

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**El delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante  
cualificada para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**Marlon Branko Flores Villalobos**

**ASESOR**

**Eliu Arismendiz Amaya**

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

**Chiclayo, 2025**

**El delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante  
cualificada para garantizar la vigencia del principio de  
proporcionalidad**

PRESENTADA POR  
**Marlon Branko Flores Villalobos**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Elky Alexander Villegas Paiva  
PRESIDENTE

Fátima del Carmen Pérez Burga  
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya  
VOCAL

## **Dedicatoria**

A mi familia, especialmente a mis padres, quienes me alentaron y creyeron en mí siempre.  
A mi Papito, Mamina, abuelito Lutgardo y abuelita Magna, quiénes sé que desde el cielo me protegen y guían la senda que he de seguir.

Y a ti ANJ, porque me impulsaste y siempre confiaste en que lograría todo lo que me proponga.

## **Agradecimientos**

A mi maestro Eliu Arismendiz Amaya, pues su dedicación y empeño no solo me han dado conocimientos académicos valiosos, sino que me han motivado a aspirar a la excelencia y a no conformarme con menos de lo que puedo lograr.

A mis amigos, por haberme ayudado a ver el transcurso universitario con una sonrisa.

## El delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad

### INFORME DE ORIGINALIDAD



### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>hdl.handle.net</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>2</b>	<b>repositorio.usmp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>repositorio.ucv.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>tesis.usat.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>repositorio.uss.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>dspace.unitru.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>www.coursehero.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>8</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>9</b>	<b>repositorio.uladech.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>10</b>	<b>moam.info</b> Fuente de Internet	<b>&lt;1%</b>
<b>11</b>	<b>Belizario Quispe, Walter. "Afectación de los principios constitucionales por la prohibición de pena suspendida en delitos de agresión"</b>	<b>&lt;1%</b>

## Índice

<b>Resumen .....</b>	<b>6</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>8</b>
<b>Revisión de literatura .....</b>	<b>10</b>
<b>Materiales y métodos .....</b>	<b>20</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>31</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>32</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>33</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>39</b>

## Resumen

Este trabajo de investigación tiene como objetivo proponer una regulación legislativa para que los delitos cualificados por el resultado se conviertan en una circunstancia agravante cualificada. Por ello, el enfoque de esta investigación es de tipo cualitativo, pues primero se describen las características propias de los delitos cualificados por el resultado, como segundo punto, se explica cómo es que los delitos cualificados por el resultado vulneran el principio de proporcionalidad, para finalmente proponer legislativamente al delito cualificado por el resultado como agravante cualificada en la parte general del Código Penal para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad. Los resultados indican que, primero, las circunstancias agravantes cualificadas y los delitos cualificados por el resultado incrementan la pena; segundo, este tipo delictual vulnera el principio de proporcionalidad; tercero, a través de la propuesta legislativa se tendría un solo criterio para fijar la pena a imponerse, no dejándole libre arbitrariedad al legislador imponer la sanción que crea correcta.

**Palabras clave:** regulación legislativa, delito cualificado por el resultado, principio de proporcionalidad y circunstancia agravante cualificada.

### **Abstract**

The purpose of this research work is to propose a legislative regulation so that crimes qualified by the result become a qualified aggravating circumstance. Therefore, the approach of this research is qualitative, since first the characteristics of the crimes qualified by the result are described, as a second point, it is explained how the crimes qualified by the result violate the principle of proportionality, to finally legislatively propose the crime qualified by the result as a qualified aggravating circumstance in the general part of the Penal Code to guarantee the validity of the principle of proportionality. The results indicate that, first, qualified aggravating circumstances and crimes qualified by the result increase the penalty; second, this type of crime violates the principle of proportionality; third, through the legislative proposal there would be a single criterion for setting the penalty to be imposed, not leaving the legislator free to arbitrarily impose the sanction that he believes to be correct..

**Keywords:** crime qualified by the result, principle of proportionality and qualified aggravating circumstance.

## Introducción

El trabajo de investigación tuvo como propósito, siguiendo a De Luca (como se citó en Conti, 2023), no solo analizar un tipo penal poco estudiado por la doctrina y por la jurisprudencia nacional como son los delitos cualificados por el resultado (en adelante “DCR”), sino también se evaluó de qué forma estos tipos penales pueden dejar de vulnerar de manera evidente y permanente el principio de proporcionalidad.

Desde el punto de vista europeo, señaló Roxin (1997) que, antiguamente cuando se realizaba la comisión de algún hecho delictivo era totalmente irrelevante si el sujeto lo había hecho con dolo o culpa, bastaba meramente que el resultado producido haya sido causa de su propia acción, esto porque regía el principio *versari in re illicita*, a través del cual era suficiente solo que se cause un resultado para serle atribuido al autor del mismo, a esto se le denomina actualmente como “responsabilidad objetiva”; Roxin (1997) define a este tipo de delitos como aquellos en los que el autor inicia su acción con dolo, sin embargo, produce un resultado que puede ser imputado a título culposo o doloso.

Por su parte, el código penal español hasta antes de 1983 contenía el *versari in re illicita*, es decir, se respondía penalmente por el resultado fortuito, es decir, se responde objetivamente. Responder por la mera causación de un resultado resultó un problema, es por ello, que en 1983 se excluyó la responsabilidad por resultado fortuito, necesitándose para su configuración mínimamente la culpa. Asimismo, el último código de 1995 trata de eliminar todos los DCR y adopta el concurso ideal de delitos y el principio de absorción agravada, de esta manera el delito menos grave no quedaría impune frente al más grave (Polar, 2019).

En Sudamérica, Conti (2023) explica que actualmente en la legislación argentina también se contemplan los DCR en la parte especial de su Código penal; ejemplo de ello es lo señalado en el artículo 165°, referido al homicidio producido, así como también el inciso 4° del artículo 191° referido a la muerte causada por la acción de detener o entorpecer la marcha de un tren.

En el ámbito nacional, nuestro Código Penal de 1862 denota la presencia de DCR, donde es clara la presencia del *versari in re illicita*. Es después de expedido código penal de 1924 que se incorporó los delitos preterintencionales y, como consecuencia, a los DCR. Actualmente, nuestra legislación todavía incorpora este tipo delictual, generando confusiones, no solo para el operador del derecho al leer el Código, sino, errores que el mismo legislador comete al momento de la creación de delitos en la normativa Penal (Polar, 2019).

A modo de ejemplo, el artículo 305° del Código Penal (en adelante “CP”) que tiene la estructura de DCR tipifica el delito de contaminación agravada, donde se detalla que, si por el propio efecto contaminante se produce la muerte de alguien, la pena será de seis a diez años. Por otro lado, tomemos en cuenta la pena del artículo 106° del mismo cuerpo normativo, que regula el homicidio, que detalla como pena conminada de seis a veinte años. No hay que olvidar que, teniendo en cuenta que ambos tipos penales están tipificados como conductas dolosas (conforme lo establece el artículo 12° del CP); si esto es así, ¿es posible que un solo delito doloso tenga más pena que dos delitos dolosos juntos? O en otras palabras ¿es posible que el homicidio doloso (art. 106° del CP) tenga mucha más pena que la contaminación dolosa sumada al homicidio doloso (art. 305° del CP)?

Otra rasgo de la problemática es la referida a la mayor penalidad que brinda el legislador para dar mayor protección a determinados bienes jurídicos cuantificables monetariamente, frente a otros bienes jurídicos que tienen un nivel penológico menor y que tienen mucha mayor importancia constitucional que los primeros; se debe señalar que, al derecho penal se le confían bienes jurídicos de mayor valía para nuestra legislación, y el CP clasifica aquellas conductas que atentan contra dichos bienes jurídicos de forma sistemática, siendo el nomen iuris de esa clasificación donde se encuentra el bien jurídico tutelado. De esta forma, el título I del CP detalla los “Delitos Contra la Vida”, por tanto, el bien jurídico tutelado es la vida, y así sucesivamente con los demás títulos.

La forma más simple de ejemplificar lo mencionado en el párrafo anterior es realizando una comparativa entre el delito de homicidio calificado, como delito más dañoso que atenta contra la vida como bien jurídico, teniendo una pena máxima de treinta y cinco años, con el delito de robo con agravantes, delito que tutela el patrimonio como bien jurídico, teniendo como pena máxima la cadena perpetua. Teniendo presente lo anterior nos preguntamos ¿es posible que un delito contra el patrimonio tenga mucha mayor pena que un delito contra la vida? ¿trata de decir el legislador que más vale el patrimonio que la vida?

Por las consideraciones anteriores es que se propuso al DCR como una circunstancia agravante cualificada para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad. Para ello, se analizó al DCR como circunstancia agravante cualificada, así como se examinó la garantía y vigencia del principio de proporcionalidad desde la jurisprudencia, específicamente la establecida por el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) en el Expediente N° 003-2005-PI/TC.

Por ello, se formuló la siguiente pregunta: ¿De qué forma el DCR como circunstancia agravante cualificada garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad? De lo que

surgió la hipótesis: Si proponemos al delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada, entonces se garantizará la vigencia del principio de proporcionalidad.

En atención a todo lo expuesto, al ser un tipo penal antiguo y poco abordado doctrinariamente a nivel nacional e internacional resulta evidente establecer algunas pautas de interpretación de estos tipos penales, que podrían ayudar a sentar bases sólidas para la emisión de una primera jurisprudencia a nivel nacional, que ayude a diferenciar a los DCR de un delito preterintencional, y no tratar a estas instituciones como iguales tal y como lo hace el Acuerdo Plenario N° 03-2009/CIJ-116.

Asimismo, al lograrse evidenciar que los DCR vulneran el principio de proporcionalidad que rige cualquier estado constitucional de derecho, es que se planteó una incorporación legislativa en el Código Penal, para mermar el desequilibrio que genera este tipo de delitos en el cuántum de pena establecido en comparación con el hecho ilícito realizado, para lo que se explicó qué otras formas existen de elevar penalidad tan igual que un DCR, con la finalidad de que no se deje a la mera arbitrariedad del legislador establecer la pena tipo que, como hemos evidenciado, es incongruente.

### **Revisión de literatura**

Polar (2019) en su investigación de posgrado en la USMP plantea su investigación: “Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos”, quien concluye que conservar los DCR seguirá trayendo problemas interpretativos e innecesarios, pues podría solucionarse de manera pacífica a través del concurso ideal de delitos.

Esta tesis será de apoyo en el presente trabajo de investigación, ya que abarca en gran magnitud los DCR, ya que contiene antecedentes y bases teóricas respecto a la institución analizada. Sin embargo, a pesar de su utilidad para el presente trabajo, el autor determina la factibilidad la eliminación de los DCR, finalidad distinta a la que se busca plantear, ya que los DCR ya están presentes en nuestra legislación, y su eliminación total se vuelve algo de imposible cometido, por lo que es mejor realizar una propuesta legislativa para que no se produzca la vulneración al principio de proporcionalidad.

Yon (2016) en su trabajo de investigación de posgrado, enfocó su estudio a los delitos provenientes principalmente de accidentes de tránsito, arguyendo desarrolla un argumento de suma importancia, referido a que hay tipos penales en la parte especial en los cuales el legislador pone mayor importancia al desvalor del resultado, siendo un claro ejemplo los DCR.

Asimismo, esta tesis menciona de forma superficial pero precisa, la existencia del mismo punto que nosotros planteamos, referida a que los DCR tienen como característica esencial que agravan la pena por una conducta inicial dolosa e imprudente, que finalmente produce un resultado grave, razón por la cuál aumentan la penalidad; por ello, esta tesis contiene información para explicar la institución de los DCR en nuestro país.

Vásquez (2022) en su tesis de pregrado realizó un estudio exhaustivo de los delitos preterintencionales y no así a los DCR, sin embargo, igualmente en su desarrollo brinda también elementos sustanciales para nuestro trabajo de investigación, principalmente el hecho de que afirma que el DCR puede estar sujeto a imputación dolo-dolo, pues así se establece en el artículo 12 del CP.

Además, la tesis antes aludida desarrolla el principio de proporcionalidad de manera general, así como lo estudia de manera específica enfocada en el delito de aborto preterintencional para demostrar que la existencia del delito anteriormente aludido es innecesaria, vulneradora de los principios del derecho penal y que generaría casos de impunidad, por tanto, es que plantea la regulación de la figura de aborto culposo; esta tesis contiene información relevante para el desarrollo práctico del principio de proporcionalidad referida a la pena establecida para algunos delitos de la parte especial denominados DCR.

Morales (2017) en su tesis de pregrado, arriba a elementos teóricos importantes referidos a los delitos preterintencionales y los DCR, específicamente respecto al principio de proporcionalidad. Detalla que, el robo con muerte subsecuente resulta atentatorio contra el principio de proporcionalidad por cuanto los bienes jurídicos protegidos en este delito son de naturaleza pecuniaria o patrimonial, y no así el bien jurídico vida, razón por la cual la pena es totalmente desproporcional al penarla con cadena perpetua; compartimos el criterio anteriormente aludido, ya que cada tipo penal corresponde a un título denominado que contiene textualmente el bien jurídico tutelado en la clasificación de delitos que contiene, de este modo, el homicidio está dentro del título de delitos contra la vida, por lo tanto, el bien jurídico tutelado es la “vida humana”.

Torres (2018) en su investigación de pregrado para obtener el título de abogada en la USAT, plantea su investigación: “Conflicto en la Aplicación del Principio de Legalidad y los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad en la Determinación Judicial de la Pena en el Proceso Especial de Terminación Anticipada”, logra determinar la gran relevancia que engloba algunos de los principios del derecho penal, como el de proporcionalidad de las sanciones, que brindará soporte doctrinal respecto a los principios referidos en nuestro trabajo de investigación y su aplicación práctica.

Colchado (2023) en su tesis de posgrado, concluye que la pena incluida por el legislador en el delito de robo con muerte subsecuente se debió a la presión mediática, que trajo como consecuencia la imposición de la pena atemporal de cadena perpetua, infringiendo tajantemente el principio de proporcionalidad. La tesis anteriormente mencionada justamente abarca su investigación en uno de los DCR de mayor aplicación en nuestro país, señalando que la penalidad establecida en este tipo penal, tal como cuestionamos nosotros, es desproporcionada, por lo que nos ayudará a construir el marco teórico del presente artículo científico.

Silva (2021) en su investigación de posgrado en la UNFV en su investigación: “Incidencia de las Atenuantes Privilegiadas y Agravantes Cualificadas en la determinación judicial de la Pena”, señala que las circunstancias son hechos que giran alrededor del delito, y dentro de la clasificación de circunstancias se encuentran las cualificadas, que tienen la peculiaridad de agravar la pena básica, es decir, se aumenta el margen mínimo y máximo.

El criterio de Silva (2021) es claro y preciso, las circunstancias agravantes cualificadas son formas en las que el legislador ha decidido agravar la pena, pero no sobre una pena ya establecida o “pena concreta”, sino sobre el margen mínimo y máximo de la pena, es decir, si el delito de homicidio simple (art. 106° del CP) contempla una pena de seis a veinte años, esos veinte años, en caso de concurrir este tipo de circunstancia cualificada, se convertirá en el mínimo, por tanto, el margen máximo será mucho mayor al ya establecido y dependerá del tipo de circunstancia agravante cualificada para su medición.

Desde la perspectiva internacional, Jiménez (2013) en su tesis de posgrado, nos brinda información desde la óptica del país Chileno, donde tampoco existe una regulación de los delitos preterintencionales y DCR en la parte general del Código Penal Chileno, sin embargo sí están presentes en la parte especial; asimismo, la autora hace un análisis doctrinal acerca de ambas categorías delictuales, desde un enfoque internacional, por lo que será de gran utilidad para explicar este tipo de delitos desde el derecho comparado.

Plazas (2023) en su investigación de posgrado en la Universidad Santo Tomás plantea su investigación: “LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO”, mediante el cual se desarrolla los requisitos que debe tener una norma para que sea considerada fiel al principio de proporcionalidad; ayudará justamente a realizar un análisis del principio de proporcionalidad a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional colombiana.

### **Bases Teóricas**

### ***Etiología de los delitos cualificados por el resultado***

De acuerdo a Roxin (1997) y Villavicencio (2006), el derecho canónico adoptó el principio “*versari in re illicita*”, este principio consistía en que la persona con su actuar ilícito inicial se le imputaba el resultado final, lo haya querido (dolo) o si lo había previsto (culpa) o si ni siquiera se planteaba ese resultado fortuito, igual el sujeto respondía penalmente. Solo basta tu actuar ilícito inicial y cualquier resultado que se dé, no importando tu nivel subjetivo, se te será atribuido.

Según lo anteriormente descrito, en la antigüedad no existía diferenciación entre el DCR y el delito preterintencional, ya que solo importaba realizar el resultado final para ser atribuido el delito, independientemente si sea preterintencional o cualificado.

Bajo esa perspectiva que mantenía como iguales estas instituciones, según Polar (2019) es recién en el siglo XX, con la creación del Código Rocco (Italia) de 1930, que se introdujo el término “delito preterintencional”, donde el delito se iniciaba con dolo y el resultado final se asumía a título culposo o imprudente. Dejando para lo demás a los delitos de resultado (combinación dolo-culpa o dolo-dolo).

En conclusión, desde la vigencia del Código Rocco el tipo preterintencional y el DCR se tratan como tipos penales distintos e independientes.

### ***En el derecho comparado y nacional:***

En el derecho penal alemán, Roxin (1997) explica que los DCR son delitos que están bajo un sistema de conminación penal especial, que en el momento de ser realizados traen consigo un resultado posterior gravoso, indica también, que este tipo de delitos pueden tener dos combinaciones: dolo-culpa o dolo- dolo; asimismo, se habla de la realización de un peligro inherente al tipo básico, que de realizarse, según Heinrich & Weigend (2002), se agrava la pena; además, señala Jakobs (1997), que en este tipo de delitos el autor irrumpe en varios bienes jurídicos de la víctima, que erró sobre la medida de su lesión que inicialmente tenía prevista.

Ambos (2006), también jurista alemán, al hacer un estudio en el derecho comparado sobre esta institución establece que los DCR deberían derogarse, ya que estamos frente a una forma de responsabilidad objetiva, por lo que resulta mejor acudir al concurso de delitos.

En el derecho penal español, Martos (2012) señala que los DCR tienen dos momentos, el primer momento referido al primer delito que por sí mismo contiene un peligro típico inherente a su ejecución, que de realizarse el mencionado peligro (segundo momento),

entonces dicho comportamiento se castiga con una pena más grave, por ello habla de “injusto adicional”; estos dos momentos según Mezger (1958) lesionan distintas normas, por lo que son tipos compuestos; asimismo, Cardenal (1989) señala que para atribuir la pena elevada del DCR es necesario que se configure el resultado gravoso producto del hecho inicial.

En nuestro país, existe dos vertientes acerca de la existencia de los DCR; la primera vertiente suscrita por Peña Cabrera (2011), Villavicencio (2006) y Rodríguez (2023) quienes indican que se responde objetivamente por el resultado producido en el DCR, y en vez de recurrir a estas figuras en la parte especial debería aplicarse el concurso ideal de delitos; la segunda vertiente defendida por Bramont-Arias (2002), García (2008) y García (2019) señalan que es imposible responder objetivamente por un DCR, ya que en nuestra legislación ello está proscrito por el principio de culpabilidad, exigiéndose mínimamente la culpa para responder penalmente.

En lo referido a su forma de tipificación en el estatuto penal, el legislador, según Polar (2019), ha previsto los términos “durante”, “como consecuencia”, “se produzca”, “se causa” o “si por efecto” para cualificar el resultado final, resultado que deberá ser las lesiones graves o muerte de la víctima sobre la que recayó también el delito inicial; bajo este lineamiento afirmamos que los DCR tienen esa forma de tipificación.

A modo de ejemplo, encontramos DCR en el Código Penal, en los siguientes delitos: i) segundo párrafo del art. 128°, referido a la muerte por exposición a peligro de persona dependiente; ii) cuarto párrafo del artículo 129-H, que da pena de cadena perpetua cuando un menor muera producto de explotación sexual; iii) última parte del artículo 189°, que señala el robo con subsecuente muerte; iv) séptimo párrafo del artículo 200°, donde se pena la muerte de la víctima producto de actos extorsivos; v) última parte del artículo 305°, donde se pena la muerte producto de actividad contaminante.

Es preciso mencionar la clase de delito del DCR, ya que podría ser confundido con un delito de tendencia interna trascendente. De acuerdo a Martos (2012) en los DCR es posible aplicar la teoría de la imputación objetiva, señalando que entre la acción desplegada por el sujeto y el resultado producido debe existir un nexo objetivo que las una, de este modo, al haber una diferenciación entre el tiempo y espacio es que estamos frente a un delito de resultado.

Por otra parte, también es relevante explicar el aspecto subjetivo de los DCR; según autores como Rodríguez (2023) el segundo delito en el que incurre el sujeto en el DCR se imputa a título culposo; sin embargo, tal como explica Polar (2019), el resultado subsecuente más grave debe imputarse a título doloso, ya que el artículo 12 del Código Penal establece que

los delitos culposos deben tipificarse como tales en el mismo código, estableciendo un sistema *numerus clausus*; por tanto, como los DCR no tienen la “culpa” tipificada en los tipos delictuales, corresponde atribuir el resultado cualificando de forma dolosa.

### **Las circunstancias en la determinación judicial de la pena**

La dosimetría de la pena por parte del Juez no responde a una simple arbitrariedad o deseo, sino que se establece de manera sistémica, es decir, debe determinarse la clase de circunstancias de cada caso, y subsecuentemente, el sistema operativo a utilizar.

#### *Clases de circunstancias*

Es relevante mencionar la postura de Cancho (2017), quien menciona que no debe existir la clasificación “circunstancias genéricas” y “circunstancias específicas, ya que las denominadas” circunstancias específicas” no son circunstancias meramente, sino que son elementos constitutivos del tipo penal, es decir, es un elemento propio de un tipo penal autónomo, por lo que sería correcto denominarlo, por ejemplo, “robo agravado” y no “robo con agravantes”. Sin embargo, los hechos detallados en el “robo agravado” corresponden a hechos que circundan al delito, es decir, estos hechos no son parte del delito, es algo que está fuera (Prado, comunicación personal, 26 de agosto del 2021).

La primera clase, son las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, esta clase de circunstancias se encuentran reguladas en la parte general del Código Penal, que son determinantes para el cálculo específico de la pena dentro de los márgenes establecidos por el legislador para cada delito (Prado et al., 2015)

Subsecuentemente, Prado (2018) añade que estas circunstancias se aplicarán de manera condicional si es el que el tipo de la parte especial carezca de circunstancias agravantes específicas; además, todas estas circunstancias genéricas están presentes en el artículo 46° de cuerpo legal anteriormente referido. Del mismo modo, Aldea (2024) al sintetizar el Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116, explica que las circunstancias genéricas o comunes pueden operar con cualquier delito.

La segunda clase son las circunstancias específicas, este tipo de circunstancias se presentan solamente en la parte especial del Código Penal, específicamente acompañando o complementando a determinados delitos, y que su operatividad también se circunscribe dentro de los márgenes de la pena básica establecida por el legislador (Prado, 2018)

Al igual que el autor anterior, el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 también define qué es una circunstancia agravante específica, explicando que este tipo de circunstancias se encuentran inmersas en algunos delitos del Código Penal, es decir, es una serie de catálogo de

hechos que de realizarse agravarían el delito. Ejemplo de ello es el artículo 189° denominado “robo agravado”, donde se detalla una serie de circunstancias que agravan la pena.

La tercera clase de circunstancias son las agravantes cualificadas, que según Gómez (como se citó en Montes, 2004) denomina a este tipo de circunstancias como “fundamentos reales modificadores”, por los cuáles se alteran los límites del marco legal punitivo, esto es, disminuye o aumenta los límites mínimos, así como los máximos de la pena establecida para el delito, o, mejor dicho, crea un nuevo espacio punitivo.

Prado (2018) señala que este tipo de circunstancia es totalmente distinta a las anteriores, pues, mientras las anteriores se mueven dentro de la pena básica tipificada por el legislador, las agravantes cualificadas tienen como efecto modificar la pena básica o conminada; siendo un ejemplo claro la reincidencia o habitualidad.

### ***Determinación judicial de la pena***

El primer punto a explicar es la pena abstracta, denominada también “pena tipo”, “pena básica”, “pena conminada”, esta pena tiene como finalidad amenazar al ciudadano de a pie dando a conocer la pena de la que es plausible si es que comete un ilícito penal (Prado, comunicación personal, 26 de agosto del 2021).

Esta pena abstracta es la pena fijada por el legislador, en su extremo mínimo y máximo; es decir, cuando el legislador establece la pena conminada en el ilícito de homicidio simple (art. 106 CP) “de seis a veinte años”, ese marco punitivo fijado como extremo mínimo seis años y como máximo veinte es la pena abstracta, ese espacio de catorce años, es el marco que tiene el juez para decidir la pena concreta a imponer (Prado, comunicación personal, 26 de agosto del 2021).

Por otro lado, la pena concreta es la ya individualizada en el caso específico por el juez, es la pena que el condenado deberá de cumplir y que aparece fijada textualmente en la sentencia condenatoria (Prado, comunicación personal, 26 de agosto del 2021). Para determinar esa pena concreta deben seguirse el sistema operativo de tercios (art. 45-A CP) o el sistema escalonado que explicaremos subsecuentemente.

El sistema de tercios solo se utiliza en caso de concurrir circunstancias genéricas, específicamente las establecidas en el artículo 46° del estatuto penal, tal como lo establece el fundamento jurídico veinticinco del Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112.

El sistema a utilizar es el establecido en el artículo 45-A que detalla: i) se debe determinar la pena básica o espacio punitivo del delito, para dividirlo en tres partes; ii) nos ubicaremos en el primer tercio solo si hay circunstancias atenuantes, mientras que nos ubicaremos en el

segundo tercio si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, por último nos ubicaremos en el último tercio si solo hay circunstancias agravantes.

Prado (2018), al ver que el Código ya no establece más pasos, nos señala más pasos para llegar a la pena concreta: iii) dependiendo si tengo atenuantes o agravantes debo calcular el valor de cada una de ellas en función de la cantidad establecida en el catálogo del artículo 46° del CP y el tiempo establecido por cada tercio; iv) aplico el valor de la atenuante o agravante en el tercio utilizado para determinar la pena concreta o específica.

El sistema escalonado deberá utilizarse en caso de que en el hecho concurren circunstancias agravantes específicas, de conformidad con el fundamento jurídico veinticinco del Acuerdo Plenario N° 01- 2023/CIJ-112.

En estos casos, según Prado (2018), también debe establecerse cuánto vale cada agravante específica en el caso. De este modo, Aldea (2024) al esquematizar el Acuerdo Plenario N° 01- 2023, señala que para calcular dicho valor de la agravante se debe dividir la cantidad de años o meses de la pena básica entre la cantidad de agravantes específicas.

Subsecuentemente, se contabilizará desde el extremo mínimo y se le sumará el valor de cada agravante específica presente en el caso en concreto; además, el Acuerdo Plenario N° 01-2023 explica que puede establecerse el mínimo legal en caso de concurrir solo una circunstancia específica y cuando existan las situaciones del inciso 1 y 2 del artículo 45 del Código Penal.

Como ya señalamos anteriormente, el legislador ha previsto ciertas circunstancias bajo las cuales puede modificarse la pena establecida por este. De este modo, Prado (2018) explica el esquema operativo a utilizar en caso de concurrir este tipo de circunstancias: i) se deberá identificar el extremo máximo del tipo penal, y será este extremo el que marcará un nuevo mínimo; ii) si, por ejemplo, estamos en un caso de reincidencia, el nuevo máximo será un tercio adicional del extremo máximo que tenía inicialmente el tipo; iii) una vez identificado el nuevo marco punitivo, el Juez para calcular la pena concreta deberá utilizar el sistema de tercios o escalonado según el tipo penal en el que se encuentre.

### **El principio de proporcionalidad**

Castillo et al. (2022) explica de manera general que el principio de proporcionalidad tiene como naturaleza el entendimiento del desarrollo ilimitado del contenido constitucional del derecho fundamental, hasta que llegue a un punto en el que otro derecho se superpone al primero. Dicho conflicto entre dos derechos reconocidos se debe resolver haciendo prevalecer uno sobre el otro, y para ello es que existe el principio de proporcionalidad. La forma de aplicar este principio es a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y

proporcionalidad stricto sensu; si pasa todos estos subprincipios, entonces la medida restrictiva es proporcional.

Urquiza (2021) señala que este principio se encuentra tipificado en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, que consagra la razonabilidad y proporcionalidad al restringir derechos, que obliga al Estado democrático a crear parámetros que eviten la desproporción entre el derecho fundamental vulnerado y la norma que genera el daño desproporcionado; por tanto, se debe plantear la cuestión de si hay otra solución al problema, si otra rama del derecho puede encargarse de resolver el problema sin tener que llegar al extremo de imponer una pena (Urquiza, 2020).

De acuerdo a Castillo (2002), este principio en el Derecho Penal implica que debe existir una correspondencia equitativa entre la gravedad del delito y la sanción que se le impone, o entre la ilegalidad del acto y la pena asociada a él. En términos negativos, este principio implica la prohibición de establecer castigos penales o imponer penas que no guarden una relación adecuada con la gravedad del delito, ya sea cuando el conflicto en cuestión tiene una importancia mínima o cuando, a pesar de su gravedad, la afectación de los derechos resulta excesivamente desproporcionada en comparación con la gravedad del conflicto.

Asimismo, el TC detalla en el fundamento jurídico quinto del Exp. N° 01010-2012-PHC/TC acerca del principio de proporcionalidad que, significa una prohibición de exceso y la prohibición de defecto, respecto a esta última, se prohíbe que la pena no minimice la responsabilidad por el ilícito cometido.

Por otro lado, la Casación N° 145-2016-Cuzco explica que, el principio de proporcionalidad trata de equilibrar el injusto realizado y la pena atribuida, debiéndose cumplir con las finalidades de la pena, entendiéndose la finalidad preventiva, la protectora y resocializadora; en otras palabras, este principio es una prohibición de extralimitación, donde la pena o sanción a imponerse no sea menor ni mayor de lo que le corresponde al agente.

#### **Fundamentación del test de proporcionalidad:**

##### ***Idoneidad***

Para Clérico (como se citó en Rosas, 2019), la puesta en marcha de una medida pública con el objetivo de alcanzar un propósito específico puede restringir el ejercicio de ciertos derechos. En ese sentido, si una persona se ve obligada a soportar una limitación a su derecho, se espera mínimamente que dicha medida efectivamente contribuya a alcanzar el objetivo deseado. De lo contrario, las justificaciones para imponer esa restricción pierden validez. Es

en este punto en que entra a tallar el principio de idoneidad, como primer filtro del test de proporcionalidad.

Para Castillo (2019), cuando se hace referencia a la “idoneidad” de la medida se debe verificar dos presupuestos: i) la medida que restringe un derecho persiga un fin; y ii) la medida debe ser adecuada para lograr esa finalidad.

En palabras de Urquiza (2021), a través de la idoneidad se busca saber si el medio (amenaza penal) es apropiada para alcanzar una finalidad, o si, por el contrario, estamos frente a un medio irrazonable.

El primer paso para validar este subprincipio, es verificar si el fin perseguido es legítima, es decir, verificar que el fin no esté prohibido de manera expresa o implícita por la Constitución (Bernal, como se citó en Urquiza, 2021). Aunado a ello, Castillo (2019) incluye otro requisito, referida a que la finalidad debe ser socialmente relevante.

Además, Urquiza (2021) señala un precepto fundamental, referido a la comprobación empírica de la medida, menciona que solo debe evaluarse si la medida cumple o no la finalidad, solo debe verificarse empíricamente, en este punto no debe evaluarse si el medio es proporcional al derecho vulnerado, ya que la ponderación se estudia como tercer requisito del test.

### *Necesidad*

En lo referido a la “necesidad” como subprincipio, debe considerarse que el legislador al momento de concebir una norma debe tener presente que, en caso de intervenir en derechos constitucionales, debe buscar la lesión más ínfima a dicho derecho, procura ser lo menos severo posible. Es por esta razón que, al menos en el derecho Penal, se le denomina principio de subsidiaridad, intervención mínima y fragmentariedad (Urquiza, 2021).

Criterio que también es adoptado por el TC, en el fundamento jurídico sexto del Exp. N° 0030-2004-AI/TC, donde señala que no deberá haber otra medida igualmente efectiva y menos lesiva a los derechos constitucionales para alcanzar el objetivo deseado más que la misma interferencia en los derechos fundamentales para que sea considerada necesaria. Es decir, el legislador debió haber evaluado todas sus opciones, para subsecuentemente elegir la menos lesiva.

Sin embargo, hay ocasiones en las la pena es idónea, pero es excesiva respecto al bien jurídico que protege, siendo allí donde debe actuar el principio de necesidad, estableciendo un control para determinar cuál es el medio más idóneo.

### ***Proporcionalidad stricto sensu***

Según Rosas (2019), este principio consiste en una ponderación entre los principios iusfundamentales vulnerados por la conducta prohibida y la protección de bienes jurídicos que ameritan ser reforzados por la intervención legislativa.

Bajo esa misma línea, Castillo (2019) señala que este subprincipio analiza si la medida discutida tiene una relación razonable con la finalidad de dicha medida, es decir, si existe un equilibrio entre los beneficios de la medida y el menoscabo a cierto derecho constitucional.

También debemos mencionar lo ya explicado por el TC en el Exp. 0050-2004-AI/TC, para que dicha intrusión en el derecho sea válida, el grado de realización de la finalidad de esa intrusión deberá ser equivalente, para lo que deberá analizarse dos grados: i) el del cumplimiento de la finalidad de la medida cuestionada; y ii) el del menoscabo del derecho fundamental.

#### **Materiales y métodos**

De acuerdo a Escudero y Cortés (2018) el paradigma guía la investigación y la comprensión de los fenómenos sociales desde una perspectiva que enfatiza la subjetividad y la construcción social de la realidad, por tanto, el paradigma interpretativo estudia el significado de la acción humana y de la forma de vivir de la sociedad, buscando analizar exhaustivamente el conocimiento y comprensión de una realidad existente en la comunidad.

Debido a ello, el presente trabajo de investigación se ha desarrollado bajo un paradigma interpretativo, pues se analiza medios documentales para determinar cómo es tratado el DCR en nuestra legislación y porque su existencia vulnera el principio de proporcionalidad, teniendo como efecto penas desproporcionadas que serán utilizadas para personas que incurran en este tipo de delitos.

Según el enfoque, esta investigación es de tipo cualitativa, pues tiene como finalidad, primero describir las características propias de los DCR, y como segundo punto, explicar como el proponer legislativamente al DCR como agravante cualificada en la parte general del Código Penal respetaría la vigencia del principio de proporcionalidad, para lo cual se realizará una propuesta lege ferenda sobre este tema.

**Tabla 1**

Materiales utilizados en el presente trabajo de investigación

<b>Fuente</b>	<b>Localidad</b>	<b>Cantidad analizada</b>	<b>Razones</b>
Doctrina	Extranjera (Fuente europea principalmente)	8	<p>La doctrina alemana, italiana y española son las que desarrollan a profundidad los DCR.</p> <p>Dan una perspectiva del problema que involucran los DCR en nuestro país; sin embargo, no hacen un estudio exhaustivo de esta institución como la doctrina europea.</p>
	Nacional	15	<p>Asimismo, en lo referido al principio de proporcionalidad, nuestra doctrina sí desarrolla ampliamente este principio.</p> <p>Del mismo modo, respecto a la agravante cualificada, nuestro sistema legal tiene parámetros propios para desarrollar la pena, por lo que es la más idónea para desarrollar esta temática.</p> <p>Desarrollan desde la perspectiva de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, todo lo referido al principio de proporcionalidad, y el test de proporcionalidad.</p>
Jurisprudencia	Nacional	5	<p>Desarrollan desde la perspectiva de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional, todo lo referido al principio de proporcionalidad, y el test de proporcionalidad.</p>

Estas fuentes ayudaron a explicar desde la dogmática jurídico penal y constitucional las variables presentadas respecto al DCR como agravante cualificada y el principio de proporcionalidad.

Asimismo, según su posibilidad de aplicación es de tipo básica, ya que busca ampliar el conocimiento sobre un tipo delictual poco estudiado por la doctrina nacional como el DCR, utilizando conceptos esgrimidos por la doctrina internacional y adaptando la normativa actual a esta categoría delictual; asimismo, al tratarse de una propuesta legislativa no tiene un impacto inmediato en la realidad social, ya que para materializarse necesita ser debatido y aprobado dentro de una sesión del Congreso como representante del Poder Legislativo.

Este trabajo de investigación tendrá como sustento material bibliográfico nacional e internacional en su totalidad, que logrará evidenciar la problemática respecto a los DCR, y ayudarán fijar criterios para evitar excesos de estos delitos.

### **Resultados y discusión**

Es en este rubro, analizaremos los resultados y discusión de lo contenido en nuestro marco teórico, teniendo en cuenta los objetivos previamente establecidos en nuestro trabajo de investigación. Teniendo en cuenta ello, analizaremos al DCR como posibilidad de aplicación como una agravante cualificada, en base a lo establecido en doctrina nacional y extranjera, consecuentemente, examinaremos la garantía y vigencia del principio de proporcionalidad enfocado en el derecho constitucional y penal. Finalmente, propondremos que se convierta al DCR en una agravante cualificada para garantizar el principio de proporcionalidad.

En este apartado, se analizó al DCR, tomando en cuenta sobre todo doctrina nacional y extranjera para evaluar la aplicación de este tipo de delitos, ya no en tipos penales de la parte especial, sino su posible incorporación en una cláusula o artículo de la parte general en forma de agravante cualificada. Para ello, se interpretó la teoría del “injusto adicional” defendida por Martos (2012), explicando que al realizarse este tipo de delitos se realiza un injusto adicional al hecho realizado, por lo que corresponde agravar la pena; además, también señala que no se vulnera el principio de culpabilidad con este tipo de delitos, correspondiendo imputar el resultado a título culposo.

Asimismo, se revisó la tesis de Polar (2019), quien señala también que este tipo de delitos no vulneran el principio de culpabilidad o responsabilidad objetiva, pues ya existen estos principios que rigen nuestro sistema; sin embargo, a diferencia de Martos (2012), postula que este tipo de delitos en la legislación peruana solo pueden imputarse a título doloso, pues así lo establece taxativamente el artículo 12° del Código Penal.

Una vez establecido ello, corresponde determinar si la finalidad del DCR es incrementar la punibilidad, por realizar determinado resultado inherente al hecho base y habiendo analizado que, sus penas, en varios tipos penales, son desproporcionadas ¿qué otra forma puede haber de incrementar la punición de un hecho que constituya un DCR sin vulnerar el principio de culpabilidad? Sobre esta pregunta hemos concluido que lo más acertado sería una agravante cualificada, que constituye una figura que cumple el mismo objetivo, esto es, incrementar la pena.

Ahora, ¿qué son las circunstancias agravantes cualificadas? Como hemos explicado en el marco teórico, las agravantes cualificadas se caracterizan por crear un nuevo marco de punibilidad, en estos casos, la pena máxima inicialmente establecida por el legislador se convertirá en un nuevo mínimo, siendo el nuevo límite máximo el porcentaje adicional establecido por el legislador, esto es, un tercio más del nuevo mínimo, dos tercios más del nuevo mínimo, etc.

Si bien es cierto, no hay antecedente alguno que respalde dicha posición, sin embargo, sí existen antecedentes que justifiquen la finalidad de ambas instituciones. Sobre la finalidad de incrementar la punibilidad del DCR Polar (2019) en su tesis y Yon (2016) expresan que, en efecto, los DCR se caracterizan por tener mayor importancia en el desvalor del resultado, como consecuencia, se suele incrementar el nivel penológico en este tipo de delitos.

Además, sobre las agravantes cualificadas, siguiendo a Silva (2021) en su tesis de posgrado, estas se caracterizan por repercutir directamente sobre la pena abstracta, pues modifican el extremo mínimo y máximo, incrementándolos. Bajo esa perspectiva, afirmamos que las agravantes cualificadas tienen como finalidad incrementar el marco penológico sobre el cual se decidirá la pena concreta.

Sobre este último punto, Prado (2018) y el recientemente expedido Acuerdo Plenario 01-2023 coinciden con el resultado concluido, pues señalan que la finalidad de las agravantes cualificadas es crear una nueva pena conminada, fijándose un nuevo máximo superior al previamente establecido en el tipo penal, sobre el cual deberá hallarse la nueva pena concreta a imponer.

En consecuencia, es evidente que tanto los DCR y las agravantes cualificadas comparten la característica de incrementar punibilidad, como consecuencia, es posible que el efecto de los DCR pueda aplicarse en una agravante cualificada, lo que podría traer mejores beneficios que las penas desproporcionadas que se ven actualmente en nuestro Código Penal respecto a los DCR.

Por otro lado, se examinó la garantía y vigencia del principio de proporcionalidad en el derecho penal, tomando en cuenta la doctrina, pero sobre todo, jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional, donde desarrollamos el “test de proporcionalidad” con referencia a las penas establecidas en los DCR en comparación con los tipos penales que lo conforman, con la finalidad verificar si realmente cumplen dicho principio, o si por el contrario, vulneran la proporcionalidad de las sanciones.

Sobre el principio de proporcionalidad como garantía, Castillo (como se citó en Urquiza, 2021) señala que el TC indica que este principio es propio de un estado de derecho, ya que conforme a este principio existe una garantía de seguridad jurídica. Además, como señala Urquiza (2021), es a través de esta garantía dirigida al legislador principalmente que deberá imponer un margen punitivo idóneo en proporción al injusto penal realizado.

Debemos tener presente sobre la vigencia de este principio que, conforme a García (como se citó en Urquiza, 2021) el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que habla acerca del principio de proporcionalidad de las sanciones hace mención directa de lo mencionado en el párrafo 200° de la nuestra Carta Magna, donde se prevé el principio de proporcionalidad. Por lo anteriormente expuesto, el Código Penal está sometido por la vigencia del principio de proporcionalidad.

Teniendo presente que el principio de proporcionalidad es una garantía de un estado de derecho y se aplica extensivamente al Código Penal; se explicó este apartado en base al “test de proporcionalidad”, teniendo como referencia el análisis realizado por el TC en el Exp. 003-2005-PI/TC, donde se analizó si el cuántum penológico de algunos delitos, realmente cumplen con los tres subprincipios: i) idoneidad; ii) necesidad; y iii) proporcionalidad stricto sensu. Si pasa por estos tres filtros significa que la medida (pena), es totalmente proporcional al hecho cometido.

Respecto al principio de idoneidad, debe analizarse si el hacer uso del derecho penal, a través de la pena propiamente dicha, logra alcanzar la finalidad prevista para su creación, esto es, si sirve para prevenir la realización del hecho prohibido por la misma ley. Preliminarmente, hay que mencionar que, de conformidad con el artículo I y IX del Título Preliminar del Código Penal, las penas tienen una finalidad preventiva de delitos.

Ahora, sobre el sub-principio de idoneidad específicamente, el TC señala que debe tenerse en cuenta si el cuántum de la pena es realmente idóneo para prevenir las conductas restringidas por la ley penal. En ese sentido, debe determinarse si el cuántum penológico de los DCR es idóneo para reducir o prevenir la realización de hechos que atentan contra bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

**Tabla 2:**

Análisis de idoneidad de las penas de los DCR

<b>DELITO</b>	<b>PENA (en caso de muerte)</b>	<b>SUSPENSIÓN DE LA PENA</b>
Art. 189°: Robo agravado	Cadena perpetua	>5 años
Art. 305°: Contaminación agravada	Seis a diez años	>5 años

*Nota:* Adaptado de Código Penal Peruano vigente.

Como se evidencia, los DCR sí cumplen este primer subprincipio de idoneidad, pues la amenaza de privación de la libertad física, como sanción por realizar estos actos, contribuye a disuadir a los sujetos de realizarlas, de conformidad con el párrafo I y IX del Título Preliminar del CP. En consecuencia, el medio empleado (pena) sí contribuye a la tutela de bienes legítimamente amparados por la Constitución y las leyes.

En lo referido al subprincipio de necesidad, el TC en el Exp. 003-2005-PI/TC, en el fundamento jurídico 242° señala que deberá realizarse un análisis comparativo entre la pena impuesta y otras sanciones que el legislador haya considerado necesarias y suficientes para proteger bienes jurídicos similares. Solo si la pena impuesta resulta manifiestamente excesiva en comparación con estas otras alternativas, el Tribunal podrá declararla inconstitucional por vulnerar el principio de proporcionalidad.

Para analizar este presupuesto debemos recordar, que los DCR son la realización de dos hechos delictivos, unidos por un peligro típico inherente al tipo base, en el que el segundo hecho o el resultado será la vulneración de un bien jurídico mucho más valioso, siendo este bien jurídico específicamente el de la vida o la integridad; además, ambos hechos en el DCR son dolosos. Una vez explicado ello, hay que realizar una comparativa entre los DCR y los delitos contra la vida, para analizar el porcentaje de pena establecido para estos tipos penales.

**Tabla 3:**

Comparativa de las penas de los DCR y delitos contra el patrimonio y la vida

<b>Delito Cualificado por el resultado (dos hechos delictivos)</b>	<b>Penas</b>	<b>Delito contra el patrimonio</b>	<b>Delitos contra la vida- Homicidio (un hecho delictivo)</b>	<b>Penas</b>
Art. 189°: Robo agravado (robo con subsecuente muerte)	Cadena perpetua	Son 23 tipos penales, que en promedio tienen una pena menor a 10 años de pena privativa de libertad, con excepción del robo con agravantes y extorsión, que tienen una pena máxima de 20 años y cadena perpetua respectivamente.	Art. 108°: Homicidio Calificado	15-35 años
Art. 305°: Contaminación agravada (contaminación + muerte)	06-10 años		Art. 108-C: Sicariato	Tipo penal autónomo: 25-35 años

*Nota:* Adaptado de Código Penal Peruano vigente.

En este caso, no solo sucede que la pena impuesta excede a los que el legislador ha utilizado para proteger bienes jurídicos análogos (vida o patrimonio), como en el caso del robo con agravantes, sino que, también se evidencia una pena excesivamente baja en comparación a los delitos contra la vida. Aquí surge una duda, ¿Por qué la realización de un delito (contaminación) y muerte de una persona que se realizó por dolo (DCR) es inferior en su pena a la sola muerte de una persona por dolo? ¿No debería ser al contrario? La respuesta es afirmativa, evidentemente.

Asimismo, se evidencia que dentro de los delitos contra el patrimonio, la mayoría de delitos tienen en promedio una pena menor a 10 años, siendo el robo con agravantes y la extorsión la excepción a esta regla. De ello, podemos apreciar que la pena es totalmente desproporcionada en comparación a delitos que tutelan el mismo bien jurídico. Por esta razón, no se cumpliría el sub principio de necesidad.

Como consecuencia, gran parte de los DCR no cumplen tampoco el principio de necesidad, pues, a comparación de otros delitos que protegen bienes jurídicos análogos, no existe una pena equivalente entre los DCR y los delitos contra la vida. Es decir, gran parte de los DCR no cumplen el principio de proporcionalidad de las sanciones respecto a tipos penales que protegen la vida como bien jurídico.

Como tercer elemento, el TC señala que debemos analizar si el nivel de pena establecido para los DCR es proporcional, es decir, declarará la inconstitucionalidad del monto o cantidad de la pena en el caso de que el grado de protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal sea evidentemente de menor valor que el derecho que se verá afectado por la pena impuesta. Para ello, deberá analizarse dos supuestos: i) La gravedad del delito sancionado, a partir de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal; y, ii) La intensidad de la privación de libertad contemplada como pena.

Para explicar este apartado, debemos tener presente lo señalado por Arismendiz (2018), Salinas (2013) y Salinas (2015) referido a que los bienes jurídicos son aquellos establecidos dentro de la nomenclatura realizada por los constituyentes, es decir, por la propia forma de aparición sistémica dentro del Código Penal. A modo de ejemplo, el artículo 106° protege el bien jurídico “vida”, pues en el Título I que lo contiene se denomina: “delitos contra la vida (...).

Teniendo presente ello, debemos señalar a modo de ejemplo que, el delito de robo con muerte subsecuente, se encuentra tipificado dentro del título V denominado “delitos contra el patrimonio”, por lo que el bien jurídico objeto de protección en primer orden es el patrimonio. Además, un sector de la doctrina suele mencionar que es un delito pluriofensivo, sin embargo, tal como señala Salinas (2013), de conformidad con la ubicación de este delito dentro del Código Penal y el *animus lucrandi* es que el bien tutelado es el patrimonio netamente.

Por otro lado, debemos tener presente que el tipo penal que más se asemeja al robo con muerte subsecuente, es el de homicidio calificado, en su vertiente de homicidio por lucro, previsto en el inciso del artículo 108° del Código Penal. Este delito se encuentra previsto en el Título I del Código Penal, denominado “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, por lo que afirmamos que el bien jurídico tutelado es la vida.

**Tabla 4:**

Comparación de la pena del delito de robo con muerte subsecuente y homicidio por lucro

<b>Delito Cualificado por el resultado (dos hechos delictivos)</b>			<b>Delitos contra la vida-Homicidio (un hecho delictivo)</b>	
<b>Delito</b>			<b>Delito</b>	<b>Pena</b>
Art. 189°: Robo agravado (robo con muerte subsecuente)	Robo con	Cadena perpetua	Art. 108°: Homicidio Calificado	15-35 años

*Nota:* Adaptado de Código Penal Peruano vigente.

La pregunta que resume lo dicho por el TC a nuestro caso es ¿realmente es proporcional que un delito que tutela el patrimonio tenga pena de cadena perpetua? Como podemos observar en la tabla, el ilícito de robo con muerte subsecuente tiene una pena mucho mayor al delito de homicidio calificado, a pesar de que este delito protege, principalmente el patrimonio. Con la pena establecida por el legislador, se nos intenta explicar que para el constituyente tiene mayor valía el patrimonio que la vida de un ser humano. Esto se agrava si afirmamos lo que señala la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116, acerca de que la “muerte” en el delito de robo con subsecuente muerte debe imputarse a título “culposo”.

Tal como señala la CIDH en el caso “Niños de la calle vs. Guatemala”, el derecho a la vida es un derecho humano esencial, y su disfrute es necesario para poder ejercer todos los demás derechos. Si no se respeta, los demás derechos pierden su significado. Además, debe tenerse en cuenta que el ser humano tiene dignidad, que lo convierte en un ser único, irrepetible, sin distinciones, invaluable, a diferencia del patrimonio, que puede ser repetido o fabricado en masa con solo un valor monetario.

En ese sentido, los DCR tampoco cumplirían el sub principio de proporcionalidad stricto sensu, debido a que la pena de cadena perpetua es excesivamente elevada para un bien jurídico no tan valioso como es el patrimonio, en comparación con el delito de homicidio por lucro, que tiene una pena de quince a treinta y cinco años de pena privativa de libertad, en el que se protege el bien jurídico “vida”.

Esta postura es compartida por Morales (2017) en su tesis de pregrado, quien realiza una comparativa entre los bienes jurídicos tutelados por el delito de robo con muerte subsecuente y otros delitos contra la vida, concluyendo que se vulnera indefectiblemente el principio de

proporcionalidad, pues el legislador ha previsto una mayor protección al patrimonio como bien jurídico que a la vida.

Además, Colchado (2023) en su tesis de posgrado, también afirma que el robo con agravado vulnera el principio de proporcionalidad al tener penas excesivamente altas en comparación con otros delitos, además, logra determinar que es la presión social y mediática realizada al estado la que promueve el incremento de penas en este tipo de delitos, es decir, se incrementan las penas solo como medida populista.

De este modo, a pesar de que existe la garantía y vigencia del principio de proporcionalidad, al examinarse algunos de los DCR (contaminación agravada y robo con subsecuente muerte) a la luz del principio estudiado se evidencia que esta categoría delictual vulnera el sub principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, que conforman el principio de proporcionalidad, siendo en algunos casos una pena excesivamente alta en correspondencia con el hecho ilícito cometido, mientras que en otros casos la pena es ínfima en comparación al nivel de injusto realizado y el grado de reproche social que origina.

### **Propuesta Legislativa**

Como hemos desarrollado hasta ahora, se ha logrado establecer que los DCR en la gran mayoría de casos vulnera el principio de proporcionalidad, principio que busca una sanción acorde al hecho ilícito cometido, siendo en algunos casos una pena ínfima, mientras que en otros es excesivamente alta. Además, se ha logrado determinar otra forma de incrementar la pena como se busca hacer con la incorporación de DCR en el Código Penal, esta forma es la circunstancia agravante cualificada, la cual también busca incrementar el marco punitivo para sancionar al sujeto que realiza un ilícito. Es con esta última modalidad (circunstancia agravante cualificada) con la que se solucionaría el problema de la proporcionalidad, ya que existiría un único margen punitivo a aplicar en casos nos encontremos ante un DCR.

Por esa razón, la presente iniciativa legislativa tiene por objeto incorporar una nueva circunstancia agravante cualificada en la parte general del Código Penal, con el objetivo de que se garantice la proporcionalidad entre la pena impuesta y la gravedad del injusto penal cometido, sin quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas frente a la categoría delictual de los DCR.

El principio de proporcionalidad de las penas, establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, reza que la sanción penal debe ser proporcional al hecho delictivo. Este principio, según el TC en el Exp. N° 01010-2012-PHC/TC, implica que las penas establecidas por el legislador no deben ser tan altas, tanto que superen la propia

gravedad del hecho ilícito realizado, ni tan ínfimas que signifiquen una baja penalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos tutelados.

Por ello, proponemos que se establezca la agravante cualificada, debiendo incrementarse la pena en un tercio por encima de la pena máxima establecida en la pena típica del delito más grave, proporción tomada como referencia o integración las circunstancias agravantes cualificadas establecidas en el artículo 46-A, 46-C y 46-D, así como del delito masa establecido en el artículo 49° del Código Penal.

Además, ese tercio añadido a la pena máxima del tipo penal más grave no podrá en ningún modo superar los treinta y cinco años, pues esta es la pena máxima para delitos que protegen la vida. Además, solo se aplicará a casos donde concurra el dolo en el resultado y cuando exista una relación de peligro típica entre ambos delitos, propio de los delitos cualificados por el resultado.

Si bien es cierto, Polar (2019) en su tesis de posgrado y Vásquez (2022) en su tesis de pregrado, no señalan información que corrobore nuestra hipótesis, sin embargo, ambos autores, al igual que el presente trabajo de investigación, están de acuerdo con realizar una propuesta legislativa para tratar a los DCR y delitos preterintencionales respectivamente por los problemas que generan a nuestra legislación, específicamente por la contravención al principio de proporcionalidad.

En ese sentido, el legislador deberá incorporar al delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada en el Código Penal, para solucionar la problemática de desproporcionalidad en las penas y garantizar una sanción proporcional a la gravedad del delito cometido.

Por ello, se recomienda la siguiente estructura para tipificarse dicha circunstancia agravante cualificada:

“Artículo 46-F: En aquellos casos en los que, en un solo acto, dolosamente se produzcan lesiones graves o muerte de la víctima y concurra una relación de peligro típico entre ambos delitos, el juez aumenta la pena hasta un tercio del máximo legal fijado para el delito más grave, sin que en ningún caso supere los treinta y cinco años de pena privativa de libertad”.

Como se evidencia, la presente iniciativa legislativa busca incorporar una nueva agravante cualificada al Código Penal, con la finalidad de que la pena impuesta guarde proporcionalidad con la gravedad del delito cometido, con el nivel de reprochabilidad del agente y el nivel de afectación social. De esta manera, se evitará que la pena sobrepase la responsabilidad por el hecho, garantizando el respeto al principio de proporcionalidad de las penas.

## **Conclusiones**

1. Se evidencia que la categoría delictual denominada “delito cualificado por el resultado” no se encuentra regulada en el Código Penal expresamente, ni tampoco está previsto como una circunstancia agravante cualificada dentro del mismo cuerpo normativo.
2. Se advierte que, a pesar de que en nuestro ordenamiento se tenga la garantía y vigencia del principio de proporcionalidad, los delitos cualificados por el resultado vulneran este principio, siendo en algunos casos una pena excesivamente alta en correspondencia con el hecho ilícito cometido, mientras que en otros casos la pena es ínfima en comparación del nivel de injusto realizado y el grado de reproche social que origina.
3. Conforme se ha desarrollado, la falta de regulación del delito cualificado por el resultado, así como la discrecionalidad absoluta del legislador para crear este tipo de figuras, generan consecuencias gravosas en perjuicio del principio de proporcionalidad, lo que repercute en los derechos constitucionales del condenado o, en su defecto, en la credibilidad del sistema de justicia al imponer penas desproporcionadas al hecho ilícito cometido.

## **Recomendaciones**

1. Se propone que, el legislador incorpore expresamente a los DCR en el Código Penal como una circunstancia agravante cualificada, dado que actualmente no existe dicha regulación. Esto permitirá dotar de mayor claridad y coherencia al tratamiento penal de estos delitos. Así, se evitarían interpretaciones dispares en su aplicación.
2. Se postula que, una vez regulados los DCR como circunstancias agravantes cualificadas, existirá un marco punitivo único y adecuado, que garantice la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del hecho, evitando penas excesivas o ínfimas que afectan la justicia penal y la confianza ciudadana.
3. Al regularse al DCR como circunstancia agravante cualificada, que tenga como característica que en un solo acto entre dos delitos en los que concurra una relación de peligro típica, dolo homicida o de lesionar, se incrementará la pena en un tercio por encima del delito más grave. De esta manera, no existirá necesidad de que, a plena voluntad del legislador, se dicten marcos punitivos arbitrarios, pues ya existe un marco general en el que se incremente la penalidad de un hecho sin vulnerar el principio de proporcionalidad.

## Referencias

- Acuerdo Plenario N° 03-2009/CIJ-116 (Lima). (13 de noviembre de 2009). Corte Suprema De Justicia de la República: V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Jurisp/2010/Enero/08/AP-3-2009-CJ116.pdf>
- Acuerdo Plenario N° 02-2010/CJ-116 (Lima). (16 de noviembre del 2010). Corte Suprema de Justicia de la República: VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. <https://derecho.unap.edu.pe/jurisprudencia/acuerdo-plenario-n02-2010-cj-116/>
- Acuerdo Plenario N° 01-2008/CJ-116 (Lima). (18 de julio de 2008). Corte Suprema De Justicia de la República: IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y especiales. <https://img.lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2018/02/Legis.pe-AcuerdoPlenario-1-2008-Reincidenciahabitualidad-y-determinanci%C3%B3n-de-la-pena.pdf>
- Acuerdo Plenario N° 01-2023/CJ-112 (Lima). (28 de noviembre de 2023). Corte Suprema De Justicia de la República: XII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. <https://img.lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2023/12/Acuerdo-Plenario-01-2023-CIJ-112-LPDerecho.pdf>
- Aldea, P. (2024). Guía Esencial 88 Acuerdos Plenarios en Materia Penal. Jurista Editores Ambos, (2006). Preterintencionalidad y cualificación por el resultado Reflexiones desde el Derecho comparado. Indret. [https://indret.com/wpcontent/themes/indret/pdf/365\\_es.pdf](https://indret.com/wpcontent/themes/indret/pdf/365_es.pdf)
- Ambos, (2006). Preterintencionalidad y cualificación por el resultado Reflexiones desde el Derecho comparado. Indret. [https://indret.com/wpcontent/themes/indret/pdf/365\\_es.pdf](https://indret.com/wpcontent/themes/indret/pdf/365_es.pdf)
- Arismendiz, E. (2018). Manual de Delitos contra la Administración Pública. Instituto Pacífico

Bramont-Arias, L. (2002). Manual de Derecho Penal Parte General. EDDILI

Cancho, C. (2017). El Quantum del Dolor de la Pena e Imputación Penal. Editores del Centro

Castillo, J. (2002). Principios de Derecho Penal Parte General. Gaceta Jurídica

Castillo, L. (2019). Cuestiones Teóricas y Prácticas en torno al Hábeas Corpus. Gaceta Jurídica

Castillo et al. (2022). La Constitución Comentada (4ª ed., Vol. 4.). Gaceta Jurídica

Casación Penal N.º 145-2016. (Cuzco). (20 de junio del 2018). Corte Suprema de Justicia de la República: Primera Sala Penal Transitoria. <https://img.lpderecho.pe/wpcontent/uploads/2023/04/Casacion-145-2016-CuscoLPDerecho.pdf>

Cardenal, A. (1989). Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado. en Tomo XLII Fascículo 2. <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/issue/view/28>

Colchado, J. (2023). La Desproporcionada Sanción Penal en el Delito de Robo Agravado en la Décima Sala Penal Liquidadora Lima, 2022. [Tesis para obtener el grado de maestro, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/122821>

Conti, N. (2023). Delitos Cualificados por el Resultado en el Código Penal Argentino. Editorial BdeF

Constitución Política del Perú, art. 200

Decreto Legislativo N° 635, Código Penal. (08 de abril de 1991). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>

Escudero, C. & Cortéz, L. (2018). Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica. UTMACH.

<http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/12501/1/TecnicasyMetodoscualitativosParaInvestigacionCientifica.pdf>

García, P. (2008). Lecciones de Derecho Penal. Grijley

García, P. (2019). Derecho Penal Parte General. Ideas Solución Editorial

Heinrich, H. & Weigned, T. (2002). Tratado de Derecho Penal Parte General. Comares

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons

Jiménez, P. (2013). Delitos Preterintencionales. [Tesis de Maestría, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/151785>

Martos, J. (2012). Delitos cualificados por el resultado en el derecho penal español. BOSCH

Mezger, E. (1958). Derecho Penal. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.

Montes, M. (2004). ¿Cuánta es la pena?. Colombia. Ediciones Doctrina y Ley LTDA

Morales, M. (2017). El principio de proporcionalidad en el delito de robo con muerte o lesiones graves subsecuentes previsto en el último párrafo del artículo 189° del Código Penal Peruano. [Tesis para obtener título de Abogado, Universidad Nacional de Trujillo]. <https://dspace.unitru.edu.pe/items/cf07947b-e5d6-4a0da2a6-407bfe861d3c>

Peña Cabrera, A. (2011). Derecho Penal Parte General, Tomo I. IDEMSA

Plazas, I. (2023). LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO. [Tesis para obtener el grado de maestro, Universidad Santo Tomás]. <http://hdl.handle.net/11634/53705>

Polar, J. (2019). Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos. [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/4759>

Prado et al. (2015). Determinación Judicial de la Pena. Instituto Pacífico

Prado, V. (2018). Dosimetría del castigo penal. Editorial Ideas

Rodríguez, J. (2023). El tipo imprudente (Delito Culposos) (3ª ed.). Grijley

Rosas, J. (2019). Rasgos Esenciales de los Derechos Fundamentales y las Técnicas Argumentativas de Proporcionalidad y Ponderación. Gaceta Constitucional (139), 202-255. <https://bibliotecadigital.gacetajuridica.com.pe/info/tomo-n-139-gacetaconstitucional-00653651>

Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. CIVITAS

Salinas, R. (2013). Derecho Penal Parte Especial. (5ª ed.). Grijley

Salinas, R. (2015). Derecho Penal Parte Especial. (6ª ed.). Editorial Iustitia

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Niños de la calle vs. Guatemala” (Costa Rica). (19 de noviembre de 1999). Corte Interamericana de Derechos Humanos. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf)

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 01010-2012-PHC/TC (Lima). (22 de octubre de 2012). Tribunal Constitucional: Segunda Sala. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01010-2012-HC.html>

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 0030-2004-AI/TC (Lima). (02 de diciembre de 2005). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 0050-2004-AI/TC (Lima). (03 de junio de 2005). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional Exp N° 003-2005-PI/TC (Lima). (09 de agosto de 2006). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Exp-003-2005-PI-TCLPDerecho.pdf>

Silva, R. (2021). Incidencia de las Atenuantes Privilegiadas y Agravantes Cualificadas en la determinación judicial de la Pena. [Tesis para obtener el título de Maestro, Universidad Nacional Federico Villareal]. <https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/5235>

Torres, A. (2018). Conflicto en la Aplicación del Principio de Legalidad y los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad en la Determinación Judicial de la Pena en el Proceso Especial de Terminación Anticipada. [Tesis para obtener el título de Abogado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/1107>

Urquiza, J. (2021). Derecho Penal, Principios Fundamentales. Gaceta Jurídica

Urquiza, J. (2020). El principio de proporcionalidad en el ámbito penal. Revista Gaceta Penal & Procesal Penal (Tomo 134), 77-82

Vásquez, E. (2022). Fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal Peruano. [Tesis para obtener el título de Abogado, Universidad Nacional de Cajamarca]. <http://hdl.handle.net/20.500.14074/5450>

Villavicencio, F. (2006). Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley. Lima

Yon, R. (2016). Interpretación Constitucional de los Delitos Imprudentes: Con Especial Referencia al Tráfico Vial y al Artículo 124 del Código Penal. [Tesis de maestría,

Pontificia Universidad Católica del Perú].

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/146096>

## Anexos

<b>Línea de investigación</b>	Ordenamiento jurídico	
<b>Tema</b>	El delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad	
<b>Problema</b>	¿De qué forma el delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada garantiza la vigencia del principio de proporcionalidad?	
<b>TESISTA:</b> Marlon Branko Flores Villalobos		<b>ASESOR:</b> mgs. Eliu Arismendiz Amaya
<b>CATEGORÍAS CONCEPTUALES</b>	<b>OBJETIVOS</b>	
1. Delitos cualificados por resultado como circunstancia agravante cualificada 2. Principio de proporcionalidad	<b>GENERAL</b>	
	Proponer al delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad	
	<b>ESPECÍFICOS</b>	
	Analizar el delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada	Examinar la garantía y vigencia del principio de proporcionalidad
<b>HIPÓTESIS</b>	Si proponemos al delito cualificado por el resultado como circunstancia agravante cualificada, entonces se garantizará la vigencia del principio de proporcionalidad	
<b>APORTE</b>	Realizar una propuesta legislativa para que los delitos cualificados por el resultado no vulneren el principio de proporcionalidad	