

## **XVIII CONFERENCIA ANUAL DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE DERECHO Y ECONOMÍA (ALACDE) 2014**

### **Legislando para la tribuna: En estudio empírico sobre las políticas públicas empleadas en respuesta a la criminalidad en el Perú**

**Víctor Brian Quijano Miguel<sup>1</sup>**

*El crimen, como patología social, es una problemática que eternamente tienen que combatir las políticas públicas de cada país. Sin duda que el crimen en sí mismo ostenta una connotación económica, ya que si las ganancias son superiores al costo por ejercer la conducta y considerando la probabilidad de ser capturado, delinquir será un negocio rentable. La adecuación de las sanciones penales parece ser una forma idónea de desincentivar las conductas delictivas.*

*Sin embargo, precisamente la instauración de estas estructuras legales que reprimen el crimen pueden ser emulados de factores extraños a todo precepto de eficiencia, como lo es legislar para la tribuna, es decir a favor de la demanda social de justicia. En el Perú, un país que adolece de una severa falta de fortaleza institucional de los operadores de justicia, de políticas públicas y peor aún, de índices criminales que van en aumento, no es ajeno de ser pasible de ser analizado dentro de esta perspectiva.*

*Como veremos en este trabajo, legislar de esta forma genera otro tipo de externalidades y costos sociales que en lugar de favorecer a la ciudadanía generarían un efecto perverso, toda vez que las imprecisas y arbitrarias modificatorias a la ley penal sustantiva en el Perú, pueden incidir en la estructura de incentivos de los agentes criminales generando incluso mayores incentivos para delinquir en alguna otra modalidad.*

*Delitos que lesionan bienes jurídicos que tutelan el derecho a la vida; entiéndase el asesinato y el feminicidio, que protegen la indemnidad sexual; como el delito de violación sexual, y que tutelan la propiedad, referido al delito de robo agravado, serán de observancia para arribar a conclusiones reveladoras, respecto a la respuesta que el legislador peruano ofrece como la mejor opción posible para la represión de las mismas, encontrando como mejor y más fácil solución la técnica modificatoria de la agravación de las penas.*

---

<sup>1</sup> Estudiante. Especialidad en Derecho Corporativo. Investigador del Centro de Investigación de Derecho y Economía (CIDE) de la Universidad de San Martín de Porres (USMP).

*El presente artículo, busca revelar la correlación objetiva que existe entre el acontecer social y las modificatorias que inmediatamente se suscita sobre la ley penal, que como veremos, no confiere a ser una forma eficiente de legislar debido a los efectos contrarios que se producirían a partir de la distorsión en términos relativos que sufre el ordenamiento legal, que se pueden traducir en el influjo intensificador sobre la conducta criminal, cuando en realidad lo que se busca es desincentivar la misma.*

*JEL Classification D61, D62, H56*

## 1. Introducción.

*Las personas se convierten en criminales no porque sus fines difieran de los de otras personas, sino porque sus beneficios y costos son diferentes.<sup>2</sup>*

En la ciudad de Lima, actualmente existe una alta oferta de oportunidades de victimización respecto que vulneran bienes jurídicos que tutelan el patrimonio y la vida. La percepción general de los limeños en términos de seguridad parecer ser promovida por la falta de conjunción de esfuerzos de las agencias de criminalización secundaria (policía), percatándose además de que el crecimiento económico no acompaña a un auténtico crecimiento social (comportamiento de los individuos de acuerdo a su nivel cultural). ¿La teoría económica del crimen nos puede ofrecer herramientas para predecir estas conductas? Y si fuera así, ¿cuál sería el modelo más eficiente a emplear en nuestra ciudad? Preguntas que serán absueltas a lo largo de este trabajo utilizando el Análisis Económico del Derecho.

El presente trabajo busca a través de la extrapolación del fenómeno criminal a una situación de mercado, como ha sido planteada por la teoría económica, pero contextualizada para la realidad de la ciudad de Lima Metropolitana y en estricto bajo de la observancia de los delitos de homicidio calificado y robo agravado. La justificación de la elección de estos delitos tiene lugar por la relevancia en términos de costos sociales generados (patrimonio y vida humana) ante la demanda delictiva por los potenciales criminales (delitos menos costosos), y segundo, porque han sido objeto de varias modificaciones a través de propuestas legislativas que han buscado aminorar el volumen de comisión de los mismos y consecuentemente apuntar hacia el bienestar social.

Metodológicamente la investigación combina un análisis teórico que explique sobre un tablero determinado<sup>3</sup>, como es la ciudad capital peruana, sobre la peculiar comisión de estos delitos, y un estudio empírico que evidencie la segunda razón que justifica este trabajo, es decir que a pesar de las propuestas legislativas promovidas no se ha suscitado una variación en la estructura de incentivos del delincuente asociados a los delitos en mención, es más, el trabajo analizará a través del contraste de la data obtenida si es que se ha producido una distorsión en términos relativos de la ley penal sustantiva (penas): incremento efectivo de años en prisión y ampliación del tipo objeto de la figura típica.

El legislador peruano, y bajo preceptos básicos (*Public Choise*<sup>4</sup>), busca la maximización de la utilidad propia a expensas del beneficio colectivo, por ello la variación de la estructura de incentivos estará supeditada a la demanda social de justicia, esto es, al reclamo social ante el descontento generado por la inseguridad. De este modo, se concluirá este trabajo exponiendo, de evidenciarse la distorsión (o no), los efectos que podrían suscitarse con relación a una legislación “dirigida hacia la tribuna”.

---

<sup>2</sup> (BECKER, Gary; 1968)

<sup>3</sup> El presente trabajo combinará conceptos relacionada a la Teoría de los Juegos.

<sup>4</sup> La teoría del Public Choise que fuera desarrollada por James Buchanan (Premio Nobel en economía 1986).

## 2. Marco teórico.

### 2.1. Comportamiento racional.

Los individuos tienden a realizar determinadas conductas en el mercado en tanto que los beneficios percibidos sean mayores al costo incurrido (análisis costo-beneficio), por tanto tienden a maximizar su utilidad. Lo dicho, descansa sobre la premisa del supuesto de racionalidad que ostentan los individuos. A partir de esta prescripción, será posible la predicción del comportamiento. Sin embargo, la racionalidad puede verse limitada en tanto que el individuo (el delincuente en este caso) se vea afectado bajo el influjo de factores derivados de sesgos, prejuicios y anomalías, todas ellas relacionadas al proceso de cognición. El proceder del criminal no extraña a lo revelado, por cuanto este trabajo parte de la premisa de que el criminal es un ser racional que busca maximizar su beneficio en función a su valor esperado, entendido como la probabilidad de captura multiplicada por la magnitud de la pena.

El limeño promedio opta por una “salvaje” maximización de los recursos a costa de una serie de resultados no cooperativos, vale decir que nos encontramos normalmente ante interacciones modelizadas en juegos distributivos<sup>5</sup>. Sobre este mismo supuesto un criminal en Lima optará por la comisión del delito más “rentable” en tanto que factores como la especialización, habilidades, aversión al riesgo, probabilidad de detección y de ser sancionado. Aunado esto a la particularidad que en nuestra capital existe actualmente cerca de diez millones de habitantes<sup>6</sup>, viéndose sobrepoblada producto de una inmigración desde las provincias, además de una eventual centralización de la producción económica del país (desarrollo en infraestructura, tecnología y comercio), bajos índices de nivel educativo<sup>7</sup>, sociedad multiétnica, manifiesto rechazo a determinados grupos (discriminación), debilidad institucional, entre otras. Fortaleciéndose la característica del criminal en razón a las infinitas posibilidades de los pagos derivados de una conducta extralegal y por tanto configurándose una figura que nos permita concebir la racionalidad del criminal, porque ha internalizado la falta de respuesta del sistema de justicia criminal ante su conducta.

### 2.2. Mercado Criminal.

La interacción de potenciales agresores y potenciales víctimas, en tanto que los primeros ejerzan demanda de agresiones a bienes jurídicos tutelados (demanda de crímenes) y los segundos manifiesten oferta de oportunidades criminales (exposición al crimen), de modo tal que este modelo nos permite poder realizar predicciones sobre cómo víctimas y criminales interactúan,

---

<sup>5</sup> La ganancia de unos individuos depende de la pérdida de otros, lo cual se conoce como juego de suma cero.

<sup>6</sup> En la ciudad de Buenos Aires existe alrededor de seis millones de habitantes.

<sup>7</sup> Perú obtuvo puntajes bastantes lejanos al promedio, quedando en último lugar en todas las categorías; matemática, lectura y ciencias, según el último ranking PISA al 2013.

trasladando una situación de no mercado a una de mercado. El objeto de análisis debe centrarse en el sujeto activo de la interacción, para lo cual, la decisión de satisfacer sus necesidades va de acuerdo al valor esperado<sup>8</sup>, lo que puede representarse como:

$$VE(P) = p \cdot P$$

Donde VE (P) = valor esperado del crimen.

p = probabilidad de castigo.

p = valor del castigo.

Los criminales, en Lima Metropolitana, proceden a la comisión de actividades delictivas considerando ambos factores expuestos, recordando lo precisado en el numeral anterior (racionalidad) delinquir sería un negocio rentable en función a las oportunidades que se generen a partir de su conocimiento sobre la eventual conducta delictiva, en tanto que el coste de oportunidad de laburar es mayor al coste por delinquir. La sustitución de la decisión de obtener *mercancías* en un mercado legítimo hacia uno ilegítimo, es pues, la decisión más racional posible, en una sociedad en que la cultura de generar renta a partir del trabajo y el esfuerzo no es preferido en tanto que el individuo que carece de fortalecimiento en términos axiológicos perciba la apertura de oportunidades para cometer ilícitos que le reporten beneficios derivados del crimen (adquisición de experiencia y beneficios monetarios), promovido incluso con un ánimo de venganza social en respuesta a la eventual discriminación y marginación, subsumida a factores como: la baja condición económica, además de otras patologías originarias que implicaron la desviación del individuo desde su formación en el hogar (violencia familiar y falta de atención de los padres), escuela y formación en valores.

### 2.3 Sentido económico de las penas.

La internalización de los costes por delinquir, confiere a ser la función principal de las penas, las mismas que inhabilitan al delincuente, aislándolo de la sociedad de modo que se reprima su accionar para evitar la generación de mayores oportunidades de agresión y, al mismo tiempo, implican el mecanismo desincentivador de conductas tipificadas. Esta doble función de las penas se asocia directamente con el costo derivado de la decisión de delinquir, lo cual se traduce como (i) el daño directo causado a la víctima y, (ii) incremento de costos sociales referidos a la conducta criminal. El primero se refiere al detrimento patrimonial y/o la vida humana; mientras que el segundo se refiere a los costes de inversión en seguridad, protección, y otros costes derivados de la cautela de los bienes en peligro.

Entonces el sentido económico de las penas (al caso limeño) obedece a cómo el legislador interpreta la solución al fenómeno del crimen, utilizando las penas como mecanismo de disuasión y de castigo. Sobre esta premisa se construyen las intenciones legislativas que buscan

---

<sup>8</sup>(ROEMER, Andrés;2010)

reprimir la conducta delictiva, ampliando el tipo penal e incrementando el castigo elevando los años en cárcel (y reparación civil). Sin embargo, cuando existe un código que prescribe figuras delictivas, al momento de modificar dichos tipos penales, debe realizarse considerando a dicha conjunción de leyes penales como un sistema integrado y una estructura legislativa coherente. Esta labor del legislador debe considerar un verdadero análisis costo beneficio para obtener resultados eficientes<sup>9</sup>.

#### 2.4. Teoría de la Elección Pública.

*La teoría de la Elección Pública ha sido el vehículo a través del cual un conjunto de ideas románticas e ilusiones sobre el funcionamiento de los gobiernos y el comportamiento de las personas que gobiernan ha sido sustituido por otro conjunto de ideas que incorpora un mayor escepticismo sobre lo que los Gobiernos pueden hacer y sobre lo que los gobernantes harán, ideas que sin duda son más acordes con la realidad política que todos nosotros podemos observar a nuestro alrededor<sup>10</sup>*

La estructura de incentivos del legislador se inclina hacia la maximización de su utilidad personal a costa del bienestar social, lo que se condice con los motivos de los individuos que interactúan en el mercado político<sup>11</sup> (orientados por el poder), diferencia marcada con los agentes que interactúan en el mercado económico (obtención de rentas). Quiere decir que las iniciativas legislativas normalmente responden a preferencias particulares para satisfacer la demanda social de justicia por la captura de votos para la obtención de su insumo, el poder. Dicho esto, el legislador peruano no es ajeno a este fenómeno, desarrollado por la teoría, de tal manera que direcciona sus esfuerzos hacia la elección que le provea mayores pagos.

De acuerdo a la teoría desarrollada es que se formula las siguientes hipótesis:

- A) Hipótesis 1: Las opciones legislativas adoptadas no generan un efecto disuasivo en la futura comisión de actividades criminales respecto de los delitos analizados.
- B) Hipótesis 2: Las modificatorias a la ley penal sustantiva generan una distorsión en términos relativos, produciéndose efectos no deseados que incrementan los costos en la sociedad.

---

<sup>9</sup>La eficiencia en términos de Pareto, es desplazada por la eficiencia de Kaldor-Hicks, para el análisis de políticas públicas. Sin embargo, se recomienda el estudio realizado por Calabresi sobre movimientos y ampliaciones de la frontera paretiana y la compensación desde la óptica de Kaldor-Hicks (situaciones interpersonales)

<sup>10</sup>BUCHANAN, James. *La política sin romanticismos*. Conferencia del Centro de Divulgación de conocimiento económico.

<sup>11</sup>FRIEDMAN, Milton. El verdadero almuerzo gratis: Mercados y Propiedad Privada. Themis.

### 3. Análisis normativo.

#### 3.1. Modificatorias al Art° 108 del Código Penal (homicidio calificado: Asesinato).

**Artículo original:** *“Artículo 108.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años, el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

1. *Por ferocidad o por lucro.*
2. *Para facilitar u ocultar otro delito.*
3. *Con gran crueldad, alevosía o veneno.*
4. *Por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas”.*

i) Primera modificatoria:

Realizada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional.

ii) Segundamodificatoria:

Realizada por el artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001.

iii) Terceramodificatoria:

Realizada por el artículo 1 de la Ley N° 28878, publicada el 17 agosto 2006.

iv) Cuartamodificatoria:

Realizada por el Artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30 junio 2013, cuyo texto es el siguiente:

***“Artículo 108.- Homicidio calificado-asesinato (texto vigente)***

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

1. *Por ferocidad, por lucro o por placer;*
2. *Para facilitar u ocultar otro delito;*
3. *Con gran crueldad o alevosía;*
4. *Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.”*

Asimismo, se incorporó mediante el artículo n 2° de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013, el feminicidio como figura típica en el código (Art. 108-B), bajo el supuesto: *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal (...).*

### 3.2. Modificatorias al Art° 189 del Código Penal (Robo agravado).

**Artículo original:** *“Artículo 189.- La pena será no menor de tres ni mayor de ocho años, si el robo se comete:*

1. *Con crueldad.*
2. *En casa habitada.*
3. *Durante la noche o en lugar desolado.*
4. *A mano armada.*
5. *Con el concurso de dos o más personas.*
6. *En vehículo de transporte público de pasajeros que esté prestando servicio.*
7. *Fingiéndose ser agente de la policía, autoridad o servidor público o mostrando orden o mandamiento falso de autoridad.*

*En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo, y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso.”*

i) Primera modificatoria:

Realizada el Artículo 1 de la Ley N° 26319, publicada el 01-06-1994.

ii) Segunda modificatoria:

Realizada por el Artículo 1 de la Ley N° 26630, publicada el 21-06-96.

iii) Tercera modificatoria:

Realizada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad ciudadana.

iv) Cuarta modificatoria:

Realizada por el Artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001.

v) Quinta modificatoria:

Realizada por el Artículo 2 de la Ley N° 28982, publicada el 03 marzo 2007.

vi) Sexta modificatoria:

Realizada por el Artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 septiembre 2009.

vii) Séptima modificatoria:

Realizada por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013.

viii) Octava modificatoria:

Extremo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entrará en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente:

**"Artículo 189. Robo agravado (texto vigente)**

*La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:*

*1. En inmueble habitado.*

*2. Durante la noche o en lugar desolado.*

*3. A mano armada.*

*4. Con el concurso de dos o más personas.*

*5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*

*6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*

*7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*

*8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.*

*La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:*

*1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*

*2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.*

3. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*

4. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

*La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental."*

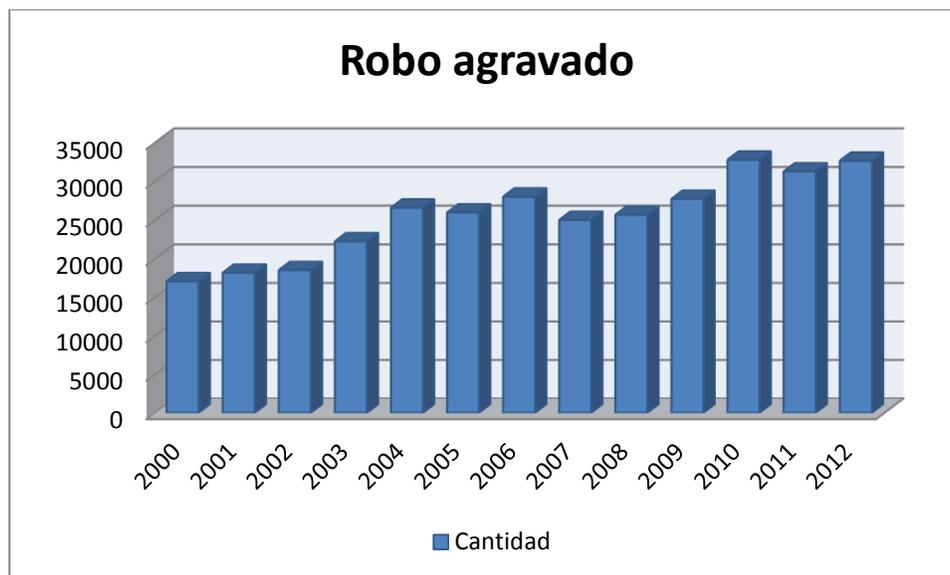
#### 4. Estudio empírico.

##### 4.1. Homicidio Calificado: Asesinato



En el año 2007 se presentó la tasa más alta de Asesinatos (831), sin embargo, la legislación sobre el acto típico, es decir su modificatoria, se realizó en octubre 2006, precedida de otras modificatorias en los años 1998 y 2001. Como se aprecia, a la fecha no se ha reducido la tasa de asesinatos, por ello ha procedido a una nueva modificación en el año 2013. Esta correlación tiene sentido con la demanda de actos delictivos publicados en medios de prensa y populismo punitivo, pues en el 2006 se presentaron graves atentados contra la vida que tuvieron alta conmoción social, principalmente en los meses de enero, marzo, abril y junio. Igualmente ha sucedido el año pasado en Lima, donde las noticias advierten un alza en inseguridad y que han motivado a otra intervención legislativa para con el acto típico.

#### 4.2. Robo Agravado.



A pesar de la intención por detener el crimen con la modificatoria al acto típico en el año 2001, esto no se logró, viéndose en todo caso, un aumento en la tasa de robos agravados. La demanda social por el incremento de robos, los cuales llamaron la atención de los medios de prensa y que incidieron contundentemente por rogar solución a los parlamentarios y a la policía. La siguiente modificatoria en el año 2009 pareciera haber causado un efecto inverso, pues desde el año 2010 la tasa de robos agravados creció exponencialmente, de 27,758 (2009) a 32,828 (2010). Este aumento se mantendría constante, siendo al 2013 la tasa de 32,690 actos criminales. Nuevamente se ha planteado otra modificatoria el año pasado para buscar que frenar este crecimiento de la tasa criminal.

#### 5. Conclusiones.

1. La progresiva opción legislativa basada en la adecuación de modificatorias a la ley penal sustantiva no ha sido un medio eficiente para disuadir futuras conductas delictivas, en particular, las referidas al tipo penal de asesinato y robo agravado, porque los esfuerzos del poder legislativo atienden al populismo punitivo -demanda social de justicia promovida por los medios de prensa- en lugar de generar desincentivos de los agentes criminales, con incidencia en el valor esperado de los mismos.

2. La distorsión en términos relativos es cierta, en tanto que, se evidenció que en cierta coyuntura histórica, existió una reducción en la comisión del delito de robo agravado, y a su vez un aumento

en la comisión del delito de asesinato. Esta muda de preferencias revela un efecto no deseado cuando se trató de legislar (modificar) sobre la ley penal. Asimismo, lo dicho se corrobora con la promulgación de las modificatorias, específicamente en los años 2006 y 2007. Por consiguiente la distorsión produce un incremento en los costos de autoprotección en distintos sectores de la población y además un costo directo que repercute sobre la vulneración de bienes jurídicos que amparan el derecho de propiedad (robo agravado) y el derecho a la vida (asesinato).

## 6. Referencias.

- BECKER, Gary (1974) *Crime and Punishment: An Economic Approach*
- MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LOPEZ, Juan (1998) *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*. Editorial Comares. Granada
- ROEMER, Andrés. *Economía del Crime*. Noriega Editores (2010).
- BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*. (1999)
- Base de datos del MINISTERIO DEL INTERIOR DEL PERÚ.
- Congreso de la República del Perú ( Modificatorias legislativas)