.

⁷ Cfr. CSJ SP, 25 abr. 2018. Rad. 49680.

⁸ Cfr. CSJ SP, 27 nov. 2013. Rad. 36842.

En tercer lugar, así como la jurisprudencia⁹ ha entendido que el legislador dentro de su libertad de configuración normativa y en su condición de facultado constitucionalmente para normativizar en leyes la política criminal del Estado, ha dispuesto respecto de ciertos delitos que la antijuridicidad de la conducta se configure, aun cuando se cuente con la anuencia del titular del bien jurídico tutelado, como ocurre por ejemplo con el delito de tráfico de migrantes, también debe entenderse que tratándose del punible de conservación de explosivos, la pretensión protectora de la norma va más allá de la simple y llana voluntad de quien puede resultar lesionado o muerto con tales artefactos, pues si el legislador dispuso que el bien jurídico protegido no es la integridad personal o la vida, sino la seguridad pública, es claro que esta tiene un carácter y una cobertura mucho más amplia, en cuanto se orienta a asegurar y proteger el conglomerado social.

En tal sentido, en el ámbito de las acciones a propio riesgo, los acusados no podrían disponer de un bien jurídico que excede su titularidad individual, como es, la seguridad pública.

En cuarto término, se constata que los explosivos no únicamente podrían afectar a los procesados, “*colocados en una autopuesta en peligro responsable*”, pues además de

⁹ Cfr. CSJ SP, 12 oct. 2006. Rad. 25465.

conllevar grave riesgo para quien manipula el material y para las minas cercanas, en cuanto se pueden producir explosiones no controladas que generen derrumbes o gases tóxicos, en la mina no solo permanecían ellos, sino también otros trabajadores que estaban expuestos a cualquier detonación accidental de los explosivos conservados, razón adicional para descartar la alegada acción a propio riesgo.

Así las cosas, considera la Corte que la conducta de conservar explosivos en un “*cambuche*” dentro de la mina Las Margaritas, sin permiso de las autoridades y sin observar protocolo de seguridad alguno, no se enmarca dentro de una acción a propio riesgo, no podía desvirtuar el tipo objetivo y, además, denota un evidente contenido antijurídico, al poner en serio y grave peligro efectivo el bien jurídico de la seguridad pública, dentro del cual se encuentra en este caso la vida e integridad de quienes estaban laborando dentro del socavón, de manera que el reproche no está llamado a prosperar.

3. Primer cargo de la demanda presentada en nombre de LUIS REINALDO CASTAÑEDA. Violación directa por aplicación indebida del artículo 366 y falta de aplicación del artículo 32-11, ambos del Código Penal.

3.1. Contexto de la conducta investigada.

Para una mejor comprensión de las decisiones que se adoptan en esta providencia, es pertinente referir el contexto en el cual se cometió la conducta de conservación de explosivos, como sigue.

Los hechos investigados ocurrieron en la vereda Guayabito del municipio de Santo Domingo, el cual hace parte del nordeste antioqueño, junto con los municipios de Amalfi, Yalí, Anorí, Cisneros, Segovia, Remedios, Yolombó, Vegachí y San Roque, ubicado en la cordillera central, lugar geoestratégico para la extracción minera y reserva forestal.

Santo Domingo en 2015 tenía 10.416 habitantes, 1.984 en la cabecera municipal y 8.432 en el ámbito rural¹⁰.

Sus actividades económicas son la exploración y explotación del oro, la ganadería y el cultivo de caña de azúcar y café.

En el censo minero realizado por el municipio en 2016, se identificaron 198 personas dedicadas a la

¹⁰ Cfr. www.dane.gov.co. Mayo de 2016.

minería tradicional y 55 canteras de explotación minera, solo 11 con título y una con licencia ambiental¹¹.

La minería con fines comerciales y ornamentales en el nordeste antioqueño data de tiempos prehispánicos. Con la llegada de los españoles se impuso el sistema colonial orientado a una extracción más tecnificada y sistemática, dando lugar a la conformación de empresas de capital inglés.

A finales del siglo XVI el trabajo en las minas era la actividad económica más importante para los pocos pobladores antioqueños (8.000 blancos y 15.000 indígenas).

Debido a problemas de salubridad y enfermedades como la viruela y el tifo, la población indígena disminuyó muy rápido en los primeros años del siglo XVIII y pronto faltó mano de obra para el trabajo en las minas, motivo por el cual fueron llevados esclavos desde Cartagena.

Entre 1820 y 1830 Antioquia se convirtió en la principal región aurífera de la Nueva Granada, llegando a producir el 50% de todo el oro del país¹².

¹¹ Cfr. Plan de desarrollo municipal de Santo Domingo. 2016.

¹² Cfr. LÓPEZ Wilfredo. *Historia del oro en Segovia y Remedios*. Publicado por Segovia Minera Gold S.A.S. 2010.

La producción colombiana y especialmente antioqueña del oro se incrementó notoriamente durante los primeros decenios del siglo XX, decayó el poderío inglés, pero surgió el norteamericano, que adquirió la mayoría de empresas mineras y emprendió un proceso de modernización de tecnologías y administración, consiguiendo para ello títulos respecto de minas que llevan más de 150 años en continua explotación.

En 2001, el Código de Minas privatizó la explotación de minerales y promovió la eliminación de barreras fiscales y comerciales para estimular la inversión extranjera directa. Esto marginó la pequeña y mediana minería, así como la ancestral (desarrollada por comunidades indígenas y afrodescendientes) que cuentan con capital nacional, al crear barreras técnicas, legales y financieras para la comercialización de los minerales, así como para acceder a la titulación. Si bien algunos grupos armados se financian con el cobro de vacunas y extorsiones derivadas de la actividad aurífera, no hay evidencia de que los mineros de pequeña escala o tradicional estén vinculados a aquellas asociaciones ilegales y, por el contrario, se ven desprotegidos por parte del Estado y vulnerables ante el dominio territorial de los criminales¹³.

¹³ Cfr. BERNAL GUZMÁN Leidy Jackelinne. *Minería de oro en el nordeste antioqueño*. Gestión y ambiente. Vol. 21. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018. Pg. 74-85.

El ejercicio de la pequeña minería en el nordeste antioqueño –donde se encuentra Santo Domingo— abarca varias generaciones de familias que han visto en este medio su forma de subsistencia, por lo que se ha convertido en parte esencial de la estabilidad económica de la región. La llegada de las empresas multinacionales extranjeras de explotación minera significó el comienzo del fin de la pequeña y mediana minería que en estas tierras viene realizándose desde hace más de dos siglos de manera artesanal, que ha creado no solo una cadena productiva de la que dependen más de 65 mil personas, sino también toda una cultura minera que enorgullece a los nativos de esta zona¹⁴.

La minería es casi la única forma de supervivencia en el nordeste antioqueño, pues estos pueblos fueron fundados sobre las ilusiones de hombres que hace casi 200 años pusieron su deseo de progreso en el oro. Los mineros recuerdan que, desde la época de sus bisabuelos, el oro ha sido la fuente más preciada de sustento dado que por años se han heredado las habilidades y la pasión por la minería. Además, asumen la ancestralidad como el arma que tienen para defender su único medio de sustento y para demostrar que no son criminales, pues las empresas multinacionales dueñas de los títulos

¹⁴ Cfr. Portal Verdad Abierta. *El problema ancestral de la minería segoviana*. 2017.

mineros los tratan de delincuentes por explotar el oro sin permiso¹⁵.

Desde luego, cuando los mineros no están formalizados deben acudir al mercado negro para obtener los explosivos, lo cual implica graves riesgos para quien los manipula y para las minas aledañas, por el peligro de explosiones no controladas que produzcan derrumbes o gases tóxicos¹⁶.

De otra parte, en los últimos años el precio de los explosivos se ha incrementado del 5% al 20%, lo que ha generado nuevas cargas económicas para los mineros, máxime si el 60% de las industrias mineras los utilizan. Ese tipo de materiales son fabricados por la empresa estatal Indumil, adscrita al Ministerio de Defensa¹⁷.

La historia de los explosivos comenzó con la invención de la pólvora por los chinos en el año 492 y su utilización en las guerras desde 1250 por los árabes e hindúes. En 1867 Alfred Nobel consiguió fabricar la dinamita, invento que influyó en el progreso de la

¹⁵ Cfr. TAMAYO ORTIZ Heidi. *La lucha de los mineros ancestrales contra la Gran Colombia Gold*. Periódico El Tiempo. 2 de febrero de 2019.

¹⁶ Cfr. *Ídem*.

¹⁷ Cfr. Revista Dinero. *Mineros se quejan por el alto precio de los explosivos*. Sección Minería. 5 de julio de 2018.

construcción y la minería, especialmente en el centro de Europa, primero en Hungría y luego en Austria¹⁸.

Hay varias clases de minería, entre otras, las siguientes:

a. Minería artesanal.

El Banco Mundial la ha definido como “*la explotación de depósitos minerales con métodos de tipo manual o inclusive el uso de equipos muy simples*”.

También es definida como la “*extracción del oro realizada por mineros individuales o empresas pequeñas con capital invertido y producción limitadas*”, ejercida por personas en la informalidad, que poseen muy baja capacidad de gestión y cuentan con tecnología precaria. A pesar de tratarse de un gran número de mineros en la misma zona, aplicando técnicas y tecnologías similares, cada frente de trabajo es único y no se evidencia articulación y continuidad en las labores extractivas y en las de beneficio del mineral¹⁹.

¹⁸ Cfr. Centro de Interpretación de la Minería de Barruelo. *Historia de los explosivos*. 16 de noviembre de 2016. MORILLO MARTE Héctor Manuel. *Recomendaciones para aplicar una normativa de manejo de explosivos con fines mineros*. Universidad Politécnica de Madrid, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Minas y Energía. Madrid. Marzo 2017. Pg. 3-6.

¹⁹ Cfr. Ministerio de Ambiente y Desarrollo. *Sinopsis Nacional de la Minería aurífera artesanal y de pequeña escala*. Bogotá. Diciembre de 2012. Pág. 7-12.

Al ser una actividad típica de subsistencia comporta bajos márgenes de ganancia para el minero, que no permite inversión en tecnología ni mejoramiento de su calidad de vida. De otro lado, son frecuentes las condiciones inseguras de trabajo y la falta de seguridad social para los mineros, hechos que por lo general conducen a situaciones críticas de pobreza para los trabajadores que ya terminaron su vida productiva; la baja escolaridad de los mineros artesanales promueve que por tradición las nuevas generaciones sigan ese mismo rol y no se mejoren las condiciones laborales en los sitios de trabajo²⁰.

Por lo general, los mineros realizan su oficio sin la mediación de ningún tipo de título o permiso de explotación y en muchos casos ni siquiera cuentan con aprobación de los dueños de los terrenos, lo que conlleva a conflictos de tierras y a alteraciones de orden social²¹.

b. Minería de pequeña escala.

En la Ley 685 de 2012, nuevo Código de Minas, no se incluyó la clasificación de los proyectos mineros que aparecía en el anterior estatuto (Decreto 2655 de 1998), por tanto, en la actualidad se denomina “*minería de pequeña escala o pequeña minería*”, al rango

²⁰ Cfr. *Ídem*.

²¹ Cfr. *Ídem*.

inmediatamente superior a la minería artesanal; en este tipo de explotación y beneficio de minerales auríferos se observa una evolución en las técnicas y las tecnologías aplicadas, en la inversión de capital, en la integración de explotaciones y en la necesidad de contar con licenciamiento tanto minero como ambiental. Las inversiones requeridas para desarrollar proyectos a pequeña escala no son insignificantes y pueden estar entre 250 y 2.000 millones de pesos. En cuanto al uso de tecnología, si bien parte de los procesos que desarrolla son aún de carácter manual, muy buena parte de la mano de obra está dirigida a la operación de máquinas y motores que en definitiva se traduce en la mecanización del oficio minero y surgen los conceptos de empresa e industria²².

c. Minería ilegal.

El artículo 338 de la Ley 599 de 2000 sanciona a quien dolosamente, sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a

²² Cfr. *Ídem*.

los recursos naturales o al medio ambiente. El artículo 339 penaliza el proceder culposos.

Con fundamento en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2011 (Ley 1450 de 2011), se estableció el deber del Gobierno de “*implementar una estrategia para diferenciar la minería informal de la minería ilegal*”, para lo cual se han desarrollado dos criterios: Uno, la asociación de la minería sin título con la utilización de maquinaria pesada. El otro, la financiación de la actividad por grupos al margen de la ley²³.

El Gobierno expidió el Decreto 2235 de 2012 que reguló la destrucción de la maquinaria pesada y sus partes cuando se utilice en actividades de exploración y explotación de minerales sin título o licencia, y para el efecto otorgó facultades a la policía nacional. En septiembre de 2013, los ministerios de defensa, de minas y energía, y de ambiente, establecieron criterios para la destrucción de maquinaria prevista en el referido decreto, básicamente, cuando tales actividades se vinculen con delitos contra el orden público, además de extorsión, secuestro, narcotráfico, terrorismo y lavado de activos, o

²³ Cfr. HENAO PÉREZ Juan Carlos y MONTOYA PARDO Milton Fernando. *Minería y desarrollo: Aspectos jurídicos de la actividad minera. Capítulo: La minería tradicional, una concepción muy particular del derecho colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2016.

esté relacionada con actividades o financiamiento de grupos armados ilegales o delincuencia organizada²⁴.

d. Minería de hecho.

El artículo 58 de la Ley 141 de 1994, utiliza la denominación minería de hecho para referirse a quienes sin título minero desarrollan actividades de exploración y explotación minera. Difiere de la minería ilegal, en cuanto refleja de una mejor manera la realidad social de las personas que ejercen esta actividad con cierto tiempo de antelación y como medio de subsistencia y que en muchos casos, no han logrado regularizar o legalizar sus actividades debido a las dificultades en el cumplimiento de los requisitos exigidos para tal fin, sumado a los obstáculos tecnológicos, educativos y de distancias geográficas que deben suplir estas comunidades para tener acceso a la información²⁵.

e. Minería tradicional.

El parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 1382 de 2010 establece: “*se entiende por Minería Tradicional aquella que realizan personas o grupos de personas o comunidades que exploten minas de propiedad estatal sin título inscrito*”

²⁴ Cfr. *Ídem*.

²⁵ Cfr. Defensoría del Pueblo. *Minería de hecho en Colombia*. Citado en Ministerio de Ambiente y Desarrollo. *Sinopsis Nacional de la Minería aurífera artesanal y de pequeña escala*. Bogotá. Diciembre de 2012. Pág. 7-12.

en el registro minero nacional y que acrediten que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua durante 5 años, a través de documentación comercial y técnica y una existencia mínima de 10 años anteriores a la vigencia de esta ley”.

De tiempo atrás, el departamento con mayor producción de oro es Antioquia, seguido de Chocó, Bolívar, Caldas y Cauca. Se ha establecido que de más de 4.100 minas en el país, solo 550, el 13%, tienen título minero, es decir, un porcentaje muy alto de minas se encuentra en el ámbito informal, cuya actividad es desarrollada por mineros artesanales y de pequeña escala²⁶.

3.2. El error de prohibición.

Sobre la alegada configuración de un error de prohibición directo invencible en el proceder de LUIS CASTAÑEDA, recuerda la Corte²⁷ que la categoría dogmática de la culpabilidad (teoría normativa) corresponde a un juicio de exigibilidad personal que recae sobre el autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, porque estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley, sin contar

²⁶ Ministerio de Ambiente y Desarrollo. *Sinopsis nacional...* Ob. Cit. Pg. 7-12.

²⁷ Cfr. CSJ AP, 20 nov. 2013. Rad. 42537.

con una justificación. En tanto el dolo, la culpa y la preterintención corresponden a formas de conducta (artículo 21 del Código Penal), la culpabilidad precisa de tres elementos: Imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

Se excluye la culpabilidad cuando se acredita la configuración de un error de prohibición directo que afecta la conciencia sobre la ilicitud de la conducta, reglado en el artículo 32-11 de la Ley 599 de 2000, al disponer que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

“11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Tal yerro tiene lugar cuando el agente: (a) Desconoce la existencia de la norma que sanciona el comportamiento, (b) Conoce la disposición, pero yerra sobre su vigencia o (c) Sabe de la norma, pero al interpretarla erróneamente la considera no aplicable al caso. Las consecuencias dependerán del carácter invencible o vencible del error, pues en el primero no

habrá culpabilidad y tampoco responsabilidad penal, mientras que en el segundo se mantiene la imputación dolosa, pero se atenúa la pena por mandato del legislador, dado que hasta ese momento el agente ha realizado una conducta típica y antijurídica.

Resta señalar que el error de prohibición, conforme a la legislación vigente (teoría estricta de la culpabilidad), no requiere conocimiento actual o conciencia de lo antijurídico de la conducta, pues como se precisa en el inciso 2 del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, *“para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”*, en cuanto exigir al autor al momento de realizar el comportamiento la representación de estar actuando contra derecho, supone una acreditación probatoria difícil o imposible por tratarse de un estado subjetivo en el proceso de formación de la voluntad del individuo y por ello, no se exige demostrar el conocimiento sobre la antijuridicidad de su conducta, sino que tuvo la oportunidad de actualizar de manera razonable, esto es, conforme a la situación fáctica concreta y a sus condiciones personales, lo injusto de su actuar²⁸.

²⁸ CSJ SP, 13 jul. 2005. Rad. 20929.

3.3. El caso concreto.

Hechas las anteriores precisiones, advierte la Corte que en este asunto el recurrente censuró la violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 32-11 del Código Penal, el cual se ocupa del error de prohibición directo, pero no consiguió demostrar su configuración respecto de LUIS REINALDO CASTAÑEDA.

En efecto, es cierto que el Subintendente de la Policía Nacional José Antonio Sabogal Gutiérrez declaró haber capturado a los procesados en julio de 2014 en la mina Las Margaritas, en cuanto no exhibieron permisos para ejercer la minería ni para conservar explosivos, los cuales visualizó, recolectó y embaló.

También es verdad que dicho Subintendente expuso que visitó la mina en 2012 y fue atendido por HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA, oportunidad en la cual observó explosivos que calificó como ilegalmente obtenidos, pero no procedió a capturar a persona alguna.

Sin embargo, a partir de ese testimonio, el censor coligió que su representado asumió erradamente y en forma invencible, como legal, la conservación de explosivos en tales circunstancias y, por ello, siguió con su actividad de extracción minera, planteamiento

respecto del cual encuentra la Corte que si como expresamente lo dispone el inciso 2 del numeral 11 del artículo 32 del Código Penal, para dar por satisfecha la conciencia de la antijuridicidad, es suficiente que el individuo *“haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”*, no basta aducir, sin más, que el acusado creyó estar actuando conforme a derecho.

En efecto, sobre el particular se tiene:

(a) Fue probado cómo LUIS REINALDO CASTAÑEDA comenzó ante la Secretaría de Minas de Antioquia el trámite para conseguir la formalización de su labor minera conforme a las exigencias regladas en la Ley 658 de 2001, en el marco del cual consiguió el concepto de viabilidad técnica para el proyecto Las Margaritas.

(b) Se acreditó que mediante la Resolución 113995 del 25 de junio de 2014 se reconoció que él y los otros acusados estaban en un proceso de formalización de su actividad y, con ocasión de ello, se estableció en la visita de campo el cumplimiento de la tradición minera, así como de las condiciones mínimas de operación.

(c) Está demostrado que en 2012, María Isabel Rendón, abogada de la empresa minera Antioquia Gold,

reclamante de los derechos de explotación del sitio donde se encuentra la mina Las Margaritas, visitó el lugar en compañía del Intendente Alexander Caballero Gelves, el cual se percató de la conservación de explosivos, sin que procediera a incautarlos o a capturar a los hoy procesados, pero ambos advirtieron a LUIS CASTAÑEDA, HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO ÁLVAREZ JIMÉNEZ acerca de la obligación de conseguir permisos para la explotación aurífera, así como para la conservación de explosivos.

(d) Con las declaraciones de los Subintendentes Fabián Solano, José Sabogal y Juan Garavito, se probó que la diligencia de registro y allanamiento en la cual se produjo la captura de los acusados fue atendida por LUIS REINALDO CASTAÑEDA, quien dijo ser el dueño de la mina y ordenó a los trabajadores detener las actividades de explotación de oro.

(e) Con ocasión del referido procedimiento se hallaron medios mecanizados para la explotación de la mina, tales como 10 molinos para triturar roca, además de mercurio, palas, picas, un taladro, etc.

(f) Se constata que como lo declaró el Subintendente José Antonio Sabogal Gutiérrez, las 175 barras de *indugel* contaban con un recubrimiento en

polivinilo grapado en sus costados que daba cuenta de la empresa Indumil como fabricante, pero, al igual que la mecha lenta incautada, presentaban alteraciones en sus números de identificación, lo cual impedía hacer el rastreo sobre la procedencia exacta de dicho material de intendencia.

A partir de lo anterior, considera la Sala que, contrario a lo aducido por la defensa, LUIS CASTAÑEDA sí tuvo la efectiva ocasión de actualizar razonablemente la conciencia de la antijuridicidad, como que todos los trámites adelantados en compañía de los otros procesados le permitían establecer que no contaba con las exigencias legales para desarrollar su actividad minera y tanto menos con los permisos para conservar los explosivos utilizados en la labor de extracción, los cuales debía conseguir a través de los canales institucionales dispuestos para ello.

En tal sentido, el artículo 2 del Decreto 2535 de 1993 establece que *“sólo el Gobierno puede introducir al país, exportar, fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos y las materias primas, maquinaria y artefactos para su fabricación y ejerce el control sobre tales actividades”*. El artículo 5 de la Ley 1453 de 2011, adicionó un párrafo al artículo 20 del referido decreto, *“por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y*

explosivos”, en el cual dispuso que “el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares tendrá a su cargo la organización y administración de un registro en el cual deberán inscribirse todos los permisos previstos en este artículo o en las normas que lo modifiquen o sustituyan, y que deberá estar disponible para las autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial”.

Desde luego, la alteración de los números registrados en las barras cilíndricas de explosivos, así como en la mecha lenta, denota el interés por dificultar el establecimiento de su origen y trazabilidad, proceder no consonante con el ejercicio de una actividad que suponía legal y, por el contrario, permite deducir el conocimiento cierto con el cual LUIS CASTAÑEDA contaba acerca de su ilegalidad.

Si las autoridades de policía en sus visitas anteriores no procedieron a incautar las barras de *indugel* almacenadas en la mina o si no capturaron a quienes las conservaban, el demandante no dijo, ni la Sala advierte, de qué manera podía concluirse de forma errada con carácter invencible que tal conservación de explosivos podía asumirse como legal, máxime si no se trataba de personas ajenas a la extracción de oro o neófitas en dicha labor.

En suma, concluye la Corte que no tuvo lugar el alegado error de prohibición directo invencible en la conducta de conservar explosivos realizada por LUIS REINALDO CASTAÑEDA, de manera que la censura no está llamada a prosperar.

Ahora bien, lo que si encuentra la Sala es la configuración de un error de prohibición, pero de índole vencible, pues al contextualizar la explotación aurífera en el municipio de Santo Domingo se observa que corresponde a una actividad de minería tradicional a pequeña escala, realizada de generación en generación, con carácter ancestral, por más de 200 años, inclusive antes de la expedición de los respectivos títulos mineros actuales.

Además, si en 2016 se identificaron 198 personas dedicadas a la minería tradicional y 55 canteras de explotación minera, de las cuales únicamente 11 tenían título y solo una, licencia ambiental, considera la Sala que ese cuadro conjunto de situaciones históricas y actuales, respecto de mineros dedicados gran parte de su vida a la misma labor, tuvo injerencia en LUIS REINALDO CASTAÑEDA, así como en FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA (17 años como minero), HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ (40 años en el referido oficio) y Julio César Cañas Correa (trabajador), no recurrente en

casación, no en llevarlos erradamente y de manera invencible a concluir que era lícito conservar las barras de *indugel* en un *cambuche* dentro de la mina Las Margaritas, pero sí, a asumir en el ámbito de un error de prohibición vencible, que tal costumbre ancestral de minería aurífera mediante la utilización de explosivos adquiridos de manera irregular les era permitida o, por lo menos, no iban a ser objeto de represión penal.

Tal comprensión equivocada del alcance punitivo de su comportamiento no fue invencible como para excluir íntegramente la categoría dogmática de la culpabilidad, en cuanto pudo evitarse si los acusados hubieran actuado con mayor cuidado, según ya se explicó, pero permite colegir que si bien conocían la existencia del delito de conservación de explosivos, erradamente asumieron en forma vencible que dada su ancestralidad y los muchos años en los cuales habían utilizado explosivos para extraer el oro —de lo cual se habían percatado directamente y varias oportunidades las autoridades al visitar la boca de la mina, sin proceder a capturarlos o siquiera a decomisar las barras de *indugel*—, les permitía seguir con su proceder de generación en generación sin incurrir en el referido delito.

Es pertinente destacar que la punición de la conducta de conservación de explosivos en Colombia, no

tiene su génesis en los artefactos utilizados de antaño y de manera irregular por mineros tradicionales y ancestrales con ocasión de su actividad, sino en la necesidad de reprimir la conservación de instrumentos de innegable carácter bélico en el marco del conflicto armado que por más de 50 años ha azotado al país. Tal reflexión contribuye a concluir que si bien es cierto no puede exonerarse en este caso a los acusados de responsabilidad, sí se impone reconocer que actuaron con base en un error de prohibición vencible, el cual conlleva, como también se dijo, una disminución punitiva derivada de un menor juicio de reproche por tratarse de un dolo atenuado, de modo que de conformidad con la segunda parte del artículo 32-11 de la Ley 599 de 2000, *“la pena se rebajará en la mitad”*.

Entonces, la Corte casará parcialmente el fallo de condena, en el sentido de reconocer que los procesados actuaron dentro de un error de prohibición directo vencible, motivo por el que la sanción debe ser disminuida en la mitad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 906 de 2004, la casación parcial del fallo se extiende al acusado no recurrente Julio César Cañas Correa.

4. Cuarto cargo de la demanda presentada en nombre de LUIS CASTAÑEDA y cargo único de la allegada en favor de HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO ÁLVAREZ JIMÉNEZ. Violación directa por interpretación errónea del artículo 56 del Código Penal.

4.1. Las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.

Como en los referidos reproches se planteó básicamente que si en la visita-diagnóstico a la mina, las autoridades no reprocharon a los procesados la conservación de los explosivos, ellos asumieron ser ajenos a un comportamiento ilegal, es decir, se encontraban inmersos en *“una ignorancia cultural que conlleva el reconocimiento en su favor de la disminución punitiva contemplada en el artículo 56 del Código Penal”*, o bien, aplicar dicha norma en razón de su marginalidad e ignorancia por ser mineros de tradición o ancestrales, en cuanto su oficio no clasifica dentro de las actividades comerciales, ni hay una ley que lo regule y además, carecen de conocimientos jurídicos, procede la Sala a desarrollar los alcances del artículo 56 del Código Penal y a pronunciarse sobre los citados argumentos.

El texto de la referida disposición es el siguiente:

“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, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.

Esta norma desarrolla el artículo 13 de la Constitución Política en el cual se reconoce el derecho fundamental a la igualdad, al disponer no únicamente que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, sino que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, protegiendo a quienes por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

No se trata de circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza en su ámbito simple y llano, pues el legislador las cualificó, al disponer que deben ser “*profundas*” y “*extremas*”, esto es, de aquellas con especiales connotaciones de entidad.

Son situaciones alternativas que no necesariamente deben ser concurrentes, pues basta una de ellas para que proceda la rebaja de pena, lo cual no descarta su coexistencia en determinado caso.

Por corresponder al marco fáctico tienen incidencia en la calificación jurídica y, por tanto, afectan los extremos punitivos, según sucede con otros institutos como la complicidad, la tentativa y el estado de ira o de intenso dolor, de manera que para ser ponderadas en la dosificación punitiva deben ser incluidas en la imputación o en los preacuerdos, pues no pueden ser alegadas tardíamente en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2000²⁹.

La **marginalidad**, también llamada marginación, marginamiento o marginalización, etimológicamente atañe a una situación en el límite, justo dentro del lindero, en la frontera. Aunque inicialmente el término se acuñó cuando después de la Segunda Guerra Mundial aparecieron en

²⁹ Cfr. CSJ AP, 6 dic. 2017. Rad. 50202, CSJ AP, 27 sep. 2017. Rad. 49219 y CSJ AP, 24 feb. 2016. Rad. 47366, entre otras.

los suburbios asentamientos poblacionales en precarias condiciones, ya en la década de los sesenta cuando tales comunidades se encontraban en el centro de las ciudades, la expresión perdió su contexto geográfico periférico, para únicamente referirse a grupos humanos en situaciones desventajosas³⁰.

En el ámbito del desarrollo de las sociedades se ha identificado la coexistencia de un sector moderno y uno tradicional, vinculando la marginalidad al segundo, esto es, como sector no integrado al progreso social actual. Sin embargo, se reconoce que hay diversas clases de marginalidad (económica, ideológica, cultural, educativa, laboral, familiar, etc.), así como diferentes intensidades³¹.

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 comunidad³², 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.

³⁰ DELFINO Andrea. La noción de marginalidad en la teoría social latinoamericana. Universidad Nacional de Rosario. Argentina. 2012.

³¹ *Ídem*.

³² MERTON Robert King. *Estructura social y anomia*. En Varios. Traducción de Jordi Solé Tura. Barcelona. 5a edición. pg. 80 s.s.

Aunque la marginalidad puede ser producto de desventaja económica, profesional, política, de estatus social o también, de diversidad ideológica, no necesariamente se encuentra asociada a dificultades monetarias, que si bien pueden conllevar cierta clase de marginalidad, no es presupuesto de esta la pobreza, en cuanto puede ocurrir que tratándose de organizaciones subculturales, una agrupación decida replegarse de los valores mayoritarios de cultura dominante, como en su momento ocurrió con las comunas de *hippies*, sucede con personas adictas a las drogas³³ 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 indígenas³⁴, sin que sea la falta de dinero el motivo de cohesión o el alejamiento de la comunidad y sin que baste tal condición para que proceda la disminución de pena, en cuanto es necesaria su incidencia efectiva en la comisión del delito.

Claro está, si tal marginación profunda y extrema con injerencia en el punible, configura una causal de inimputabilidad por “*diversidad sociocultural*” (art. 33 del Código Penal), el autor o partícipe tendrá la condición de

³³ No basta el consumo habitual para aplicar la diminuyente, pues si bien puede afectar el desempeño social del individuo, es necesario acreditar que se encuentra dentro de profundas circunstancias de marginalidad con incidencia directa en la comisión de la conducta. CSJ AP, 27 ago. 2014. Rad. 42203.

³⁴ No basta tal condición, es necesario probar su injerencia en la comisión de la conducta. Cfr AP, 21 ago. 2013. Rad. 41596.

inimputable y a partir de ello no le será aplicable el artículo 56 de la Ley 599 de 2000, el cual corresponde a una disminución del juicio propio de la culpabilidad, categoría dogmática que no es objeto de ponderación tratándose de inimputables, quienes únicamente realizan conducta típica y antijurídica.

A su vez, para que proceda la aplicación del artículo 56 del estatuto punitivo, es necesario que la marginalidad profunda y extrema, tampoco sea suficiente para estructurar una causal excluyente de responsabilidad.

La **ignorancia** corresponde a la falta de conocimientos respecto de un ámbito específico, es decir, no se conoce algo o no se comprende. Desde luego, en el contexto del artículo 56 del Código Penal y por expresa voluntad del legislador, el desconocimiento no debe ser de tal magnitud que, por ejemplo, configure un error de prohibición capaz de sustentar la exclusión de responsabilidad.

A su vez, no se trata de cualquier falta de conocimiento, sino de aquél profundo y extremo en el caso concreto, con incidencia en la comisión de la conducta delictiva, como que por regla general no se tiene la condición de ignorante absoluto, pues el desconocimiento puede recaer en un ámbito específico del

saber. Piénsese por ejemplo en la ama de casa que desconoce las exigencias de la contratación pública, pero tiene amplios y calificados conocimientos culinarios.

Cuando se alude a la **pobreza** se debe distinguir entre aquella situación en la cual se consiguen los recursos económicos necesarios para subsistir, de la miseria (pobreza extrema o indigencia), en la que media total incertidumbre acerca de la satisfacción mínima de las necesidades básicas (salud, alimentación, vivienda, vestido, agua potable, aseo y asistencia sanitaria, educación, electricidad, entretenimiento, etc.), siempre que, a la luz del artículo 56 del Código Penal, no configure una causal de exclusión de responsabilidad, por ejemplo, un estado de necesidad disculpante.

En tal sentido y para mejor ilustración, recientemente el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE reveló que de un poco más de 48.2 millones de personas en Colombia, 13 millones son consideradas pobres al tener ingresos mensuales inferiores a \$257.433 y que en pobreza extrema se encuentran 3.5 millones con menos de \$117.605 por mes³⁵.

³⁵ www.dane.gov.co. Mayo de 2019.

La pobreza extrema puede conducir a la marginación, aunque como ya se advirtió, aquella no es supuesto de esta.

La marginalidad y la pobreza son de carácter objetivo en cuanto son aprehensibles por los sentidos, mientras que la ignorancia corresponde a un estado subjetivo respecto de un ámbito del conocimiento.

Entonces, en la medida que la marginación, la ignorancia o la pobreza conlleven unas diversas valoraciones sociales de los individuos inmersos en tales circunstancias diferentes de las mayoritarias de la sociedad, no hay duda que corresponde al Estado, dentro del imperativo de respeto por la dignidad humana y en especial por su diferencia, además de materializar el principio de igualdad, reconocer que si tales situaciones, en cuanto sean “*profundas*” y “*extremas*” tienen injerencia decidida en la comisión de un delito, es preciso aminorar el juicio de reproche que individualiza el juez en sede de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues dichas circunstancias restringen el ámbito de libertad del autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, en orden a motivarse conforme a la disposición legal y, a partir de ello, también deberá ser disminuida la sanción imponible.

En efecto, si en la culpabilidad se pondera la motivación de la norma respecto del comportamiento de la persona³⁶, es claro que el artículo 56 del Código Penal viene a recoger unas situaciones en las cuales se advierte que por la influencia de un mayor determinismo y consecuente con él, un menor libre albedrío, el juicio de reproche correspondiente a la culpabilidad pierde intensidad, sin llegar a ser inexistente como para enervar tal categoría pero sí, en desarrollo del *principio de proporcionalidad* en la relación culpabilidad-pena, se impone aminorar la sanción, esto es, reducir los extremos punitivos conforme al quantum definido por el legislador, “no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la pena señalada en la respectiva disposición” y, dentro de ellos, realizar el correspondiente proceso de dosificación de la pena.

En suma, pueden sintetizarse los requisitos para la aplicación del artículo 56 del Código Penal, así:

- (i) La realización de una conducta punible.
- (ii) Que al momento de su comisión, el autor se encuentre en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza, siempre que sean “*profundas*” y “*extremas*”.

³⁶ Cfr. CSJ AP, 20 nov. 2013. Rad. 42537.

(iii) Que tales situaciones tengan relación e incidencia directa en la ejecución de la conducta.

(iv) Aunque profundas y extremas, es necesario que no sean capaces de configurar una causal de exclusión de la responsabilidad, como podría ocurrir con la ignorancia que da cabida a un error de prohibición directo, o la pobreza capaz de configurar un estado de necesidad disculpante.

Resta señalar que el artículo 55 del Código Penal establece, entre otras circunstancias genéricas de menor punibilidad, “*la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible*” y la “*indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible*”, las cuales, de una parte, no deben tener el carácter de profundas y extremas y, de otra, únicamente son aplicables, por expreso mandato del legislador (subsidiariedad expresa), “*siempre que no hayan sido previstas de otra manera*”, es decir, no concurren con las situaciones previstas en el artículo 56 del estatuto penal. Además, no tienen la virtud de modificar los extremos de pena establecidos por el legislador, en cuanto únicamente sirven para ubicar el cuarto de movilidad punitiva dentro del cual deberá efectuarse la dosificación de la sanción, en la medida que concurren con otras circunstancias de

mayor y/o menor punibilidad (artículo 61 de la Ley 599 de 2000).

4.2. El caso específico.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, considera la Corte que como lo expresó la Fiscalía en el traslado concedido en el marco de la sustentación del recurso de casación interpuesto por la defensa, en este caso el juez de primer grado confundió el error de prohibición directo vencible con la ignorancia reglada en el artículo 56 del Código Penal.

En efecto, en el fallo de primera instancia se expuso:

“Los acusados, concretamente en lo que se refiere a la conservación de los explosivos, se generó un error en cuanto a la ilicitud de dicho comportamiento, error que tuvo su origen a raíz de la visita de diagnóstico realizada antes del procedimiento de registro y allanamiento donde se permitió continuar con la actividad de explotación.

“Lo lógico es que si los acusados estaban conservando ilícitamente el explosivo, el mismo les debió ser incautado y estos aprehendidos, pero como no sucedió lo uno ni lo otro, estos creyeron y con razón, que lo

podían conservar mientras iniciaban el trámite administrativo pertinente.

“Dicha situación, pese a que podría configurar un posible error de prohibición vencible, en sentir de este funcionario ubica a los encausados ante una ignorancia cultural que conlleva el reconocimiento en su favor de la disminución punitiva contemplada en el artículo 56 del Código Penal, en tanto quedó claro que tales circunstancias influyeron directa y esencialmente en la comisión de la conducta punible”.

Por su parte, el Tribunal revocó la citada disminuyente punitiva por considerar que los procesados no son mineros ignorantes, pues realizaban su actividad hacía muchos años y ya habían sido visitados en por lo menos dos oportunidades por las autoridades que les pusieron de presente la ilicitud en la conservación de explosivos y, de otra parte, no son marginales, pues si bien realizan su labor en una zona rural, no se trata de mineros de aluvión o de explotación artesanal, en cuanto si en la mina se encontraron molinos es porque tienen una empresa de explotación de oro y sabían acerca de la necesidad de tener permisos para conservar los explosivos.

4.2.1. Sobre lo expuesto por los falladores advierte la Sala, de un lado que, como ya se dilucidó, la

ignorancia profunda y extrema reglada en el artículo 56 del Código Penal no es aquella que configure un error de prohibición, como sin mayor explicación lo asumió el juez de primer grado y luego optó por reconocer la diminuyente de pena.

Y de otro, tampoco basta descartar la marginalidad de los procesados en atención a que no desarrollaban minería de aluvión o artesanal, sino una empresa, en cuanto tenían molinos.

Entonces, dilucidado al resolver el primer cargo que los acusados no se encontraban dentro de los supuestos de un error de prohibición directo invencible, pero si vencible, se advierte que no estaban en una situación de grave y extrema ignorancia determinante de la comisión del delito de conservación de explosivos, pues no desconocían las exigencias legales que les imponían contar con los respectivos permisos por parte del Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto así fue advertido expresamente a LUIS CASTAÑEDA, HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA y HELIODORO ÁLVAREZ JIMÉNEZ, en la visita realizada a la mina Las Mercedes en 2012 por María Isabel Rendón (abogada de Antioquia Gold) y el Intendente Alexander Caballero Gelves, de manera que si la ignorancia corresponde a una

ausencia específica de conocimiento, está demostrado que en este caso los acusados no desconocían las exigencias de contar con las autorizaciones pertinentes.

Confirma la ausencia de situación de ignorancia profunda y extrema que los referidos ciudadanos estaban tramitando la licencia ambiental y la autorización para la explotación minera, circunstancia de la cual se puede colegir que no desconocían la necesidad de conseguir ciertas aquiescencias para el desarrollo de su actividad, entre las cuales se encontraba, claro está, la requerida para conservar explosivos.

Adicionalmente, si a las barras de explosivos y la mecha lenta les fueron borrados sus números de serie, tal proceder descarta ignorancia en los procesados y, por el contrario, pone de manifiesto que sabían de la ilegalidad de su comportamiento y trataron de desviar la eventual atención de las autoridades.

Conforme a lo expuesto, colige la Sala que no concurrió en los acusados circunstancia de ignorancia profunda y extrema con incidencia en la comisión del delito.

4.2.2. Acerca de que los procesados tenían una condición de marginalidad profunda y extrema, considera

la Corte que la prueba recaudada demuestra lo contrario, pues si bien desarrollaban su labor en una zona rural, alejada de la ciudad, de ello no se colige que tuvieran la condición de marginales.

Lo cierto es que si dieron inicio a las diligencias orientadas a conseguir la formalización y legalización de su actividad minera, la cual cumple un rol en la sociedad como tantas otras (agricultura, ganadería, pesca, etc.), no se vislumbra que su trabajo conllevara unas valoraciones individuales o grupales diversas de las mayoritarias.

Además, no se observa de qué manera esa real o supuesta marginalidad, tuvo incidencia en la comisión del delito de conservación de explosivos.

Se probó que si bien la labor extractora de oro adelantada por los procesados tenía visos de ancestral y tradicional, no por ello se ubicaban en una situación de marginalidad, máxime si en el socavón fueron hallados medios mecanizados para la explotación de la mina, tales como 10 molinos para triturar roca, además de mercurio, palas, picas, un taladro, etc., de manera que no consigue articularse dicha modalidad de extracción aurífera con la alegada marginalidad que incidió en la conservación de los explosivos.

La manipulación en los números de identificación de las barras de *indugel* y de la mecha lenta, descarta un proceder vinculado de alguna manera a la injerencia de condiciones de marginalidad y sí más bien, prueba que los acusados sabían de la ilegalidad de su conducta e intentaron ocultarla.

No se estableció que los procesados, en razón de trabajar en una zona rural lejana del casco urbano, tuvieran unas valoraciones diversas de la mayoría con entidad suficiente para incidir en la realización del delito. Por el contrario, se insiste, sabían de la necesidad de regularizar su labor y por ello dieron inicio a los trámites respectivos, actividades contrarias a una situación de marginalidad profunda y extrema.

A propósito, debe precisarse que esta situación es sustancialmente diversa del caso citado por la defensa³⁷, en el cual la Sala decidió inadmitir la demanda de casación promovida por la Fiscalía y se mostró conforme con que se hubiera reconocido la diminuyente punitiva derivada de profunda y extrema marginalidad a un campesino residente en una vereda del municipio de San Juan de Palenque, del cual era concejal, a quien le fue hallada en su vehículo una escopeta calibre 22 sin contar con el respectivo salvoconducto, pues se probó que dadas

³⁷ CSJ AP, 10 dic. 2012. Rad. 42075.

las tradiciones de la población llanera campesina residente en zonas apartadas, es costumbre inveterada que en las fincas se cuente con un arma de fuego para su defensa, como para la caza de animales, sin importar si están o no amparadas con salvoconducto, práctica totalmente diversa a la pretendida por el casacionista acerca de la conservación de explosivos en este asunto, respecto de la cual se reconoció un error de prohibición directo vencible que determina una rebaja de pena en la mitad.

En suma, si la mina estaba ubicada en zona rural, lejos del casco urbano, de ello no se colige, sin más, como lo planteó la defensa, la alegada circunstancia de marginalidad profunda y extrema, en cuanto no todo campesino que vive en zonas apartadas, por ese solo hecho se encuentra en la referida situación, ni actúa determinado por la misma.

4.2.3. No sobra señalar que tampoco los acusados se encuentran dentro de una situación de pobreza profunda y extrema con injerencia en la conservación de explosivos, pues se trata de mineros organizados dedicados por generaciones a la explotación aurífera, sin que estén avocados a situaciones de indigencia.

Como la defensa adujo que sus representados ejercen la actividad minera de forma empírica y por tradición, sin capacidad para realizar un montaje costoso como el exigido en las disposiciones sobre el tema de la explotación, baste expresar que los permisos expedidos por el Departamento de Control de Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Ministerio de Defensa Nacional para la adquisición y conservación de explosivos, no requieren cuantiosas sumas de dinero, sino el cumplimiento de específicos requisitos tales como el diligenciamiento de los formatos de solicitud, documentos y datos personales del solicitante, prueba de la actividad para la cual se requieren, justificación de su cantidad, medios de control y seguridad, entre otros³⁸.

De acuerdo a las consideraciones anteriores, el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

5. Consecuencias de la casación parcial del fallo.

Dilucidado que al reconocer en el comportamiento de los procesados un error de prohibición directo vencible se impone una rebaja de la mitad de la pena, constata la Sala que si en el fallo del Tribunal se tasaron las sanciones de prisión y de inhabilitación para el ejercicio

³⁸ Cfr. Decretos 2535 de 1993 y 334 de 2002.

de derechos y funciones públicas en 11 años, tiempo que corresponde al extremo mínimo dentro del primer cuarto del ámbito de movilidad punitiva, en virtud de la casación parcial del fallo tales penas deben ser rebajadas en la mitad, para quedar en 5 años y 6 meses.

Como ya se indicó, en aplicación del artículo 187 de la Ley 906 de 2004, la casación parcial del fallo se extiende al acusado no recurrente Julio César Cañas Correa.

No procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en cuanto la sanción impuesta supera los 4 años de prisión (artículo 29 de la Ley 1704 de 2014).

Tampoco es viable la prisión domiciliaria, pues el delito de conservación de explosivos por el cual se procede tiene una pena mínima superior a 8 años de prisión (artículo 23 de la Ley 1704 de 2014).

6. Cuestión final.

Como de las pruebas recaudadas advierte la Corte que las barras de *indugel* halladas en la mina Las Margaritas, al parecer fueron fabricadas por Indumil y vendidas de manera irregular a los mineros, se impone compulsar copias de esta decisión con destino a la

Fiscalía General de la Nación, a fin de que se establezca la posible comisión de algún delito, así como la identificación de los responsables.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR parcialmente el fallo de condena proferido contra LUIS REINALDO CASTAÑEDA, FABIÁN HELIODORO ÁLVAREZ MARULANDA, HELIODORO EMILIO ÁLVAREZ JIMÉNEZ y Julio César Cañas Correa, reconociendo un error de prohibición directo vencible.

2. REDOSIFICAR, en consecuencia, las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas a los mencionados ciudadanos, en 5 años y 6 meses.

3. COMPULSAR las copias dispuestas en la parte motiva de esta decisión.

4. DECLARAR que en lo demás, el fallo impugnado permanece incólume.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria