

Desaparición de la presunción de dolo en el derecho penal mexicano y sus consecuencias

Rodolfo Félix Cárdenas*

NUESTRA LEY penal y, aquí me refiero al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para Toda la República en Materia de Fuero Federal, hasta el arribo de la importante reforma de 1984 contenía en su texto una presunción de intencionalidad en la comisión de los delitos dolosos que se conoció como la “presunción de dolo”; de hecho, esta presunción existía ya desde los códigos penales de 1929 (artículo 15, fracción III) y de 1871 Código Penal Martínez de Castro (artículo 10, fracción III) que la mantenían “aunque el acusado probara que ignoraba la ley”.

Carrancá y Trujillo¹ señaló que el legislador mexicano conservaba la presunción de dolo para el *error iuris*, pues se presumía a pesar de que el acusado *creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla*, y todo ello apoyado en la sentencia *ignorantia legis non excusat* o *error iuris nocet*, siempre invocados para restar eficacia excluyente al error de derecho al que no se le concedía relevancia jurídica, pues se presumía que el derecho era conocido. Vela Treviño² especialmente destacó la situación que privaba en el ordenamiento penal mexicano, que *negaba a los sujetos el derecho a valorar el contenido de las normas penales en orden a la antijuridicidad*, lo que derivaba de la presunción de dolo del artículo 9o., fracción III, el cual establecía que no se destruye la presunción dolosa de la conducta aunque el acusado pruebe que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, ya que la norma quedaría supeditada en su validez a la especial valoración que de ella hiciera cada sujeto.

* Profesor de Derecho procesal penal en la Escuela Libre de Derecho.

¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 5a. ed., México, Antigua Librería Robredo, 1960, t. I, p. 243.

² Vela Treviño, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*, México, Trillas, 1997, pp. 339 y ss.

Por ejemplo, una situación similar se vivía en España. Cerezo Mir³ refiere que la teoría del *error iuris nocet* —el error de derecho perjudica— se mantuvo en España hasta los años sesenta en la jurisprudencia del tribunal supremo tras invocarse la aplicación del artículo 2o. del Código Civil que en su redacción originaria establecía el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, pero se hacía una excepción en caso de error de derecho extrapenal. Respecto de la apreciación sólo del error sobre normas extrapenales, destaca igualmente la imposibilidad de deslindar los casos en que el error versa sobre normas penales y extrapenales, como también que no era posible encontrar una explicación a la diferencia de tratamiento de una y otra clase de error.⁴ Mir Puig⁵ refiere que el rechazo por la jurisprudencia de la virtualidad eximente o atenuante del error de derecho conoció una excepción: se admitía la eficacia del llamado error de derecho extrapenal. Este concepto hacía alusión al desconocimiento de normas jurídicas no penales que condicionaron la aplicación de la ley penal.

Pero no sólo se trataba de presumir el dolo; sino que, por tratarse de una presunción legal, la Suprema Corte resolvió que quien pretendía ir en contra de esa presunción debía probar en contra de la misma. Esto no fue, sino un mensaje claro en contra del inculpado pues la presunción de dolo favorecía en todo a la acusación y, si el dolo quería destruirse, debía ser éste —el acusado— en quien recaía la carga de la prueba. Esto deja claro el por qué en México se solía decir que la presunción de inocencia no existía y es que, la ley penal al presumir el dolo, por el contrario, partía de la presunción de culpabilidad. La Suprema Corte nunca se pronunció respecto de este precepto ni sus similares en los distintos códigos penales del país para analizar su constitucionalidad.

Algunas de las tesis que destacan sobre la presunción del dolo —que por cierto, son asidero común durante la Quinta, Sexta y Séptima épocas— son, por ejemplo, las siguientes:

³ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2001, t. III, pp. 116 y ss.

⁴ Cerezo Mir, José, “La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español”, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 86.

⁵ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, Repper-tor, 1999, p. 570.

DOLO. Es verdad que la base de todo delito intencional es el dolo, la intención dañada; pero como este elemento es siembre subjetivo, tan íntimo, tan fuera de la posibilidad de probarse, que todos los Códigos Penales (y el del Estado de Morelos no se aparta de esta actitud), establecen que *siembre que a un acusado se le pruebe que violó la ley penal, se presumirá que obró con dolo, y esta presunción, aunque juris tantum, no se destruye aunque llegue a demostrarse que el agente obró con la creencia de que el fin que se propuso era legítimo.*

INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. El dolo eventual de realizar el hecho, sean cuales fueren sus consecuencias, cae dentro del ámbito de los hechos o delitos intencionales, según las reglas del derecho positivo que establecen que la presunción de la intencionalidad no se destruye aun demostrando que el agente no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño; ni de que no se propuso causar daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho en que consistió el delito, o si el imputado previo o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho y estar al alcance común de las gentes, o si se resolvió a violar la Ley fuera cual fuere el resultado.

DOLO, CARGA DE LA PRUEBA CONTRA LA PRESUNCIÓN DE. El que afirma tiene la obligación de probar sus aseveraciones, sobre todo si éstas contradicen presunciones, como la de la intencionalidad delictuosa.

INTENCIONALIDAD, PRESUNCIÓN DE. *La ley establece una presunción de intencionalidad en los delitos, y si el sujeto actúa voluntariamente en un terreno de ilicitud, el resultado que se produzca es reprochable a título de dolo, pues independientemente de la presunción legal, debe entenderse que la ley reprocha duramente a quien actuando en un terreno de antijuricidad produce un daño.*

De esta manera, el *error iuris* no era sino algo menos que un objeto en un escaparate. Recordemos como incluso en las aulas universitarias donde a los estudiantes se solía enseñarnos la frase lapidaria: “la ignorancia del derecho no exime de su cumplimiento” y así vivimos por mucho tiempo. Esto se mantuvo en México hasta que, tras reconocerse en ley *la exigencia del conocimiento de la antijuricidad como presupuesto de la pena*, esos axiomas representativos de una evidente responsabilidad objetiva que se manifestaban como: *ignorantia legis non excusat* y *error iuris nocet* fueron dejados atrás y *se pasó a otorgar plena relevancia al error de prohibición invencible.*

Llama la atención como desde 1980, aun estando vigente el artículo 9o. del citado Código Penal que contemplaba la presunción de dolo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo la ponencia del mi-

nistro Francisco Pavón Vasconcelos se había ya pronunciado, insisto, *a pesar de la inexistencia en la ley* de regulación expresa sobre el llamado error de tipo y el error de prohibición para eximir la responsabilidad penal; así, en las tesis: “Error de prohibición” y “Error de tipo y error de prohibición. Para ser eximente requiere ser invencible o insuperable”.⁶

Esta expresión de la Suprema Corte no fue casualidad. Recordemos que el derecho penal mexicano estuvo liderado por muchos años por la fuerte influencia que ejerció en su formación durante el siglo pasado la llamada escuela causalista, que reconocía al dolo y culpa como elementos de la culpabilidad, pero también es justo decir, que rechazaba la aludida presunción de dolo. Por otro lado, otra corriente minoritaria del penalismo mexicano se apartó de esa concepción y se orientó más bien hacia los postulados finalistas; algunos sentados en el finalismo welzeniano más puro, y otros, si bien adoptando como válido que el dolo y la culpa no hacían parte de la culpabilidad propusieron otro modelo (modelo lógico). Se comenzó a hablar en la doctrina penalista mexicana, de error de tipo y error de prohibición y, el ministro Pavón Vasconcelos lo sabía. También está claro aquí, el rechazo a la presunción de dolo.

El error de prohibición ocurre, como refieren Muñoz Conde y García Arán,⁷ no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho, de ahí que pueda referirse a la existencia de la norma prohibitiva como tal (*error de prohibición directo*) o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto (*error de prohibición indirecto* o error sobre las causas de justificación).

La presunción de dolo se abandonó en la reforma penal de 1984.⁸ Se incorporó aquí en el artículo 15, fracción XI, del entonces Códigi-

⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vols. 139-144, 2a. parte, p. 88.

⁷ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 441.

⁸ Un aspecto significativo de esta reforma fue la derogación de la presunción de dolo, bajo cuya vigencia ninguna relevancia se concedía al entonces denominado “error de derecho” como causa de exclusión de la responsabilidad penal, sino tan sólo al error de hecho bien como excluyente, o bien como atenuante de la responsabilidad penal.

go Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y Para toda la República en Materia de Fuero Federal, conjuntamente con el error de tipo, el denominado error de prohibición. Sin embargo, a pesar de que se le reconocía un efecto excluyente de ser *esencial e invencible*, ocurría, como refiere Moreno,⁹ un grave problema, pues la propia reforma de 1984 incorporó el artículo 59 bis que establecía: “que cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o su alcances”, solamente atenuaba la pena —hasta la cuarta parte— o se imponía una medida de seguridad —tratamiento en libertad—.

Además, en ese precepto se limitaba el llamado “error de derecho” cuando el sujeto se encuentre en una situación de “extremo atraso cultural y de aislamiento social”, ya que, por un lado, el artículo 15 reconocía un efecto excluyente al error de prohibición invencible, mientras que, por su parte, el artículo 59 bis sólo le reconocía un efecto atenuante; pero parecía que este último resultaba más desventajoso para quienes se encontraban en situación de atraso cultural y de aislamiento social, pues mientras que quien no sufría de esta situación, incurría en error de prohibición invencible no era sancionado en términos del artículo 15, fracción XI, por el contrario, quien sí lo sufría, además de dichas circunstancias, como el indígena no obstante actuar bajo el mismo error sólo alcanzaba una pena atenuada o bien una condenada sustituida por tratamiento en libertad.

Tras diez años de vigencia, el artículo 59 bis fue derogado en la reforma penal de 1994, con lo cual el error de prohibición pasó a insertarse como causa de exclusión del delito en el artículo 15, fracción VIII, inciso B) del referido Código Penal y cuyo texto hoy se mantiene en el vigente artículo 15, fracción VIII, inciso B) del Código Penal Federal:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, A)... ó B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código.

⁹ Moreno Hernández, Moisés, “La regulación del error en la legislación penal mexicana”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, núm. especial, agosto de 1999, pp. 84 y ss.

Por su parte, el artículo 66 dispone:

Artículo 66. En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII el artículo 15 sea vencible, se impondrá la puntualidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será *de hasta una tercera parte* del delito de que se trata.

Hasta 2002, tardíamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación descubrió que el principio de presunción de inocencia se contenía implícitamente en el texto constitucional en distintos artículos: 14, segundo párrafo; 16, primer párrafo; 19, primer párrafo; 21, primer párrafo y 102, apartado A, párrafo segundo.¹⁰ Hoy, como sabemos, la presunción de inocencia forma parte del texto expreso constitucional desde la reforma del 18 de junio de 2008 de la carta magna.

No obstante, al acontecer en 2002 la separación del Código Penal para el Distrito Federal, que aplicaba a la vez tanto en materia federal como local para generar en cada fuero su propio código (federal y del Distrito Federal), el contenido del artículo 15, fracción VIII, inciso B, quedó redactado de igual forma en ambos ordenamientos.¹¹ Ello subsiste en el Código Penal Federal, mientras que en el Código Penal para el Distrito Federal aconteció una innecesaria reforma en diciembre de 2014 al artículo 29, para establecer que

Artículo 29 (causas de exclusión). El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o *causas de inculpabilidad*.

C. Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

III. (Error de prohibición) El agente realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto:

¹⁰ Así, en la tesis aislada XXXV/2002 que el Tribunal Pleno consideró apta para integrar una tesis jurisprudencial, cuyo rubro es “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Amparo en revisión 1293/2000, 15 de agosto de 2002.

¹¹ El artículo 29, fracción VIII, del Código Penal para el Distrito Federal establecía: “(Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o, b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código”.

- a) Desconozca la existencia de la ley;
- b) El alcance de la ley; o
- c) *Porque crea el agente que está justificada su conducta.*

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, *no procederá la inculpabilidad* y se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 83 de este Código (sanción atenuada a *una tercera parte* de la pena del delito de que se trate).

Si alguna diferencia se puede destacar es en la vocación punitiva del Distrito Federal, en que, a diferencia del error de prohibición vencible en materia federal; aquí se sanciona con una pena atenuada que necesariamente ha de ser de una tercera parte del delito de que se trate, sin posibilidad de que sea entonces una pena menor como sí acontece en la regulación federal en que la pena atenuada es de hasta una tercera parte.

Se tiene así que desde que se abandonó la presunción de dolo y se incluyó en la ley penal mexicana, el error de tipo y el error de prohibición en 1984, e incluso, en la reforma más reciente al Código Penal para el Distrito Federal existe una clara orientación para afirmar que el legislador mexicano se ha afiliado decididamente a la llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, pues es evidente que, al no distinguir el tratamiento del error de prohibición invencible cuando se trata de la creencia de la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino tratar todos estos supuestos por igual; todo error invencible que recaiga sobre una causa de justificación será error de prohibición y esto no es más que la más pura expresión del finalismo welzeniano en su versión ortodoxa plasmada en nuestra ley penal.

Un aspecto a considerar es el error sobre los llamados elementos normativos que son estrictamente jurídicos, en el que se sostiene generalmente que se trata de un error de tipo. Sin embargo, Zaffaroni¹² ha destacado el hecho de la inclusión continua de elementos normativos en la construcción de los tipos penales (la administrativización del derecho penal) que hace cada vez más difícil que el gobernado se ampare en un error invencible, y ello puede conllevar a sanción por delito imprudente si es permitida al caso según el delito. Pero, tratándose de los llamados “elementos del deber jurídico” hoy “elementos de valoración global del hecho” que se encuentran claro en algunos

¹² Zaffaroni, Raúl Eugenio *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 511.

tipos penales, pero que contienen una referencia a la antijuridicidad (referencia de valoración jurídica). Welzel¹³ (elementos especiales de la antijuridicidad) les da el trato de error de prohibición (tipos abiertos, a diferencia de los cerrados que son indiciarios del injusto, hay otros, los abiertos, que excepcionalmente exigen la antijuridicidad de la conducta y para completar el tipo, el juez debe acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico). Otros los tratan como error de tipo, y otros de tipo o de prohibición. Roxin¹⁴ según se refieran al aspecto fáctico (el error recae sobre el elemento descriptivo) o bien, según el autor al conocer las circunstancias decisivas para el injusto, yerra sobre la prohibición de la acción (son hoy los elementos de valoración global del hecho) que Jescheck¹⁵ alude dividir lo descriptivo (los presupuestos de la valoración global del hecho) que pertenecen al tipo; de lo normativo (la propia valoración de conjunto) que pertenece a lo antijurídico y ello, para determinar cuándo es error de tipo y cuando de prohibición.

En el derecho penal económico, dada la construcción de tipos penales (dolosos generalmente); la técnica de legislar con elementos normativos y ley penal en blanco (hace más difícil) que un error de prohibición vencible conlleve siempre sanción (pena atenuada), hace que la doctrina se incline por la propuesta de convertirlo en error de tipo (así, si es vencible, se sanciona culposamente y, sino hay tipo culposo, no hay delito).

Welzel¹⁶ al referir al delito fiscal, desde el punto de vista dogmático fue el primero que ofreció un enfoque distinto. Vio en el fraude fiscal un delito de resultado. Para él, la pretensión tributaria del Estado, objetivamente existente, era el verdadero objeto del hecho del grade fiscal. Así, concebía el resultado justo en evadir el deber de tributar,

¹³ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de José Cerezo Mir, Montevideo, Ariel, 1964, 2001, pp. 180 y nota a pie 31.

¹⁴ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 132, 212 y 214.

¹⁵ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Comares, p. 264.

¹⁶ Welzel, Hans, *NJW*, 1953, p. 486 y ss., citado por Manfred Maiwald, *Conocimiento de lo ilícito y dolo en el derecho penal tributario*, trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 32-35.

y entonces, si alguien cree que no debe pagar impuestos, o sea, que no tiene el deber de tributar y no paga, y se le acusa de fraude fiscal, existe un error sobre un elemento del tipo objetivo; es decir, sobre el resultado y, como éste debe ser abarcado por el dolo, el error es de tipo y no de prohibición. Maiwald¹⁷ siguiendo la tesis original de Roxin¹⁸ retomó este debate para buscar sustentar sin éxito, que el error sobre el deber de tributar, es error de prohibición. El mismo Roxin¹⁹ ha dado la razón a Welzel.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 50-52, apoyado en la primitiva posición de Roxin, estima que el error sobre el deber de tributar es error de prohibición.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 225.

¹⁹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 464.