

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

**TESIS**

Principales consecuencias jurídico – penales al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentado por:

**DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**

Asesor

**M. Cs. Juan Carlos Tello Villanueva**

**CAJAMARCA - PERÚ**

**2018**

COPYRIGHT © 2018 by  
**DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **MAESTRÍA EN CIENCIAS**

### **MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

#### **TESIS APROBADA:**

Principales consecuencias jurídico – penales al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

Presentada por:  
DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE

#### **Jurado Evaluador**

M. Cs. Juan Carlos Tello Villanueva  
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

M. Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar  
Jurado Evaluador

M. Cs. José Luis López Núñez  
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2018



# Universidad Nacional de Cajamarca

## Escuela de Posgrado

### PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

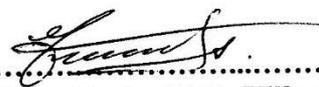
#### ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

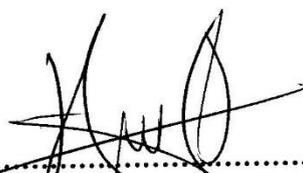
Siendo las 18:30 de la tarde del día 18 de diciembre de Dos Mil Dieciocho, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, y como integrantes del Jurado Evaluador, **M.Cs. HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR**, **M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**; en calidad de Asesor el **M.Cs. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**PRINCIPALES CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES AL RECONOCERLAS FACULTADES JURISDICCIONALES A LAS RONDAS CAMPESINAS**”, presentada por el **Bach. en Derecho DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

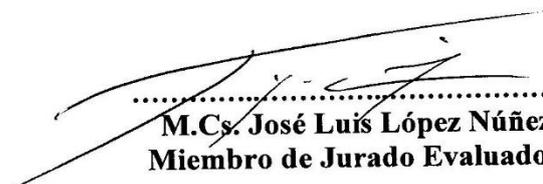
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de Distinto (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 20:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dra. María Isabel Pimente Tello**  
**Miembro de Jurado Evaluador**

  
.....  
**M.Cs. Juan Carlos Tello Villanueva**  
**Asesor**

  
.....  
**M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar**  
**Miembro de Jurado Evaluador**

  
.....  
**M.Cs. José Luis López Núñez**  
**Miembro de Jurado Evaluador**

V

A:

Juan y Francisca: mis padres, quienes son forjadores de toda  
mi formación personal y académica,  
a quienes les estoy eternamente agradecido y a quienes les  
debo todo.

Melissa, mi esposa, por su apoyo constante durante todos los  
años

Esta es la parte del mundo  
en que el piso se sigue construyendo.  
Los que allí nacimos tenemos una idea propia  
de lo que es el alma y de lo que es el cuerpo.  
Carlos Pellicer

Una alternativa es solamente factible si uno la  
busca.  
Franz J. Hinkelammer

## CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS .....	X
GLOSARIO .....	XI
RESUMEN .....	XIII
<i>ABSTRACT</i> .....	XV
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	4
1.1. Problema de Investigación.....	4
1.1.1. Contextualización o problemática .....	4
1.1.2. Descripción del problema .....	6
1.2. Formulación del problema .....	6
1.3. Justificación de la investigación.....	7
1.4. Objetivos.....	8
1.4.1. Objetivo general .....	8
1.4.2. Objetivos específicos .....	8
1.5. Delimitación de la investigación.....	9
1.6. Tipo de investigación .....	10
1.6.1. De acuerdo con el fin que se persigue .....	10
1.6.2. De acuerdo con el diseño de la investigación .....	10
1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan .....	11
1.7. Formulación de hipótesis .....	11
1.8. Métodos de investigación .....	11
1.8.1. Método deductivo .....	11
1.8.2. Método dogmático.....	12
1.8.3. Método exegético .....	12
1.8.4. Método hermenéutico.....	12
1.9. Técnicas de investigación.....	12
1.9.1. Fichaje o recolección de datos.....	12
1.10. Instrumentos de investigación .....	13
1.10.1. Ficha de registro .....	13
1.11. Estado de la cuestión .....	13
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO.....	15
2.1. Jurisdicción .....	15
2.1.1. Concepto.....	15
2.1.2. Potestad Jurisdiccional.....	17
2.1.3. Competencia .....	19
A. Formas de determinación de la Competencia.....	20
2.1.4. Jurisdicción Ordinaria Penal.....	22
A. Competencia Penal.....	24
2.1.5. Jurisdicción Comunal .....	27
A. Los Ciclos del Constitucionalismo Pluralista .....	28
B. Jurisdicción Comunal de las Comunidades Nativas y Campesinas .....	31
C. Los Derechos Humanos como límite .....	35

2.2. Rondas Campesinas .....	42
2.2.1. Concepto .....	42
2.2.2. Organización y administración de Justicia por parte de las rondas campesinas .....	45
2.2.3. Las Sanciones en las rondas campesinas .....	48
A. Naturaleza de las sanciones .....	48
2.2.4. Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas.....	55
A. Interpretación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú .....	55
B. Elementos de la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas .....	73
C. Elementos del acto jurisdiccional de la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas .....	77
D. Competencia de las rondas campesinas .....	80
E. Los Derechos Fundamentales como límite a la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas .....	89
2.3. Principales Principios que limitan el <i>lus Puniendi</i> .....	99
2.3.1. Principio <i>ne bis in idem</i> .....	99
A. Consideraciones generales del <i>ne bis in ídem</i> .....	99
B. Fundamento Constitucional .....	101
C. Naturaleza Jurídica .....	104
D. Contenidos esenciales del <i>ne bis in ídem</i> .....	116
E. La Triple Identidad .....	132
2.3.2. Principio de Legalidad .....	154
A. Concepto.....	154
B. Fundamentos del principio de legalidad.....	157
C. Vertientes del principio de legalidad .....	162
CAPÍTULO III CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	165
3.1. Forma de contrastación de hipótesis .....	165
3.1.1. Precisión sobre la forma de contrastación de la hipótesis.....	165
3.1.2. Procedimiento de contrastación de la hipótesis .....	166
3.2. Principio <i>ne bis in idem</i> entre la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas y la Jurisdicción Ordinaria Penal.....	167
3.2.1. Identidad de sujeto .....	168
3.2.2. Identidad de hecho.....	170
3.2.3. Identidad de fundamento.....	171
A. Subprincipio de idoneidad.....	173
B. Subprincipio de necesidad .....	175
C. Proporcionalidad en sentido estricto .....	178
3.3. Principio de legalidad en la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas .....	186
3.3.1. Fundamento Jurídico-Político.....	187
3.3.2. Fundamento Axiológico.....	188
3.3.3. Fundamento Jurídico Penal .....	190
CAPÍTULO IV FORMULACIÓN DE PROPUESTA .....	193
4.1. Propuesta doctrinaria respecto a la identidad de fundamento del principio <i>ne bis in ídem</i> .....	193
4.1.1. Fundamentos .....	193
4.2. Propuesta legislativa respecto a la competencia material de las rondas campesinas.....	195

4.2.1. Fundamentos .....	195
4.2.2. Fuentes .....	196
CONCLUSIONES .....	198
RECOMENDACIONES .....	201
1. De tipo teórico.....	201
2. De tipo práctico.....	201
LISTA DE REFERENCIAS.....	202
ANEXO .....	208

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi asesor, por su apoyo y colaboración en la realización de la presente investigación. A la Asociación de Derecho Penal y Criminología "*Ius Puniendi*" y a sus socios fundadores, de quienes soy parte, pues gracias a todas esas reuniones de estudio hicieron consolidar mi pasión por el Derecho Penal.

## GLOSARIO

**Ronda Campesina:** Organización que representan y estructura la vida comunal ejerciendo funciones de seguridad, justicia e interlocución con el Estado, garantizando la paz comunal.

**Jurisdicción Ordinaria Penal:** Especie de jurisdicción, mediante el cual el Estado a través del Ministerio Público y el Poder Judicial, realiza su misión de dirigir el proceso penal, desde su etapa de investigación hasta su etapa de juzgamiento.

**Jurisdicción Comunal:** Especie de jurisdicción, mediante el cual, las comunidades indígenas, campesinas y rondas campesinas, resuelven conflictos de acuerdo con su propio Derecho y marco cultural.

**Competencia:** Ámbito, esfera o campo, dentro del cual un órgano previsto de potestad jurisdiccional desarrolla válidamente sus funciones.

***Ne bis in idem material:*** Principio penal mediante el cual se pretende proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución o sanción penal, siempre que se trate de los mismos hechos, cometido por la misma persona y en base a un mismo fundamento.

**Principio de Legalidad:** Principio pilar del Derecho Penal, por un lado, constituye una garantía para los ciudadanos al permitirles conocer que conductas son delictivas y que sanciones recaen sobre ellas, y por otro, constituye un límite al *Ius Puniendi* del Estado, pues éste no podrá calificar una conducta como delito ni imponer una pena si ésta no está previamente establecida en la ley.

## RESUMEN

La presente investigación parte de la siguiente interrogante ¿Cuáles son las principales consecuencias jurídico-penales que se generan al reconocerles facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?, pues al otorgarles jurisdicción a las rondas campesinas, éstas tienen plena potestad a fin de resolver conflictos, trayendo dicho reconocimiento otras consecuencias, los mismos que aún no han sido tratados, los cuales versan sobre el principio *ne bis in ídem* y el principio de legalidad.

Para dar solución a la pregunta planteada se ha formulado la siguiente hipótesis; las principales consecuencias jurídico-penales que se generan al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas son: A. El respeto por parte de la Jurisdicción Ordinaria Penal al *ne bis in ídem* en su vertiente material y B. La vulneración del principio de legalidad penal por parte de la jurisdicción comunal de las rondas campesinas. Al contar las rondas campesinas con facultades jurisdiccionales tienen plena potestad de sancionar hechos delictivos, debiendo por lo tanto la Jurisdicción Ordinaria Penal respetar las soluciones dados a éstos, no pudiendo volver a investigar o sancionar un hecho que ya fue sancionado (*ne bis in ídem*), pero claro, siempre y cuando se logre verificar la triple identidad (persona, hecho y fundamento). Asimismo, la jurisdicción otorgada a las rondas campesinas vulnera el principio de legalidad, pues al no

estar establecido la competencia material que éstas tienen, no se da seguridad jurídica a las personas a fin de que conozcan previamente los delitos y sanciones que estas pueden imponer.

Para contrastar la hipótesis planteada se ha ideado una investigación de tipo básica y netamente cualitativa, la misma que tendrá en un primer momento un alcance descriptivo, dando a conocer las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, en un segundo momento tendrá un alcance explicativo, explicando los efectos que se generan al otorgarles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, y por último tendrá un alcance propositivo, elaborándose, en primer lugar, una propuesta doctrinal argumentativa en cuanto a cómo se debe analizar la triple identidad del principio *ne bis in ídem*, y en segundo lugar, elaborándose una propuesta legislativa expresada en la modificación de la ley de rondas campesinas en cuanto a la competencia material de éstas, utilizando para dicho fin la técnica de investigación de fichaje o recolección de datos, teniendo como correlato instrumental a la ficha de registro; dichos datos recabados han sido analizados de conformidad con los métodos de investigación jurídico, dogmático, exegético y hermenéutico.

**Palabras clave.** Jurisdicción Comunal. Jurisdicción Ordinaria Penal. Rondas Campesinas Principio *ne bis in ídem*. Principio de legalidad.

**ABSTRACT**

*The present investigation is based on the following question: What are the main legal-criminal consequences that are generated when jurisdictional powers are granted to the Peasants' Rounds?, because when granting jurisdiction to the peasant patrols, they have full power to resolve conflicts, bringing said recognition other consequences, the same ones that have not yet been treated, which are about the ne bis in idem principle and the principle of legality.*

*In order to solve the question posed, the following hypothesis has been formulated; The main legal-penal consequences that are generated when recognizing jurisdictional powers to the peasant patrols are: A. The respect by the Ordinary Criminal Jurisdiction to the ne bis in idem in its material aspect and B. The violation of the principle of criminal legality by the communal jurisdiction of the peasant patrols. When counting the Peasant Rounds with jurisdictional powers they have full power to sanction criminal acts, therefore the Ordinary Criminal Jurisdiction must respect the solutions given to them, not being able to re-investigate or sanction a fact that has already been sanctioned (ne bis in idem), but of course, as long as it is possible to verify the triple identity (ide person, fact and foundation). Likewise, the jurisdiction granted to the peasant patrols violates the principle of legality, since the material competence they have is not*

*established, there is no legal security for the persons in order to know previously the crimes and sanctions that they may impose.*

*To contrast the hypothesis, a basic and clearly qualitative research has been devised, the same one that will have a descriptive scope at first, making known the jurisdictional powers of the peasant rounds, in a second moment, it will have an explanatory scope , explaining the effects that are generated to jurisdictional powers to the peasant rounds, and finally will have a proactive scope, elaborating in the first place, an argumentative doctrinal proposal as to how the triple identity of the ne bis in idem principle should be analyzed, and secondly, a legislative proposal expressed in the modification of the law of rural rondas in terms of the material competence of these, using for this purpose the technique of research of acquisition or data collection, having as an instrumental correlate to the registration form ; said data collected have been analyzed in accordance with the methods of legal, dogmatic, exegetical and hermeneutical research.*

**Keywords.** *Community Jurisdiction. Criminal Ordinary Jurisdiction. Peasant Rounds, Principle ne bis in ídem, Principle of legality.*

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación está dirigida para establecer cuáles son las principales consecuencias jurídicas que se generan con el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, siendo estas, por un lado, el respeto por parte de la Jurisdicción Ordinaria Penal del principio *ne bis in ídem*, y, por otro, la vulneración del principio de legalidad.

Sin embargo, antes de dar solución a la problemática planteada, es necesario en un primer momento dejar establecido el aspecto concerniente a las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, al respecto hay dos posiciones muy marcadas, por un lado, están quienes establecen que las rondas campesinas no poseen facultades jurisdiccionales, pues éstos sólo son un órgano de apoyo<sup>1</sup>, ya sea a las comunidades campesinas o comunidades nativas; y por otro lado, están quienes manifiestan que las rondas campesinas si poseen jurisdicción<sup>2</sup>, pues no se les puede otorgar sólo una función como de “policía”. Teniendo en cuenta dichas posiciones, se asume que las rondas campesinas poseen facultades jurisdiccionales, llegando a dicha conclusión a través de la interpretación del artículo 149 de la Constitución, del análisis profundo tanto de la institución de la “Jurisdicción”, así como de los elementos que conforman a ésta.

---

<sup>1</sup> Así lo manifestaba Martha Chávez cuando se discutía la Constitución Política del Perú de 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 2000b, p. 3057-3058),

<sup>2</sup> Posición que fuera tomada por la Corte Suprema del Perú, pues mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2009 estableció que las rondas campesinas poseen facultades jurisdiccionales a fin de resolver conflictos.

Una vez establecida las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, se contrastó la hipótesis planteada, haciendo uso de los métodos; dogmático, exegético y hermenéutico; así, en un primer momento se contrastó el extremo de la hipótesis referida al principio *ne bis in ídem*, argumentando, doctrinaria y político criminalmente por qué la Jurisdicción Ordinaria Penal no puede volver a investigar o juzgar un delito que ya fue resuelto por las rondas campesinas. En un segundo momento se contrastó el otro extremo de la hipótesis, el mismo que versa sobre el principio de legalidad, y al igual que en el extremo anterior, se dotan de argumentos sólidos, respecto a la vulneración de tan importante principio dentro a la jurisdicción comunal de las rondas campesinas; los argumentos expuestos tienen la finalidad de optar por la posición más coherente desde el punto de vista dogmático y político criminal, llenando así el vacío doctrinal y legislativo existente en el medio.

Para ello, en el capítulo I, se establecen los aspectos metodológicos, los mismos que tratan de dotar de ese carácter investigativo que requiere toda investigación; en el capítulo II, se desarrolla el marco teórico, en el cual se han incluido las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que le dan sustento a la presente investigación, en el capítulo III, se contrasta la hipótesis, para ello, primero se contrasta la hipótesis referente al principio *ne bis in ídem*, analizando el principio en base a las tres identidades (hecho, persona y fundamento), argumentando de manera abstracta y concreta si es posible la concurrencia de la triple identidad; posteriormente se contrasta la hipótesis en el extremo del principio de legalidad, analizando si la jurisdicción de las rondas campesinas cumplen los fundamentos de principio de legalidad (fundamento jurídico – político, fundamento axiológico

y fundamento jurídico penal); en el capítulo IV se brindan los fundamentos para la formulación de la propuesta, en primer lugar, respecto a como se debe entender la identidad de fundamento dentro del principio *ne bis in idem*, y en segundo lugar, respecto a la competencia material de las rondas campesinas; por último, se brindan las conclusiones a las que se arriba después de haber desarrollado la presente investigación y las recomendaciones que se hacen al respecto.

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. Problema de Investigación

##### 1.1.1. Contextualización o problemática

Como se sabe, el Perú es un país pluricultural, un país en donde tanto la región andina y amazónica tienen sus propias costumbres, manifestándose estas también en su forma de administración de justicia, y es debido a esta situación que el Estado Constitucional de Derecho peruano no es ajeno, pues mediante el artículo 149 de la Constitución Política del Perú se reconoce facultades jurisdiccionales a las comunidades campesinas, comunidades nativas y a las rondas campesinas, denominada por la doctrina como Jurisdicción Comunal.

A nivel nacional existe consenso en afirmar que tanto las comunidades campesinas y nativas poseen Jurisdicción (Jurisdicción Comunal) a fin de poder resolver conflictos que se presenten dentro de su territorio<sup>3 4</sup>, lo cual, como ya se mencionó

---

<sup>3</sup> La Jurisdicción Especial (JE), como sistema de resolución de conflictos indígena/comunal que actúa de acuerdo a su propio Derecho y marco cultural, tiene las facultades y competencia que los pueblos y comunidades implicados quieran otorgarle. El reconocimiento legal (vía la Constitución y el Convenio 169) de la JE tiene como objeto evitar la colisión que ocurría entre el Derecho estatal y los Derechos indígenas/comunales. (Yrigoyen Fajardo, 2002, parr. 37)

<sup>4</sup> (...) la jurisdicción de las autoridades comunales, según el artículo 149 de la Constitución, es territorial y no personal conforme se deduce del artículo 18 del Código Procesal Penal de julio de 2004, en el que se estatuye que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución. (Hurtado Pozo & Du Puit, 2006, p. 235)

líneas arriba está recogido en el artículo 149 de la Constitución; sin embargo, la duda estaba puesta en establecer si se otorgaba facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, duda que fuera resuelta cuando la Corte Suprema de Justicia estableció –mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116– que las rondas campesinas poseen facultades jurisdiccionales (jurisdicción), puesto que, si ello no fuera así, se estaría negando la existencia de estas.

Sin embargo, el reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas trae algunos problemas, los mismos que no han sido desarrollados por la doctrina, pues estos únicamente se han dedicado a discutir si las rondas campesinas poseen o no jurisdicción, el mismo que ya ha sido resuelto, sin profundizar en otros problemas que pueden surgir, así, uno de estos es el referente al principio *ne bis in ídem*, pues si las rondas campesinas poseen facultades jurisdiccionales tienen plena potestad de sancionar hechos delictivos, debiendo por lo tanto la Jurisdicción Ordinaria Penal respetar las soluciones dados a éstos; sin embargo no todo resulta ser tan fácil, pues se hace necesario profundizar a fin de establecer si es posible que en todos los casos se tenga que respetar el principio *ne bis in ídem*.

Asimismo, otro problema que se presenta con el reconocimiento de jurisdicción de las rondas campesinas es la posible vulneración al principio de legalidad, siendo por lo tanto necesario, desde un punto

de vista dogmático y político criminal, llenar este vacío doctrinario y legislativo.

### **1.1.2. Descripción del problema**

El problema gravitante que se puede derivar de lo establecido líneas arriba, es que falta aún en nuestro ámbito jurídico desarrollar a profundidad el tema de las rondas campesinas y todas las consecuencias que trae el reconocimiento de sus facultades jurisdiccionales, pues los doctrinarios solamente se han preocupado en tratar de analizar la institución de la jurisdicción comunal, sin llegar a analizar todas las consecuencias jurídicas que acarrea, como por ejemplo, la vulneración del principio de legalidad, así como el respeto por parte de la Jurisdicción Ordinal Penal del principio *ne bis in ídem*, vacíos que se llenarán con el presente trabajo de investigación.

Es en base a lo descrito anteriormente que se formula la siguiente pregunta de investigación.

### **1.2. Formulación del problema**

¿Cuáles son las principales consecuencias jurídico - penales que se generan al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas?

### 1.3. Justificación de la investigación

Desde un ámbito doctrinario, la presente investigación resulta ser de suma importancia, pues, los doctrinarios sólo han tratado el tema de la pluriculturalidad enfocándose únicamente en la jurisdicción comunal de las rondas campesinas, no observando o estudiando las consecuencias que acarrea reconocer facultades jurisdiccionales a estas, así, aún no se ha puesto a reflexionar sobre un principio fundamental que se puede ver vulnerado, tal como es el principio de legalidad, asimismo, no se han puesto a analizar si la Jurisdicción Ordinaria Penal debería respetar el principio *ne bis in ídem*; observándose que es importante llenar estos vacíos, dotando a la doctrina nacional de argumentos sólidos en cuanto a las consecuencias jurídicas que acarrea reconocer facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, dilucidando y otorgando una visión clara y precisa sobre cómo se debería tratar el principio *ne bis in ídem* entre rondas campesinas y el Derecho Penal, así como un análisis profundo sobre el respeto a un principio fundamental del Derecho Penal, como es, el principio de legalidad.

Asimismo, la presente investigación resulta ser trascendental, pues llenará un vacío legislativo y doctrinario a la vez, el mismo que no ha sido abordado a profundidad hasta ahora, tal como es, la determinación de la competencia material de las rondas campesinas, siendo el desarrollo de tan importante institución jurídica trascendental, pues a través del mismo se podrá establecer de manera concreta que delitos puede sancionar las rondas campesinas, así como los que no; dotando así de uniformidad y coherencia tanto el ámbito doctrinario como legislativo de nuestro país.

Además, la presente investigación beneficia a la comunidad jurídica tanto local como nacional con el valor teórico que reviste al llenar un manifiesto vacío del conocimiento jurídico respecto a las consecuencias que genera el reconocer facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas; así, para los comuneros sería trascendental a fin de establecer cuál es su competencia material, es decir que delitos pueden resolver; para los jueces y fiscales sería muy importante a fin de que éstos respeten las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, no pudiendo imponer una doble sanción a un imputado, respetando, consecuentemente, los principios *ne bis in ídem* y legalidad; y a los abogados les serviría para poder resguardar los derechos que le asisten a toda persona. Observándose el aporte jurídico que se pretende dar con la presente investigación; teniendo en cuenta además que esta investigación sería el punto de partida para estudios posteriores sobre el tema, ya no solo dentro del ámbito penal, sino dentro de las diferentes áreas del Derecho.

#### **1.4. Objetivos**

##### **1.4.1. Objetivo general**

- a. Determinar las principales consecuencias jurídico-penales que se generan al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas.

##### **1.4.2. Objetivos específicos**

- a. Explicar el contenido de la jurisdicción comunal de las rondas campesinas.

- b. Analizar el contenido del principio *ne bis in ídem* y del principio de legalidad.
- c. Formular una propuesta doctrinaria en cuanto a la forma como debe entenderse la identidad de fundamento en el principio *ne bis in ídem*.
- d. Elaborar una propuesta de modificación legislativa en la ley de rondas campesinas (Ley N° 27908) en torno a la competencia material.

### **1.5. Delimitación de la investigación**

Temporalmente la presente investigación está delimitada a partir del año 1993, año en el cual entró en vigencia la Constitución Política del Perú, y espacialmente está delimitada a todo el ámbito nacional, pues al tratarse de una investigación dogmática su desarrollo no está ligado a un determinado ámbito geográfico, sino a todo el ámbito nacional.

Asimismo, la presente investigación ha quedado delimitada dentro de la rama del Derecho Penal, Procesal Penal y Constitucional, para ello se partirá del análisis de los diferentes dispositivos legales que regulan; la Jurisdicción Comunal, el principio *ne bis in ídem* y el principio de legalidad, así como la doctrina y el derecho comparado que se ha desarrollado respecto a ello.

## **1.6. Tipo de investigación**

### **1.6.1. De acuerdo con el fin que se persigue**

La presente investigación es de tipo básica, pues la finalidad es incrementar el conocimiento doctrinario sobre las consecuencias jurídicas que se generan al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas.

### **1.6.2. De acuerdo con el diseño de la investigación**

La presente investigación en un primer momento tendrá un alcance descriptivo, porque se dará a conocer las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, es decir de donde nace y cómo se presenta el problema, facilitando así un cierto nivel de entendimiento al problema. En un segundo momento tendrá un alcance explicativo, pues se explicará los efectos de reconocer facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, y por último tendrá un alcance propositivo, pues se elaborará, en primer lugar una propuesta doctrinal argumentativa en cuanto a cómo se debe entender la identidad de fundamento en el principio *ne bis in ídem*, y en segundo lugar se elaborará una propuesta legislativa expresada en la modificación de la ley de rondas campesinas en cuanto a la competencia material de éstas.

### **1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan**

La presente investigación tiene un enfoque netamente cualitativo, pues el problema de investigación establecido y la solución que se pretende dar al mismo se sustentan básicamente en la argumentación jurídica.

## **1.7. Formulación de hipótesis**

Las principales consecuencias jurídico-penales que se generan al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas son:

- A.** El respeto por parte de la Jurisdicción Ordinaria Penal al *ne bis in ídem* en su vertiente material.
- B.** La vulneración del principio de legalidad penal por parte de la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas.

## **1.8. Métodos de investigación**

### **1.8.1. Método deductivo**

Se empleó el método deductivo puesto que la investigación abarcó la problemática desde un plano abstracto, esto es, de modo genérico, lo cual permitirá –a posteriori– aplicar los resultados a casos particulares, dado que se ha abarcado el tema de las consecuencias jurídicas al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas en general, aplicando el resultado obtenido a cada caso concreto.

### **1.8.2. Método dogmático**

Se utilizó este método puesto que se analizó los textos normativos, como son el artículo 149 de la Constitución, artículo III del Código Procesal Penal y el artículo II del Código Penal, así como instituciones jurídicas (jurisdicción, competencia, principio *ne bis in ídem*, principio de legalidad), realizando calificaciones normativas a los diferentes hechos acaecidos.

### **1.8.3. Método exegético**

Mediante este método se desentrañó el sentido del texto expreso del artículo 149 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 18 del Código Procesal Penal.

### **1.8.4. Método hermenéutico**

Por este método se interpretó los distintos dispositivos legales que regulan las instituciones jurídicas de jurisdicción, principio de legalidad y principio *ne bis in ídem*, haciendo uso de los métodos de interpretación jurídica.

## **1.9. Técnicas de investigación**

### **1.9.1. Fichaje o recolección de datos**

Por esta técnica se revisó la documentación que se tiene a la mano, empezando por el estudio de la codificación, la doctrina y la jurisprudencia, consignando ciertos datos de libros o documentos en

una cédula, las mismas que sirvieron para sistematizar los contenidos de la investigación.

## **1.10. Instrumentos de investigación**

### **1.10.1. Ficha de registro**

Mediante estas se clasificaron todas las fichas que se obtuvieron, ya sean estas; bibliográficas (datos identificatorios de la bibliografía), de anotación (donde se registraron la información más relevante de las fuentes bibliográficas) y las de comentario (donde se anotaron las dudas que surge de la revisión de la bibliografía).

## **1.11. Estado de la cuestión**

No se encontró ningún antecedente directo de la investigación desarrollada, así en la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca hasta la fecha no existe trabajo alguno sobre el tema que es motivo de la presente investigación. Asimismo, en las diferentes universidades de la ciudad de Cajamarca como son; Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Universidad Privada San Pedro y en la Universidad Privada del Norte no existe trabajo similar a la presente investigación.

Entonces, al no existir ninguna fuente directa mediante la cual se haya analizado el problema planteado en la presente investigación, es necesario dar una solución al problema planteado.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Jurisdicción

##### 2.1.1. Concepto

“Etimológicamente, la palabra jurisdicción se deriva de dos palabras latinas: *jus* que significa derecho, y *discere* que significa decir, o sea decir el derecho” (Ascensio Romero, 2003, p. 46). Es decir, la jurisdicción es la potestad pública de conocer y fallar los asuntos conforme a la ley.

A través de la historia se han desarrollado tres sistemas mediante los cuales se trató de resolver conflictos, el primer sistema que se conoce es la autodefensa o autotutela, pues mediante el uso de la fuerza y la venganza se administraba justicia, esta forma de administrar justicia se originó en las sociedades primitivas.

También se lo conoce como autodefensa y es la primera en aparecer y se identifica como “una forma primitiva y egoísta de solución”, en la cual el más fuerte o el más hábil impone por su inteligencia, su destreza o su habilidad, su solución al contrario. Aquí, el litigio se resuelve no en razón de a quién le asista el Derecho, sino de quién es el más fuerte o el más hábil. (Ascensio Romero, 2003, p. 19)

Como segundo sistema está la autocomposición, mediante la cual las partes buscan solucionar sus controversias mediante el trato directo o negociación.

(...) las formas unilaterales de solución autocompositiva se dan cuando una de las partes en conflicto, sea el actor o el demandado (pretensor y resistente, respectivamente), viene a dar solución al conflicto mediante la renuncia o desistimiento en el caso del pretensor, o del allanamiento o sometimiento a la pretensión por parte del demandado.

La forma bilateral de solución autocompositiva se da cuando ambos litigantes deciden dar fin al conflicto mediante un pacto, convenio o transacción. (Ascensio Romero, 2003, p. 26)

Y como último sistema se tiene la heterocomposición, mediante la cual una tercera persona (elegida o no) resuelve un conflicto, este sistema nace a fin de evitar la autodefensa violenta y con el propósito de restablecer el orden social.

Así, tal como lo manifiesta Ascensio Romero (2003), en la heterocomposición la solución de conflictos pasó a ser una forma institucionalizada en la que dicho arreglo es dado por un tercero cuya principal característica es la de ser ajeno al conflicto y, desde luego, con capacidad reconocida por las partes o por el mismo Estado para solucionar la controversia.

Siguiendo a Ascensio Romero (2003), se puede establecer que tradicionalmente se aceptan como elementos de la jurisdicción; *notio*, por la cual el juez puede conocer el litigio; *vocatio*, mediante el cual el juez puede obligar a las partes a comparecer ante sí; *coertio*, por la que el juzgador puede imponer la coacción a fin de que sus mandatos sean fielmente cumplidos; *iudicium*, a través del cual se pone fin al litigio por medio de la sentencia, y, finalmente *executio*, por la cual se puede solicitar el auxilio de la fuerza pública para

obtener el cumplimiento de sus resoluciones, de manera que sus determinaciones no queden liberadas a la voluntad de las partes.

Al respecto, el profesor Carnelutti (1971), manifiesta que; “antes y a fin de decidir, se le hace necesario al Juez dictar órdenes, sin los cuales el proceso no se podría desarrollar; entra así en el ámbito de la potestad jurisdiccional, además de la potestad decisoria una potestad ordenatoria” (p. 97).

### **2.1.2. Potestad Jurisdiccional**

En palabras del profesor Montero Aroca (2003), “es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por los jueces y magistrados independientes, de realizar el Derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado” (p. 38).

La Jurisdicción emana del pueblo, el cual organizado constituye el Estado, pero este no puede administrar justicia por sí, es por ello la necesidad de que esta jurisdicción sea delegada, otorgando a ciertos órganos del Estado la facultad de administrar justicia, encontrándose dicha facultad regulada en la Constitución Política del Perú.

Como ya se dejó establecido, la Jurisdicción pertenece al Estado, pero el ejercicio de este, lo posee el Poder Judicial, quien a través de todos sus órganos jerárquicos administran justicia a nivel nacional

de acuerdo al artículo 138 de la Constitución; sin embargo el Poder Judicial no es el único órgano ungido de poder a fin de resolver conflictos, puesto que el propio Gobierno ha delegado dicha facultad a otras entidades, así se tiene la Jurisdicción Militar, (artículo 173 de la Constitución) por medio del cual los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar en los casos de delito de función<sup>5</sup>.

Por otro lado, también dicha potestad jurisdiccional, esta delegada en la Jurisdicción Comunal, (artículo 149 de la Constitución), en dicho artículo se establece que “las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el Derecho consuetudinario, siempre que no violen los Derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

---

<sup>5</sup> Al respecto, Arbulú Martínez (2014), establece que; entre las características básicas de los delitos de función, se encuentran las siguientes;

- A) En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan (...).
- B) En segundo lugar; el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad (...).
- C) En tercer lugar, que cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, lo haya realizado en acto de servicio o con ocasión de él. (pp. 163-164)

Dicho esto, se puede dejar establecido, que la potestad jurisdiccional ya no es solo función del Poder Judicial, tal como se estableció en sus inicios con la división de poder establecido por Montesquieu (1906), porque ya se ha sobrepasado esa barrera, otorgándoles potestad jurisdiccional a otros entes, tales como a los militares, comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas.

### **2.1.3. Competencia**

La competencia puede ser definida como el ámbito, esfera o campo, dentro del cual un órgano previsto de potestad jurisdiccional desarrolla válidamente sus funciones. En base a ello se establece que la jurisdicción es un concepto genérico, es decir, una potestad del juez; en cambio la competencia es un concepto aplicado al caso concreto; pues no todos los jueces pueden intervenir en cualquier litigio, sino solo en aquellos casos que la ley les permite.

Por otro lado, Montero Aroca y Juan et al. (2003), establecen que;

En efecto, recordemos que todos los órganos jurisdiccionales tienen atribuida constitucionalmente la potestad jurisdiccional, poseyéndola indivisa, es decir, en su totalidad, Ellos juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, actuando el Derecho objetivo. Pero por muy diversos motivos, entre los que descansan especialmente los de organización, por tanto en relación con la función, cada órgano jurisdiccional debe saber previamente, con base en unas determinadas reglas, en qué asunto va a actuar toda su potestad jurisdiccional. Dicho con otras palabras, siendo aquella potestad una, y estando atribuida en su totalidad y en exclusiva, es necesario proceder a un reparto o clasificación de la función de juzgar. (p. 214)

“La competencia es una expresión concreta de la jurisdicción, y es por ello que por razones prácticas y de carácter técnico advierten la necesidad de un fraccionamiento para proveer a una más adecuada administración de la justicia (...)” (Clariá Olmedo, 1996, p. 325), puesto que, sí la administración de justicia estaría solo ante una entidad, sería muy fácil caer en arbitrariedades, y muy difícil administrar justicia, por ello se hace necesario establecer a cada juzgador en qué casos ejercerá sus facultades, adecuando los requerimientos reales al servicio de la justicia.

## **A. Formas de determinación de la Competencia**

### **a. Competencia por materia**

Este criterio de competencia surge como consecuencia de la complejidad y especialización de la vida social moderna, que entraña, a su vez, la necesidad de una división del trabajo jurisdiccional.

La competencia material consiste en la distribución de los asuntos judiciales, según su clase o su gravedad, entre los distintos órganos de decisión judiciales (...) (Roxin, 2000, p. 28).

Esto a llevado a que en el Perú se creen; juzgados penales, civiles, laborales, etc, con el fin de otorgar una mayor

seguridad jurídica a la hora de administrar justicia en cada una de las ramas del Derecho.

**b. Competencia por grado**

Hablar de grados es hablar de jerarquías o niveles e importancia de los tribunales, así, el tribunal de primer grado es el que conoció el asunto por primera vez y dictó la resolución correspondiente; cuando la resolución dictada no es satisfactoria por una de las partes y la ley aplicable al caso establece medios de impugnación ordinarios, se está ante la posibilidad de recurrirla, por lo que la revisión del caso estará en manos de un tribunal de segundo grado (Ascensio Romero, 2003).

Cuando se hace referencia al grado, necesariamente se habla de instancia, puesto que se supone que un órgano superior está más capacitado, respecto de un órgano inferior, a fin de resolver un conflicto. En el ámbito penal, la jerarquía está dada por; los Juzgados de Paz Letrados, los Juzgados de Investigación Preparatoria, los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados, las Salas Penales de Cortes Superiores y la Sala Penal de la Corte Suprema.

**c. Competencia por territorio**

“Cuando se hace referencia a la competencia por territorio, implica la necesaria división de la responsabilidad jurisdiccional de acuerdo con la circunscripción territorial que le corresponda a cada juzgador” (Ascensio Romero, 2003, p. 59), por lo tanto, cada juzgador tendrá competencia sólo dentro del ámbito territorial que le ha sido asignado, además “la competencia territorial, consiste en la distribución de las tareas entre los distintos tribunales de la misma clase, espacialmente ubicados en lugares diferentes” (Roxin, 2000, p. 38).

**d. Competencia por cuantía**

La competencia por cuantía implica la importancia del interés económico en el asunto que se va a conocer, en el ámbito penal, esto especialmente se observa en los delitos contra el patrimonio, por ejemplo, si un hurto no supera una remuneración mínima vital, el Juez competente para conocer dicho asunto es el Juez de Paz letrado, y no así el Juez Unipersonal.

**2.1.4. Jurisdicción Ordinaria Penal**

La jurisdicción penal se encuentra regulada en el artículo 16 del Código Procesal Penal, en este se establece que la potestad jurisdiccional se ejerce por: la Sala Penal de la Corte Suprema, las

Salas Penales de las Cortes Superiores, los Juzgados Penales (unipersonales o colegiados), los Juzgados de Investigación Preparatoria y por los Juzgados de Paz Letrado.

Es una especie de la jurisdicción, en cuya virtud el Estado a través de los juzgados y salas del Poder Judicial, (...) realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de las infracciones punibles e imponiendo las sanciones penales, siempre que se haya ejercitado la acción. (San Martín Castro, 2015, pp. 141-142)

La jurisdicción ordinaria penal es definida como “la facultad que tiene el Estado de administrar justicia, para someter a procesos conductas humanas expresadas en faltas y delitos” (Arbulú Martínez, 2014, p. 159).

Sin embargo, existen tres modalidades de infracciones punibles que no son de conocimiento por la Jurisdicción Ordinaria Penal, así lo ha establecido San Martín Castro (2015) quién manifiesta que estas tres modalidades;

[D]an lugar a la [...] configuración de tres jurisdicciones penales especiales o especializadas según el caso:

Jurisdicción militar. Encargada del conocimiento de los delitos de función cometidos por militares y policías en actividad (artículo 173 de la Constitución, Ley n.º 29182, de 01-01-08 – Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial–, y D. Leg. n.º 961, de 11-01-06 -Código de Justicia Militar Policial).  
Jurisdicción tutelar de adolescentes. Encargada del conocimiento de los delitos y faltas cometidos por adolescentes, conforme al Código de los Niños y Adolescentes (Ley n.º 27337, de 07-08-00). Forma parte del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria, e integra un orden jurisdiccional de Familia.

Jurisdicción indígena o comunal. Encargada del conocimiento de los hechos punibles que se perpetren dentro del ámbito territorial de las comunidades campesinas y nativas. Así estatuye el artículo 149 de la Constitución, norma suprema que sin embargo todavía no ha sido desarrollada legalmente. Se organiza autónomamente, al margen del Poder Judicial Organización. En el caso de las rondas campesinas, la Corte Suprema ha considerado que sus actuaciones, bajo determinados presupuestos y sujetas a puntuales límites, son expresión de esta Jurisdicción (Acuerdo Plenario n.º 1-2009-CJ/116, de 13-11-09). (p. 145)

## **A. Competencia Penal**

La competencia penal, se encuentra regulada, a partir del artículo 19 hasta el artículo 30 del Código Procesal Penal, regulando tanto la competencia objetiva, funcional y territorial.

### **a. Competencia por territorio**

“La ley asigna a los tribunales una circunscripción territorial para que ejerzan la jurisdicción con respecto a todas las causas que se susciten dentro de ella” (Clariá Olmedo, 1996, p. 346). En el ámbito nacional, la regla primordial para establecer la competencia territorial se da por el lugar donde se cometió el hecho delictuoso; sin embargo también se han establecido otras reglas a defecto de lo establecido líneas arriba, dichas reglas son subsidiarias en la competencia penal territorial las cuales sólo tienen vigencia cuando se ignora el lugar de la comisión o existe duda sobre él, así, el Código Procesal Penal ha establecido como otras reglas la siguientes; a) el último acto en caso de tentativa, b) el cese de la continuidad o la permanencia del delito, c) por el lugar

donde se produjeron los efectos del delito, d) por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito, y e) por el lugar donde domicilia el imputado.

#### **b. Competencia por grado**

“Aquí opera la jerarquía, como elemento objetivo, y determina una competencia funcional distribuyendo las facultades o competencias a cada órgano jurisdiccional” (Arbulú Martínez, 2014, p. 173). De acuerdo con el Código Procesal Penal, la competencia funcional está distribuida de la siguiente forma; la Sala Penal de la Corte Suprema conoce entre otros asuntos el recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, pero en los casos previstos por la ley<sup>6</sup>.

Por otro lado, las Salas Penales Superiores resuelven distintos supuestos, entre el más importante se encuentra conocer el recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la ley, expedidos por

---

<sup>6</sup> Artículo 26 del Código Procesal Penal. Compete a la Sala Penal de la Corte Suprema 1. Conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos en la ley. 2. Conocer de recursos de queja por denegatoria de apelación. 3. Transferir la competencia en los casos previstos en la Ley. 4. Conocer de la acción de revisión. 5. Resolver las cuestiones de competencia previstas en la Ley, y entre la jurisdicción ordinaria y la militar. 6. Pedir al Poder Ejecutivo que acceda a la extradición activa y emitir resolución consultiva respecto a la procedencia o improcedencia de la extradición pasiva. 7. Resolver la recusación planteada contra sus Magistrados. 8. Juzgar en los casos de delitos de función que señala la Constitución.

los jueces de investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales–.<sup>7</sup>

### c. Competencia por materia

En este ámbito, los Juzgados Penales Colegiados, que son integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan como pena privativa de libertad mínima mayor a seis años, y los Juzgados Penales Unipersonales, conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los juzgados penales colegiados<sup>8</sup>.

Por otro lado, “el Juez de la investigación preparatoria tiene la función de controlar la investigación, atender la afectación de un derecho fundamental y prestar tutela cuando lo requieran” (Neyra Flores, 2010, p. 274), el Juez en esta etapa, actúa a solicitud de cualquiera de las partes, cuando éstas requieren una decisión jurisdiccional.

---

<sup>7</sup> Artículo 27 del Código Procesal Penal. Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores, 1. conocer el recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la ley, expedidos por los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales–. 2. Dirimir las contiendas de competencia de los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales– del mismo o distinto Distrito Judicial, correspondiendo conocer y decidir, en este último caso, a la Sala Penal del Distrito Judicial al que pertenezca el Juez que previno. 3. Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia. 4. Dictar, a pedido del Fiscal Superior las medidas limitativas de Derechos a que hubiera lugar. 5. Conocer del recurso de queja en los casos previstos por la Ley. 6. Designar al Vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como Juez de la Investigación Preparatoria en los casos previstos por la Ley, y realizar el juzgamiento en dichos casos. 7. Resolver la recusación planteada contra sus Magistrados.

<sup>8</sup> Funcionalmente, compete a los Juzgados Penales Unipersonales o Colegiados lo siguiente: a) Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que conforme a Ley deban conocer, b) Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento.

Por último, los Juzgados de Paz Letrados conocen los procesos por faltas, los cuales pueden ser, por ejemplo, las faltas contra el patrimonio, faltas contra la persona, entre otras.

### **2.1.5. Jurisdicción Comunal**

La Jurisdicción comunal se encuentra regulada en el artículo 149 de la Constitución, mediante dicho artículo, las comunidades campesinas y nativas pueden resolver conflictos de acuerdo con su costumbre, dentro de un ámbito territorial establecido, sin que ello conlleve a la vulneración de los Derechos fundamentales de la persona.

Al respecto, de acuerdo con Pena Junca (s.f.), es necesario establecer qué;

(...) se ha pensado tercamente que el Estado es el único ente que produce Derecho y que administra tal Derecho a través de sus Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin admitir que aquello que hacen los quechuas, aymaras, shipibos, aguarunas o ashánincas, o los ronderos campesinos, a través de sus organizaciones comunales o familiares, es lo mismo, es decir, que éstos también producen y administran Derecho. (parr. 2)

Lo dicho guarda relación con la regulación del artículo mencionado líneas arriba, pues así el sistema judicial peruano reconoció el pluralismo jurídico<sup>9</sup> que siempre había existido, pero había estado

---

<sup>9</sup> Pena Junca (s.f.) establece que; se suele hablar de dos tipos de pluralismo jurídico: el denominado Pluralismo Jurídico Clásico y el también denominado Nuevo Pluralismo Jurídico. El Pluralismo Jurídico Clásico está en referencia a la coexistencia de uno o más Derechos "Nativos"

rezagado, pues solo se reconocía la existencia de la diversidad cultural pero no se otorgaba facultades jurisdiccionales a las comunidades nativas y campesinas, lo cual con la introducción de dicho artículo se logró, así la regulación constitucional paso de ser considerada un constitucionalismo multicultural a un constitucionalismo pluricultural.

#### **A. Los Ciclos del Constitucionalismo Pluralista**

En palabras de Yrigoyen Fajardo (2010), desde los ochentas del s. XX, los cambios constitucionales producidos en varios países de las Américas con relación al reconocimiento de la diversidad cultural y nuevos Derechos indígenas, así como con relación a la propia configuración el modelo de Estado, Nación y Derecho, son de tal magnitud que constituyen lo que se podría llamar el *horizonte del constitucionalismo pluralista*. Ello no necesariamente significa que las novedades constitucionales tengan un alto nivel de implementación en toda la región, sino que tales cambios suponen rupturas paradigmáticas respecto

---

al lado del Derecho Europeo o "Moderno" dentro de un mismo espacio social. Tal es el caso de la convivencia del Derecho Hindú al lado del Derecho Anglosajón en la India, o del Derecho Musulmán al lado del Derecho Occidental en los países árabes. Para el caso peruano, este fenómeno puede apreciarse a nivel de los quechuas, aymaras, shipibos, aguarunas, ashánincas, campas, y de las propias rondas campesinas, al lado del Derecho Occidental o Moderno que impera desde la ciudad capital. El Nuevo Pluralismo Jurídico está referido a la coexistencia de varias formas de Derecho o Sistemas Jurídicos al lado del Derecho Europeo o Moderno, dentro del espacio social propiamente de éste. Tal es el caso de la presencia de los Consejos de Organizaciones Industriales, Sindicatos o Cooperativas Agrícolas, Colegios Profesionales, etc. dentro de sociedades modernas como la Norteamericana. Dichas organizaciones actúan como Gobiernos Privados u Ordenes Semi-Autónomos en la producción y administración de su Derecho, a pesar de encontrarse dentro del propio espacio de regulación del Derecho Europeo o Moderno. (parr. 8)

del modelo de Estado y las relaciones entre estados y pueblos originarios.

**a. El ciclo del constitucionalismo multicultural (1982–1988)**

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el horizonte del constitucionalismo pluralista se desarrolló durante los años ochenta del s. XX (1982-1988) y está marcado por la emergencia del multiculturalismo y nuevas demandas indígenas. En este ciclo, las constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de sociedad, el Derecho –individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos Derechos indígenas específicos. (Yrigoyen Fajardo, 2010, pp. 72-73)

**b. El ciclo del constitucionalismo pluricultural (1989 –2005)**

El segundo ciclo de reformas, el constitucionalismo pluricultural, fue desarrollado durante los noventa (1989 - 2005). En este ciclo, las constituciones afirman el derecho (individual y colectivo) a la identidad y diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, y desarrollan además el concepto de “nación multiétnica/multicultural” y “Estado pluricultural”, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter de Estado. (Yrigoyen Fajardo, 2010, p. 73)

La novedad más importante de este ciclo es que las constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico, logrando romper la identidad Estado-Derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es “Derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (el Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las constituciones de este ciclo reconocen autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos o su Derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. (Yrigoyen Fajardo, 2010, pp. 73 - 74)

Así se rompe el eje de la justicia, pues no solo el Estado - Poder Judicial puede administrar justicia, sino que ahora las comunidades indígenas también pueden administrar justicia ejerciendo así el derecho en base a su costumbre, por lo tanto, no solo el Poder Judicial puede ejercer la violencia legítima, sino que, a partir de esta etapa, dicha facultad también es traspasada a las comunidades indígenas y campesinas, pero claro, siempre bajo la mirada del control constitucional.

Es en este ciclo, que se enmarca la Constitución Política del Perú de 1993, pues a través del artículo 149, reconoce facultades jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas, y también a las rondas campesinas.

**c. El ciclo del constitucionalismo plurinacional (2006 - 2009)**

El tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista es el constitucionalismo plurinacional. Está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006 – 2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (2006 - 2007).

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los

pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se plantean el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con Derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos del Estado, el que se configura así, como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto de pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce Derechos” a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. (Yrigoyen Fajardo, 2010, p. 75)

## **B. Jurisdicción Comunal de las Comunidades Nativas y Campesinas**

Se debe partir estableciendo que la cosmovisión en esta parte del mundo es muy diferente a la cosmovisión occidental, es por eso que en nuestro país no es posible que exista un único orden jurídico, pues en gran parte de nuestro país, existen otras formas de administrar justicia, el cual no fue traído por los conquistadores<sup>10</sup>, sino que han sido originarios de la cultura incaica, los cuales han tratado de mantener sus propias costumbres, teniendo una lógica distinta y se expresa en infinidad de maneras: así por ejemplo la idea incaica del trabajo

---

<sup>10</sup> Puesto que ellos –los conquistadores– trataron de implantar una política de *apartheid*, queriendo desaparecer todo rastro de la cultura incaica, así en palabras de Figallo Adrianzén (2007), durante el siglo XVI fueron dictadas un número de significativo de normas destinadas a mantener separadas las dos Repúblicas raciales. – Se prohibió permanecer en los pueblos de indios más de tres días a todos los españoles, en especial a encomenderos, criollos y negros, en especial los solteros (...). – Se impuso la calificación legal de indígenas a los mestizos de españoles e india, naturales o europeos (...). (p 70)

como una fiesta y no como un castigo, el sentido del espacio y del tiempo que puede hacer que el "aquicito nomas" del poblador serrano signifique horas para el desprevenido costeño, la vinculación casi existencial del indígena para con la tierra, el aprecio a la autoridad de los viejos, la idea misma de la administración de justicia, el propio concepto de la muerte que traído de los andes se manifiesta en los cementerios populares de Lima y hace que familias en pleno se reúnan con sus parientes fallecidos para celebrar, pudiendo mencionarse inclusive costumbres que en nuestro medio sería imposible que sucediera<sup>11</sup>.

Por lo tanto, se debe diferenciar el Perú profundo del Perú imaginario; el Perú profundo es aquel formado por la civilización andina, amazónica y chala, con muchas de las costumbres propias de sus antepasados, por otro lado, el Perú imaginario, está formado por los criollos europeizados o norteamericanizados, que tienen sus prácticas sociales, culturales, económicas y políticas basadas en el viejo sistema colonial.

En el Perú profundo se encuentran las prácticas de la justicia propia, es decir las no adscritas a los Códigos de la justicia consuetudinaria, son también las prácticas sociales, culturales y económicas; son de cotidiana aplicación en el Perú Profundo. Por ejemplo, si no habría

---

<sup>11</sup> Al respecto, es necesario, citar un ejemplo, en la comunidad de Q'ero, en el Cusco, (...) cuando el dueño de casa sale, suele dejar la llave al alcance del viajero que pueda llegar de noche o para que, si surge una tempestad, pueda entrar en la casa y usarla como suya, con la condición de dejar todo en orden. (Congreso de la República del Perú, 2005, p. 705)

el sistema de trabajo comunitario, no habría carreteras, escuelas, postas, fiestas, etc. (Ontiveros Yulquilla, 2010, p. 53)

Básicamente, la administración de justicia en las comunidades se basa en la subsistencia histórica de una ideología basada en la reciprocidad, la cual funciona como fuente de Derecho, en el sentido de que constituye una norma general que se da no solo en el trabajo agrícola y el intercambio de herramientas, sino que se aplica en todas las instancias de la vida: bodas, entierros, construcciones, etc.

Para los indígenas, las fuentes de su «Derecho», de su sistema normativo, son dos: el territorio y la comunidad. Una agresión, un no reconocimiento a estos dos elementos, dan origen al conflicto, sea que esta agresión provenga por parte de personas ajenas a la comunidad, y con mayor razón si son personas de la propia comunidad. (Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 98)

Por otro lado, en las formas de justicia, a nivel de las comunidades nativas, ocurre algo similar que con las comunidades andinas. Tienen una justicia de carácter tradicional y otra que usa los principios y criterios de la sociedad nacional.

A nivel de estas comunidades se aplica también el denominado mecanismo de la "no decisión" para resolver los conflictos. Las sanciones tienen carácter educativo, buscan la conciliación y la compensación de los daños, más no la mercantilización (Congreso de la República del Perú, 2005, p. 708).

Al haberse regulado en el artículo 149 de la Constitución la Jurisdiccional Comunal, las decisiones que tomen tanto las comunidades campesinas como nativas, tendrían la calidad de cosa juzgada, puesto que la jurisdicción comunal no es una nueva instancia dentro de la estructura del Poder Judicial, sino que es autónoma, y por lo tanto no depende de ningún organismo, así que las decisiones que éstas tomen al resolver un conflicto no tendrían por qué ser revisadas por el Poder Judicial, ya que la resolución que le dan a sus conflictos son de acuerdo a su derecho consuetudinario, por lo cual resultaría incongruente, que una persona que no ha vivido y que no conoce de una cultura quiera resolver algún conflicto suscitado dentro de la misma, puesto que no podría aplicar el derecho consuetudinario sino conoce de este, pero claro, para una regla siempre hay una excepción, y en este caso es que no se vulneren los derechos fundamentales, puesto que si esto ocurre, el Poder Judicial si podría intervenir a fin de salvaguardar y velar por los derechos fundamentales de una persona.

Así, la facultad de administrar justicia o de resolver conflictos es inherente a su condición de población indígena o comunitaria. Los métodos utilizados no son contenidos por el Estado, sino que son producto de su proceso histórico social particular que se ejercitan conforme al Derecho a su identidad cultural. Ello quiere decir que las autoridades comunales –campesinas y nativas– investigan, juzgan, sancionan o absuelven de acuerdo a su Derecho consuetudinario, en presencia de la comunidad en general, bajo el único límite de ejercerlo dentro del marco de respeto de los Derechos fundamentales. (González Campos, 2010, p. 187)

### C. Los Derechos Humanos como límite

El artículo 149 de la Constitución establece un límite a la Jurisdicción Comunal de las comunidades campesinas y nativas el cual es, la no violación de los derechos fundamentales, por lo tanto, la actividad jurisdiccional que desplieguen deben respetar los derechos fundamentales de toda persona.

En el expediente N° 1417-2005 AA/TC, fundamento 2, el Tribunal Constitucional, citando a Peces Barba a establecido que;

El concepto de los derechos fundamentales de la persona comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.

Luigi Ferrajoli (2004), proponiendo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “Derechos fundamentales”: establece que;

(...) son “derechos fundamentales” todos aquellos Derechos subjetivos que corresponden universalmente<sup>12</sup> a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status*

---

<sup>12</sup> De hecho, son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales. A la inversa, si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el Derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental. (Ferrajoli, 2004, p. 38)

de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “Derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (p. 37)

Por lo tanto, se puede establecer que los derechos fundamentales<sup>13</sup> son aquellos inherentes a la persona, y que permiten constituir cabalmente la vida individual y social del ser humano; asimismo, se puede establecer que éstos, son aquellos derechos humanos que han sido reconocidos normativamente y protegidos procesalmente, es decir, son los derechos humanos que han sido positivizados, y que en el Perú se encuentran recogidos en la Constitución de 1993.

De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto, es la propia Constitución la

---

<sup>13</sup> Rubio Correa (1999), establece que, “los derechos de primera generación son los que aparecieron primero en la tradición liberal que conduce al Estado contemporáneo libertad y propiedad fueron el primer grito, a ellos se sumaron pronto la seguridad y la igualdad, desde luego cada uno tuvo desagregaciones por ejemplo la libertad fue la personal o física pero también la libertad de pensar de expresarse de conciencia y religión, etc, la igualdad fue la de no discriminación entre las personas pero también la igualdad de acceso a las funciones públicas y así sucesivamente. (...) Paralelamente se fueron desarrollando los Derechos políticos sumiendo la forma del gobierno representativo las personas votan para elegir representantes que serán quienes gobiernen en nombre de ellas (...). [Y los] derechos llamados de tercera generación son aquellos que protegen intereses comunes y no individuales la preservación del medio ambiente y de la vida en sus diferentes manifestaciones son dos ejemplos tal vez los más conocidos de esta nueva generación a la que algunos han llamado en la teoría intereses difusos porque en realidad pertenecen a todos y a nadie en particular. (pp. 92-98)

que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Asimismo, Rubio Correa (1999), establece que;

(...) desde luego [los derechos reconocidos en la Constitución] no son los únicos derechos constitucionales y humanos, tampoco basta que existan sólo ellos para que ya haya una vida cabalmente humana para las personas, pero sí son un conjunto de prerequisites sin los cuales la vida social no puede ser llevada a cabo normalmente y para beneficio de las personas, es por ello que son denominados fundamentales, fundamentan a la sociedad como conjunto en el sentido que la hacen humanamente posible y deseable. (p. 109)

Ahora bien, la actividad jurisdiccional de las comunidades nativas y campesinas, si bien es cierto tiene como límite los derechos fundamentales, no se puede establecer que toda acción que desplieguen contra los derechos fundamentales, los estaría vulnerando, y para ello, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2009, ha señalado en su fundamento 11, el factor de congruencia, mediante el cual establece que “la actuación de [las comunidades campesinas y nativas], basadas en su Derecho consuetudinario, no debe vulnerar el núcleo esencial de los Derechos fundamentales”.

**a. El contenido esencial de los derechos fundamentales**

Según la tesis del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales<sup>14</sup>, éstos tienen dos ámbitos; el de su contenido constitucionalmente protegido propiamente dicho y aquello que no lo es, el primer ámbito representa el espacio de tutela directa, inmediata de un derecho fundamental, en cambio el segundo ámbito representa aquello que no es susceptible de tutela.

A fin de poder explicar cuál es el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, se han establecido dos teorías, estos son, la teoría relativa y la teoría absoluta.

La teoría relativa, en primer lugar, partiría de la constatación de que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar apoyo explícito en la norma constitucional o bien pueden derivarse implícitamente de ésta (...). Para esta teoría no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho (...) ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental, lo que nos indica la noción de contenido esencial es tan sólo que, a la hora de evaluar la constitucionalidad de un límite legislativo a los derechos fundamentales, el intérprete realice un juicio acerca de la justificación de tal límite o intromisión en el derecho fundamental. Este juicio se sustenta en el llamado test de proporcionalidad (...). (Martinez Pujalte, 2005, pp. 26-27)

---

<sup>14</sup> La tesis del contenido constitucionalmente protegido es similar a la del contenido esencial, en tanto identificamos la protección excepcional del ámbito más relevante de un derecho fundamental: aquel que representa su esencia, su núcleo inderogable y su fundamento primero, sin el cual dicho derecho no es sostenible como fundamental y, por tanto, exige el respeto de su contenido titular. (Figueroa Gutarra, 2015, p. 141)

La teoría absoluta, [sostiene] que existe una determinada esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial. (...) distingue pues en cada derecho dos partes, un núcleo<sup>15</sup> –que sería el contenido esencial– y una parte accesorio no esencial. Por lo tanto desde esta óptica el contenido esencial es sólo una parte del contenido de derecho. (Martínez Pujalte, 2005, pp. 28-29)

Sin embargo, ninguna de las dos teorías se puede tomar de manera absoluta, puesto que siempre se va a tener en cuenta de un lado; que todo Derecho fundamental tiene un contenido normativo mínimo, que lo caracteriza y lo hace distinguible de otros (teoría absoluta), y de otro, que tal derecho se va a terminar de definir a partir de los casos en concreto, esto es cuando se proceda a valorar el derecho afectado en concordancia con otros derechos fundamentales (teoría relativa).

Por lo tanto, a fin de establecer cuál es el contenido esencial de un derecho fundamental, se deben tener en cuenta ambas teorías, no hay que olvidar, que dicho contenido se podrá establecer en cada caso en concreto, partiendo del contenido esencial de cada derecho fundamental que ha procedido a interpretar el Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia constitucional.

---

<sup>15</sup> Asimismo, Schneider, citado por Martínez Pujalte (2005), aporta un criterio en apariencia preciso para identificar cuál es esa parte nuclear: “el contenido esencial sería el ámbito mínimo de libre autodeterminación del sujeto, garantizado por cada Derecho fundamental, en que se encuentra completamente excluido de la acción estatal –el espacio “inmune al Estado”. (p. 29)

**b. Condiciones para establecer la afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales**

Para establecer cuando se ha afectado el contenido esencial de un derecho fundamental, se hace necesario –siguiendo a Figueroa Gutarra (2015)– tener en cuenta las siguientes condiciones:

**i. Manifestación de suma arbitrariedad**

Suma arbitrariedad implica una manifestación ostensiblemente grave, es decir que una acción u omisión infrinja el principio de interdicción de la arbitrariedad<sup>16</sup>, generando un daño no menor, sino mayor, y en palabras de Figueroa Gutarra (2015) “ello implica una manifestación (...) carente de toda razón, y en propiedad que exprese una imposición que no se condice con la naturaleza de un Derecho protegido por la Constitución” (p. 146).

**ii. Determinación de un nivel de intensidad relevante**

No cualquier afectación es susceptible de vulnerar el contenido esencial de un derecho fundamental, para ello es necesario que exista una intensidad grave, pues una

---

<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 03167-2010-PA/TC, en el fundamento 12 ha establecido que, este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo

intensidad medio o leve, no vulneraría el contenido esencial.

Para ello, en un caso en concreto, será necesario observar el desarrollo jurisprudencial que se haya dado respecto a tal Derecho.

### **iii. Ostensible ilegitimidad del acto lesivo**

Una vez que se hayan acreditado las causales de arbitrariedad e intensidad, se debe proceder a verificar la ilegitimidad del acto lesivo, en ese sentido, la no legitimidad del acto lesivo plantea una verificación de no coherencia con el ordenamiento constitucional y con los valores que el mismo enuncia.

Son ilegítimas, en ese rango de ideas, las decisiones que contraríen los principios del Estado democrático y social de derecho, o bien las cuestiones que presenten manifiesta oposición con principios ancla del ordenamiento como la vida o la libertad individual, es decir, valores consagrados por el propio ordenamiento jurídico. Contrariar los mismos en modo extremo representa, (...) la afectación elevada del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. (Figueroa Gutarra, 2015, p. 147)

### **iv. Vocación de universalidad en contrario del acto lesivo**

Al respecto se pueden plantear dos vertientes; la primera es que exista un caso similar en el cual la propia jurisprudencia constitucional haya determinado la

afectación del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, que exista ya una vocación de predictibilidad satisfecha, y lo segundo, es que respecto a un caso nuevo, las condiciones de descripción del caso acotado como lesivo del contenido constitucionalmente protegido, sean reproducibles e invocables para casos futuros.

Una situación contraria a la protección del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental debe ser invocable en el supuesto que manifiesta el caso en examen, entendido como una especie de caso fuente, así como en todas las causas que siendo similares al caso matriz, prevean una vocación de universalidad en clave negativa, es decir, de aquello que no se debe hacer. (Figueroa Gutarra, 2015, p. 147)

## **2.2. Rondas Campesinas**

### **2.2.1. Concepto**

De acuerdo con el artículo 2 del Reglamento de la Ley de rondas campesinas, Decreto Supremo N° 25-2003-JUS, son Rondas Campesinas, las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural. Son rondas comunales, las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas.

Las rondas campesinas son organizaciones que representan y estructuran la vida comunal ejerciendo funciones de seguridad, justicia e interlocución con el [Gobierno], garantizando la paz

comunal. Además, vienen organizando esfuerzos y recursos para el desarrollo rural, dentro de su ámbito territorial. Éste suele caracterizarse, desde el punto de vista de la institucionalidad, por la ausencia o debilidad del [Gobierno] para garantizar el orden y el respeto a los Derechos fundamentales de la persona humana. (Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 13-14)

Al respecto, es necesario establecer, que las rondas campesinas nacieron en el departamento de Cajamarca<sup>17</sup>, como una forma de combatir el abigeato, pues este a mediados del año 1970 había alcanzado proporciones muy elevadas, era una labor altamente organizada, que involucraba a comerciantes, mafias extendidas y autoridades locales, sin que el Estado ofreciera alguna protección al campesinado, es por ello, que en diciembre de 1976, con el fin de poder combatir el robo de ganado que se producía en sus tierras, los campesinos de la estancia de Cuyumalca decidieron organizar patrullas nocturnas como un esfuerzo colectivo de combatir a los abigeos y así proteger su ganado.

Las rondas nacen porque en Chota, cerca al camino que se dirige de Bambamarca a Tacabamba, había robos todas las noches. Toda la noche teníamos que estar despiertos, con el

---

<sup>17</sup> A grosso modo el departamento de Cajamarca puede ser dividido en tres subregiones. El carácter de las provincias del sur está definido por dos grandes valles, separados del río Marañón por una ancha cordillera ondulada, cuyos picos alcanzan hasta 13,000 pies de altura. Alrededor de estos valles y en las tierras altas fue consolidado un patrón de tenencia de tierras que se centró en numerosas haciendas grandes, esparcidas de minifundios, propiedades pequeñas y medianas, así como unas pocas comunidades. (...) La segunda subregión comprende las provincias norteñas de Jaén y San Ignacio. En gran parte sin colonizar hasta muy entrado este siglo, la eliminación de la Malaria y las nuevas carreteras abrieron la región a la colonización. Hoy en día el área es un importante productor de café y arroz; y en menor grado, de fruta. (...). Un tercer modelo evolucionó en las provincias centrales de Chota, Hualgayoc y Cutervo. Pese a que en esta subregión se desarrollaron algunas haciendas grandes, principalmente en las tierras altas del Este bordeando el río Marañón, éstas eran y siguen siendo bastante aisladas, relativamente pobladas y tradicionales. Su principal actividad económica es una ganadería extensiva e ineficiente. Predominantemente la mayoría de la población de esta sub-región está concentrada en los valles pequeños que rodean las capitales provinciales. (Gitlitz & Telmo Rojas, 1985, p. 4)

ganado dentro de la casa. A mis abuelos primero les robaron dos vacas, tres ovejas; entonces entraron a la casa y les quitaron sus ollas. Entonces se me ocurrió la idea de que la única manera de defendernos era organizarnos. Les dije: “Quiero que nos organicemos en rondas. Mientras unos duermen, otros cuidarán nuestras posesiones”. (Régulo Oblitas, fundador de la primera ronda, Cuyumalca, Chota, Cajamarca). Al principio, por temor a las represalias de los abigeos o a la represión estatal, sólo unas cuantas comunidades siguieron el ejemplo de Cuyumalca. Sin embargo, para 1978 el éxito de las primeras rondas se volvía obvio: en Cuyumalca el robo organizado había sido ampliamente controlado, y el hurto menor casi eliminado, mientras que las rondas habían sufrido poca represión. Para fines de 1980 casi todas las estancias de Cajamarca central habían organizado sus rondas, y en cada una de las provincias se formaron federaciones de rondas. Para mediados de los ochenta, las rondas se habían extendido a lo largo de casi toda la sierra del norte peruano y a fines de la década, empezaron a aparecer también en la sierra central y sur. (Gitlitz J. , s.f., pp. 24-25)

Posteriormente, las rondas después de una década de combatir a los abigeos, decidieron resolver otros asuntos, como por ejemplo tenencia de tierras, derechos referentes al agua, problemas de orden público (hurtos, ebriedad en público), conflictos familiares (adulterio, abuso contra la mujer, caso de alimentos), puesto que los campesinos, veían mucho más fácil acudir a la ronda campesina para resolver sus conflictos, que acudir al Poder Judicial, ya que esto conllevaba a que muchas veces los casos demoren años en ser resueltos; sin embargo las Rondas lo resolvían de manera inmediata, y por otro lado también influye la imagen que tienen los campesinos del Poder Judicial, al cual lo ven como una entidad corrupta, en donde no se puede obtener justicia.

## **2.2.2. Organización y administración de Justicia por parte de las rondas campesinas**

Las rondas campesinas, como ya se mencionó líneas arriba, son organizaciones, y como tal tienen órganos claramente diferenciados, encontrándose conformadas por; el grupo de la ronda, la asamblea y el comité de ronda. El grupo de la ronda está formada por todos los adultos, quienes participan en unidades de cinco a diez campesinos que, en rotación semanal, patrullan los campos y caminos desde la noche hasta el amanecer, deteniendo a cualquiera que parezca sospechoso; sin embargo, esto ha ido cambiando, pues que cada vez hay menos ronderos que quieran realizar estas rondas nocturnas, estableciendo que ya no es necesario, porque ya no hay muchos abigeos<sup>18</sup>. La asamblea, es una especie de agrupación del pueblo en la que participa toda la comunidad, mujeres, hombres y niños, y es aquí en donde se toman las decisiones. Por último, el comité de ronda está constituido por un presidente y una directiva, quienes tienen como función coordinar entre grupos y atender los asuntos diarios de la ronda, este comité es elegido por la asamblea (Gitlitz J. , s.f.).

En cuanto a la administración de justicia, cualquiera puede presentar una queja ante la ronda, simplemente aproximándose a un miembro

---

<sup>18</sup> John Gitlitz (s.f.) establece que; ¿Por qué la decadencia? Una razón es su mismo éxito. Si las rondas patrullaban con disciplina, lo hacían porque debían hacerlo: el robo era una seria amenaza. Hoy en día el robo ya no es el mayor problema; los campesinos se sienten seguros. Entonces, ¿por qué molestarse con patrullar? La respuesta obvia es que si no lo hacen, los abigeos volverán. Desafortunadamente, esa no es una respuesta sobre la base de la cual es fácil movilizar a la gente. (p. 32)

del comité. Cuando es necesario, el comité lleva a cabo una investigación examinando la evidencia, interrogando a los testigos, deteniendo e interrogando a sospechosos<sup>19</sup>. A veces los sospechosos son pasados de un grupo de rondas a otro, o inclusive de una comunidad a otra, donde se los interroga por turnos, para detectar contradicciones<sup>20</sup>.

Cuando es posible, los dirigentes ronderos tratan de mediar entre las partes en disputa. Si eso no resulta, la ronda trae el caso ante la asamblea, el comité presenta los hechos tal como se han cometido determinado; a las partes en disputa se les da la oportunidad de hablar, y toda la comunidad decide qué hacer: determinar si los sospechosos son culpables o no, y establecer cómo deben ser castigados, aplicando la sanción que corresponde a fin de restituir la paz a la comunidad rondera.

A los infractores tanto de hechos dañinos como a los que incumplen acuerdos, aplican como sanciones trabajar durante el día en alguna obra comunal y rondar durante la noche pasándose de base en base cada 24 horas (como en Jaén) o cada tres días (Huaraz). Entre las penas que aplican también hay algunas formas de castigo físico aprobadas en asambleas, que los ronderos llaman “hacer física” (ejercicios como “hacer

---

<sup>19</sup> Al respecto véase también la tesis de postgrado titulado “Justicia Ronderil: Análisis jurídico a su normatividad legal e intervención en la solución de problemas penales en el distrito de Chota, 2005 – 2009”, perteneciente a Hermitiano Gallardo Coronel. (2012)

<sup>20</sup> Se inicia el procedimiento con la presentación de las autoridades asistentes a la asamblea, desarrollándose el mismo de la siguiente manera: Denuncia. Se presentan los agraviados ante la asamblea para exponer los problemas. Organización de proceso. Se forman las comisiones de debate y disciplina para llevar a cabo la asamblea. Investigación y defensa. Se hacen las averiguaciones correspondientes de acuerdo a las manifestaciones del agraviado y del acusado. Interrogatorio. Se proceden a realizar las interrogaciones al acusado dándose opción a confesar su culpa o a defenderse. Juicio y sanción. Luego de presentar las pruebas en la asamblea comunal se proceden a dictar las sanciones correspondientes. Las sanciones pueden ser; multas en dinero, faenas comunales, obligación de rondar determinadas veces o latigazos. (Villar Narro, 2011, p. 76)

ranas” y otros) y “castigo de masas” (alguna forma de castigo físico aplicado por los familiares o las mujeres) que ha sido reemplazado cada vez más por trabajo comunal y ronda.<sup>21</sup> (Yrigoyen Fajardo, 2002, p. 34)

Al respecto, es necesario establecer que, en la administración de justicia de las rondas campesinas, lo que se tiene en cuenta es la comunidad y no así al individuo, puesto que lo que más les interesa es la protección de la comunidad y no así un solo hombre, el cual forma parte de dicha comunidad, por ello, cuando se afectan los derechos de los campesinos es imposible no afectar a la integridad de la comunidad rondera.

En esta lógica se producen las prácticas jurídicas del sistema normativo de las poblaciones indígenas, especialmente a través de las rondas campesinas. Un robo, un acto de abigeato, constituye un hecho que no sólo atenta contra el propietario de un bien o un ganado, sino contra toda la comunidad, por haber quebrado o interrumpido la paz social que caracteriza sus vidas”. (Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 98)

Por lo tanto, el sujeto no es necesariamente percibido como importante por sí mismo, sino por el papel que desempeña en la vida de la comunidad. La comunidad es la precondition para la existencia de la persona; antecede ontológica y prácticamente al individuo.

---

<sup>21</sup> Al respecto, una de las sanciones mayormente aplicada por las rondas campesinas es la cadena ronderil, la cual en palabras de Fernando Bazán (s.f.) es “una costumbre muy extendida en Cajamarca y en otras zonas del país con presencia de rondas, que es practicada por los ronderos y que implica someter a una persona ‘investigada’ o ‘culpable’ a la actividad de patrullar, durante varias noches, obligándola a desplazarse por varios lugares, con diferentes turnos de ronderos, para que así todos (los miembros de los centros poblados o caseríos) lo conozcan y se vaya generando en él un escarmiento”. (p. 4)

### **2.2.3. Las Sanciones en las rondas campesinas**

Las sanciones de mayor aplicación por las rondas campesinas son; la cadena ronderil; mediante la cual a la persona que es acusada se le pasa de base en base a fin de que ronde en las noches, el trabajo comunitario; mediante el cual se los hace trabajar durante el día en alguna obra comunal, el castigo físico; que puede consistir en lo que los ronderos denominan “hacer física” consistente en hacer ejercicios como; hacer ranas, planchas, entro otros, o también el castigo físico, el cual se ejecuta haciendo uso de la binza o la penca, pues dependiendo del delito cometido se decide cuantos pencazos o binzasos recibirá la persona acusada, o también se puede llegar a imponer un castigo pecuniario, multas.

#### **A. Naturaleza de las sanciones**

Antes de establecer cuál es la naturaleza de las sanciones de las rondas campesinas, es necesario establecer, tal como lo ha manifestado Villavicencio Terreros, citando a Berdugo (2006) qué;

La pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. (p. 45)

Se han establecido diversas teorías a fin de establecer cuál es el fin que debería cumplir la pena en el Derecho Penal, así, existen las teorías absolutas, mediante las cuales se establece

que el sentido y fundamento de la pena es sólo la justicia, la afirmación de la vigencia del Derecho, en cambio las teorías relativas, le asignan a la pena una función de utilidad, esto es de prevención, ya sea si está dirigido a la comunidad (prevención general) o si se dirige a un solo sujeto (prevención especial) y por último las teorías mixtas, que recogen las funciones anteriores, dotando a la pena una función de utilidad y justicia.

De acuerdo a estas teorías, el Código Penal peruano se ha inclinado por lo establecido mediante la Teoría Relativa, pues según, el artículo I de su título preliminar, ha establecido que su objeto es la prevención de delitos y faltas, asimismo, en el artículo IX, señala que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, además, el Código de Ejecución Penal, en su artículo II de su Título Preliminar, señala que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; cómo se puede observar dichos conceptos están orientados a lo establecido por la teoría preventiva.

Ahora bien, si el Derecho Penal peruano se orienta por los fines preventivos que debe tener la pena, ¿se puede establecer lo mismo para la sanción impuesta por las rondas campesinas?, sin embargo, a fin de poder responder esta pregunta, se hace necesario ver la forma como las Rondas Campesinas

administran justicia<sup>22</sup>, pudiendo verificarlo mediante la resolución de diferentes delitos.

#### **a. Abigeato**

En casi todas las rondas campesinas se sigue las mismas pautas, así;

En San Marcos, los infractores pueden ser detenidos con la mano en la masa o después de las indagaciones del caso. Luego son interrogados para saber si es la primera vez que han robado o no. Además, se les solicita que identifiquen a sus cómplices. (...) Posteriormente, se les confronta con el dueño del ganado y se le pide que lleguen a un acuerdo. Usualmente, el abigeo devuelve el ganado o una cantidad de dinero equivalente. Se espera, asimismo, que el abigeo reconozca su error y se comprometa a no volverlo a cometer. (Ludwig & Guerrero, 2006, p. 21)

#### **b. Hurto**

Este es un caso que ocurrió en Bambamarca;

(...) un comerciante de Bambamarca había ido a San Antonio para comprar treintaicinco sombreros de paja. Desafortunadamente, mientras estuvo en San Antonio bebió demasiado y en el camino de regreso a Bambamarca se quedó dormido. Cuando despertó, los sombreros ya no estaban, y denunció el robo al comité de ronda. El comité, entonces, juntó a un grupo de campesinos, los cuales organizaron una búsqueda casa por casa, pero no encontraron ningún sombrero. Unos días después, alguien relató al comité que había visto a dos jóvenes con un bolso cerca de donde los sombreros habían desaparecido. El Comité capturó a los dos y los entregó a la Guardia Civil. Sin embargo, no admitieron el delito, aun cuando los guardias, según

---

<sup>22</sup> Esencialmente las rondas enfrentan el robo de dos maneras. Por un lado, los grupos de ronda que patrullan por la noche hacen más difícil el abigeato, aumentan el riesgo de ser capturados, y por lo tanto sirven como un freno. Por otro lado, cuando los robos ocurren, los comités de los caseríos investigan, capturan, e interrogan a los sospechosos, les dan castigos o los entregan a la policía. (Gitlitz & Telmo Rojas, 1985, p. 17)

cabe suponer, amenazaron con entregarlos otra vez a las rondas. No obstante, al día siguiente veinticinco de los sombreros reaparecieron en el camino cerca de donde habían sido robados. (Gitlitz & Telmo Rojas, 1985, p. 17)

### c. Usurpación

La forma de resolver este tipo de conflictos es muy parecida en todas las rondas, por ejemplo, este es un caso que sucedió en José Sabogal, San Marcos;

Unos dueños ponen sus linderos, otros lo tumban y se meten más adentro. El dueño pone la denuncia al presidente de ronda, [y en] una reunión mensual (...) el presidente envía a unas cuatro personas al terreno (...). Se ve cuál es el problema, cuál es el error con las dos partes involucradas, [procediéndose a trazar] nuevos límites, con el expreso acuerdo de ambas partes, [y] a firmar un acta de conciliación en el respectivo libro de actas. (Ludwig & Guerrero, 2006, p. 22)

Después de haber observado en estos casos como las rondas campesinas resuelven los conflictos, es necesario ahora responder la pregunta antes establecida, esto es ¿si la sanción impuesta por las rondas campesinas tienen la misma naturaleza que las penas impuestas por el Derecho Penal?, la respuesta debe ser parcialmente positiva, pues si bien las sanciones de las rondas campesinas también tienen una naturaleza preventiva, pues se busca que el sujeto no vuelva a cometer los mismos delitos, ello no es el fin primordial de las sanciones, puesto que éstas no se limitan a ello, sino que tienen un fin que va mucho más allá, el cual se tratará en líneas posteriores.

Es cierto que las sanciones corporales como; los castigos físicos, la cadena ronderil o el trabajo comunitario, tienen un fin preventivo, pues se busca, mediante el castigo, atemorizar a los sujetos a fin de que no vuelvan a cometer estos delitos; sin embargo, este fin queda en un segundo plano, pues lo que la justicia rondera busca como fin primordial es, en lo posible, el resarcimiento del daño ocasionado, así, casi siempre se busca que el infractor pague por el daño causado, por ejemplo si hurtó ganado, se busca que devuelva el ganado, pero además, se busca restaurar el orden social que ha sido vulnerado, lográndose ello mediante los acuerdos que adopten las partes, así como la imposición de las penas corporales.

[Dicha justicia restaurativa] se basa en una dimensión social que atraviesa la justicia campesina: los ronderos no pueden tratar a los litigantes solamente como “casos”, porque están relacionados con ellos en múltiples formas que abarca toda la vida social; es decir, están frente a sus vecinos, primos, cuñados. Imponer a todo costo una “sentencia” en esta situación podría causar más daño que beneficio para la vida comunal, pues en pueblos pequeños como los caseríos rurales cajamarquinos, el pleito entre dos familias puede afectar fácilmente a toda la comunidad. De allí la perseverancia con que las rondas tratan de convencer, con argumentos ético-morales, a los “infractores” de llegar a un arreglo, aludiendo al mal ejemplo que dan para sus hijos o al daño que hacen a la comunidad. (Ludwig & Guerrero, 2006, p. 24)

Tal como se dejó establecido líneas arriba, muchas veces los conflictos se ocasionan entre los mismos miembros de un pueblo, por ello lo que se busca es restaurar el orden vulnerado, siendo mejor llegar a un acuerdo antes que imponer una sanción

que va a crear más conflictos en la comunidad; la sanción que se impone no mira hacia el pasado, sino que busca restaurar el orden de las relaciones rotas, por lo tanto, mira hacia el futuro<sup>23</sup>.

Así lo ha establecido Regalado (2012), quién manifiesta que “el objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión” (p. 102). Asimismo, se busca imponer orden y autoridad, pues las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad comunal y el orden en la comunidad. Enfatizando en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una lección.

Dicho ello, se puede concluir, que las sanciones que imponen las rondas campesinas tienen un fin restaurativo –volver al estado anterior a la vulneración– pues lo más importante es buscar resarcir el daño causado, o restaurar el orden vulnerado, y ello se logra con la imposición de las sanciones corporales, o, en su caso, con los arreglos que se pueda llegar entre partes.

---

<sup>23</sup> John Gitlitz tiene una tesis interesante sobre este punto. Él sostiene, por ejemplo, haciendo un estudio sobre las rondas campesinas en el Perú, que en la aplicación de las penas hay un acto de purificación, y que las sanciones ronderas son parte de las costumbres de la zona, y producto de una fuerte influencia religiosa colonial. Las penas buscan expiar al transgresor con las normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad. (Regalado, 2012, p. 106)

Por otro lado, porque no dejar que las rondas campesinas impongan sus sanciones, acaso el Derecho Penal con la imposiciones de sus penas ha cumplido con sus fines, pues es más que evidente que no, se sabe, y se ha escrito mucho, que lo único que se busca con la imposición de las penas –la privativa de libertad<sup>24</sup> como la fundamental– es inocuizar al delincuente, aislarlo porque es un peligro para la sociedad, internándolo en un centro penitenciario, dejando de lado los fines que supuestamente se deberían cumplir, como es la resocialización, reinserción y reeducación.

Teniendo en cuenta dicho fundamento, se puede establecer que en algunas ocasiones sería mucho más conveniente y productivo dejar que las rondas campesinas impongan sus sanciones en vez de que el Derecho Penal –a través de sus penas– prive de su libertad al sujeto que ha cometido un delito, pues estas resultan ser más graves que las sanciones impuestas por las rondas campesinas, pues estas sanciones no se prolongan en demasía en el tiempo, no trayendo efectos colaterales a diferencia de la pena privativa de libertad, pues ésta “ha conservado múltiples elementos de aflicción corporal,

---

<sup>24</sup> La cárcel, como sabemos, ha sido una invención moderna: una gran conquista buscada por el iluminismo humanitario como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a las penas corporales, a la picota pública y otros horrores del Derecho Penal premoderno. Con la cárcel la pena se volvió incruenta y se configuró como pena igualitaria, legalmente predeterminada, susceptible de medición y cálculo: privación de un tiempo abstracto de libertad, exactamente cuantificable y graduable por la legislación y luego por el juez, en relación a la gravedad –en abstracto y en concreto – de los delitos castigados. (Ferrajoli, 1999, p. 24)

manifestada en las formas de vida y de tratamiento y diferenciadas de las penas corporales antiguas sólo en cuanto no se concentran en el tiempo, sino que se prolongan por toda la duración de la pena” (Ferrajoli, 1999, p. 24).

#### **2.2.4. Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas**

##### **A. Interpretación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú**

El artículo 149 de la Constitución regula la Jurisdicción Comunal en los siguientes términos “Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

Mediante una interpretación literal de dicho artículo, se puede establecer que las rondas campesinas no poseen jurisdicción comunal, pues solo son un órgano de apoyo a fin de que las comunidades campesinas y nativas puedan ejercer su función jurisdiccional, dotando así a las rondas campesinas una función

policial<sup>25</sup>, siendo necesario que las rondas campesinas deben estar adscritas territorialmente a una comunidad campesina o nativa.

Sin embargo si se toma dicha posición como cierta, se tendría que establecer como requisito necesario que dentro de toda comunidad campesina o nativa exista una ronda campesina, es decir, tendría que existir una ronda campesina subordinada territorialmente a una comunidad ya sea campesina o nativa; sin embargo ello no es así, pues existen rondas campesinas autónomas, es decir que dentro de su territorio no existen ni comunidades campesinas ni nativas, no dependiendo de éstas a fin de administrar justicia.

Asimismo, otra crítica que se puede hacer a esta interpretación “literal”, es que entra en contradicción con la literalidad de otras disposiciones constitucionales, así, ésta sería contraria con el artículo 138 de la Constitución, el cual señala que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial”, pues si se interpreta literalmente, sólo el Poder Judicial puede administrar justicia, no pudiendo ningún otro ente del Estado administrar justicia, entonces, en donde quedaría la

---

<sup>25</sup> Al respecto, Ruiz Molleda, (2009) establece que, “la tesis ‘restrictiva’ sostiene que el artículo 149 de la Constitución no reconoce expresamente que las rondas campesinas administren justicia, reconociéndoles solo una función de apoyo a las autoridades de las comunidades campesinas. (...). De otro lado, la tesis inclusiva señala que las RC si tienen facultades jurisdiccionales.” (p. 93)

Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Comunal; así también, sería contradictorio con el artículo 139 inciso 1 de la Constitución que recoge el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional con la excepción de la jurisdicción militar y arbitral, observándose que en este artículo no se menciona la jurisdicción comunal, o es que acaso la Constitución no reconoce dicha jurisdicción. Asimismo, podría interpretarse que el artículo 149 es violatorio del artículo 139 inciso 2 de la Constitución, que consagra el principio de prohibición de avocarse a causas pendientes en el Poder Judicial<sup>26</sup>, como se puede observar, no basta una interpretación literal de los dispositivos constitucionales, si se hace ello, dichos contenidos entrarían en contradicción, no siendo válido, pues la Constitución tiene una naturaleza integral, no siendo posible aceptar que exista contradicciones en ésta.

Ante ello, es necesario establecer, si al artículo antes citado, solo le basta una interpretación "literal", en donde a todas luces no estaría reconociendo a las rondas campesinas autónomas; o es necesario por el contrario realizar una interpretación mucho más minuciosa, una que abarque tanto a las rondas campesinas que

---

<sup>26</sup> Se podría criticar señalando la inexistencia de una situación de indefensión debido a la existencia de cerca de 5,000 jueces de paz a lo largo de todo el país en zonas rurales, y que ellos tienen como función administrar justicia y asegurar la plena vigencia de los derechos humanos. El problema con ellos es que se trata de jueces con competencias en materia penal, civil y notarial muy precisas y concretas, de menor cuantía, fuera de las cuales no pueden administrar justicia, y si lo hacen, se corren el riesgo de ser sancionados disciplinaria y hasta penalmente, incluso destituidos. (Ruiz Molleda, 2008)

pertenecen a una comunidad campesina o nativa, y a las rondas campesinas autónomas.

Antes de poder llegar a esa conclusión, se hace necesario describir la situación en la que se procedió a legislar el artículo en discusión, así, cuando se discutía dicho artículo Martha Chávez señalaba;

Señor Presidente, pero creo que más bien las rondas campesinas son un mecanismo que tiene las comunidades, son como la policía; pero no son ellas soberanas, ni representan una diríamos nación en pequeño. Yo creo que las rondas campesinas no tienen que tener funciones jurisdiccionales (...) y creo que ahí las rondas campesinas en el abigeato lo que hacen es atrapar o impedir que los que quieren robar ganado lo hagan, pero los derivan de sus autoridades, ellos no ejercen una función jurisdiccional. (Congreso Constituyente Democrático, 2000, pp. 3057-3058)

Por otro lado, el constituyente Carlos Ferrero Costa establecía que;

(...) la ronda tiene una peculiaridad y es seguridad, la ronda no es otra cosa que seguridad. En cambio, la comunidad campesina y comunidad nativa es mucho más. La comunidad campesina es familia, sociedad, matrimonio, comercio, relaciones con el medio exterior, entonces antropológicamente (...) las comunidades campesinas y nativas tienen una estructura mucho más completa que una ronda, son globalizantes. Por tanto, ellas si deben ejercer la función jurisdiccional plena, o casi plena; en cambio la ronda es situacional, coyuntural al problema de la seguridad. (Congreso Constituyente Democrático, 2000, pp. 3060-3061)

Como se puede verificar nuestros constituyentes legislaron sobre algo que no tenían la más mínima idea, pues no conocían

como estaba constituida un ronda campesina, y para eso partieron de la premisa errada que toda ronda campesina pertenecía a una comunidad campesina, establecido esto, se puede establecer el porqué de dicha norma, puesto que pensaban que todas las rondas campesinas pertenecían a una comunidad campesina y es por eso que lo establecían como un órgano de apoyo; sin embargo no tuvieron en cuenta a las rondas campesinas autónomas, las mismas que no están adscritas a una comunidad campesinas o nativa, siendo justamente este contexto por el cual se hace necesario interpretar dicho artículo, con el fin de no dejar desamparadas a las rondas campesinas autónomas, teniendo en cuenta que la razón de ser de dicho artículo es reconocer el pluralismo jurídico existente en nuestro país, y así se dejó establecido cuando se debatía dicho artículo;

El Perú es muy disímil en las costumbres, en la idiosincrasia, es una serie de modos de ser, modos de vivir, y muchas veces no resulta justo aplicar unas normas legales que se preparan para Lima a algunas ciudades, pero no para las comunidades, donde existen otras realidades. (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 26)

Como se puede observar, se hace necesario volver a interpretar dicho artículo, pero no desde una óptica literal, pues ya se vio que ésta es insuficiente, sino que se hace necesario interpretarla desde una óptica diferente.

Al respecto Ruiz Molleda (2008) citando a César Landa establece que;

(...) no existe una sino varias teorías de interpretación constitucional: la hermenéutica concibe a la Constitución como una norma jurídica más, que debe ser interpretada conforme a los métodos de interpretación de la ley, la tópica mediante el cual concibe a las disposiciones constitucionales, debido a su carácter complejo y heterogéneo, son concebidas como puntos de vista de interpretación, antes que como normas de mandamientos obligatorias, la alternativa a esta corriente se caracteriza por tener como guía la realidad social, en la medida que la Constitución es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad y la institucional parte de “concebir a la Constitución como un material normativo que debe ser trabajado, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, ha dejado establecido en su jurisprudencia, que la teoría más acertada a fin de interpretar la Constitución es la teoría institucional, fijando para ello una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional, debiendo interpretar dicho artículo de acuerdo con los principios esgrimidos por el Tribunal Constitucional los cuales son:

**a. Principio de unidad de la Constitución**

La Constitución, según este principio, debe ser considerada como un “todo” armónico y sistemático, y es a partir de ello que se debe interpretar la constitución cuando se encuentran disposiciones diversas.

El Tribunal Constitucional en el expediente N° 0005-2003-AI/TC, fundamento 23, ha señalado que;

Los diferentes operadores del sistema de justicia, al interpretar cada una de las cláusulas de la Constitución, no ha de entenderlas como sí cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido.

Al ser la Constitución una unidad, se debe partir teniendo en cuenta que las rondas campesinas autónomas son una realidad, por lo tanto, se les debe tratar de dar sustento constitucional de acuerdo con todos los dispositivos que existen.

El primer fundamento constitucional se encuentra en el artículo 139 inciso 8, que señala que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es “el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. No es la única norma que da cobertura a la costumbre. El propio artículo 149 de la Constitución señala que “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario. (Ruiz Molleda, 2009, p. 31)

A su vez, el artículo 149 debe ser interpretado de conformidad y en forma armónica con el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, el cual señala que “toda persona tiene Derecho a “su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”. Si bien,

no se observa que en este dispositivo se establezca la palabra costumbre, si tiene una connotación referida a ésta, por lo tanto, realizando una interpretación en conjunto de ambas disposiciones constitucionales, se puede establecer que la costumbre no es un acto indiferente e irrelevante para la Constitución, sino que es expresión de un derecho humano, el derecho a la propia cultura, el cual tendrá cobertura constitucional siempre que no viole derechos fundamentales.

Por lo tanto, se puede establecer que las rondas campesinas ejercen funciones jurisdiccionales, pues de acuerdo con este principio, las rondas campesinas actúan de acuerdo con su costumbre, la misma que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 00047-2004-AI/TC, como fuente de derecho, así en el fundamento 40, establece que;

Esta noción alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política. [Los elementos que lo constituyen son]: a) Elemento material, que hace “referencia a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y reiteración de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*)”; y b) Elemento espiritual, referido a la “existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; es decir, alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*)”.

En base a ello, se puede establecer que las rondas campesinas desde su nacimiento –hace aproximadamente 50 años– han venido ejerciendo funciones jurisdiccionales de acuerdo a su costumbre, la forma de administrar justicia no ha variado, vienen utilizando las mismas formas de solución de conflicto, tales como; la restitución del daño y el castigo, estos como forma de restituir el orden vulnerado (elemento material), asimismo, toda la comunidad rondera tienen interiorizada la forma como se administra justicia dentro de su comunidad rondera, pues ante cualquier problema acuden a las rondas campesinas a fin de solucionarlo (elemento espiritual).

**b. Principio de concordancia práctica**

El Tribunal Constitucional en el expediente N° 0005-2003-AI/TC, fundamento 4, ha establecido que;

(...) dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados.

Este principio propugna la interpretación en conjunto de aquellas disposiciones que puedan tener sentidos literales contradictorios, puesto que los preceptos constitucionales

deben estar dotados de una necesaria armonía a fin de buscar la protección de los derechos fundamentales.

Si no se tiene en cuenta este principio, se podría caer en el absurdo de que las rondas campesinas no pueden ejercer jurisdicción porque sería contradictorio con el art 138 de la Constitución, el cual señala que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial”, asimismo con el artículo 139 inciso 1 que recoge el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional con la excepción de la jurisdicción militar y arbitral; sin embargo, tal como ya se dejó establecido en el principio anterior, ello no es posible, pues es necesario interpretar de manera conjunta.

Ante este hecho, se hace necesario resolver este “conflicto” partiendo de la protección de los derechos fundamentales, haciendo la siguiente pregunta ¿qué pasa si en un determinado territorio no existe ninguna comunidad campesina o nativa?, las rondas campesinas acaso no pueden administrar justicia, dicha respuesta simplista sería incorrecta, pues se estaría limitando funciones que a todas luces ejercen las rondas campesinas, siendo necesario que la administración de justicia de las rondas campesinas se deba interpretar de acuerdo a los derechos fundamentales,

así, se debe tener en cuenta el derecho al acceso de la justicia (inc. 3, art 139 de la Constitución), pues si no es posible acceder a ésta porque el Estado no otorga las garantías para ello, no se puede limitar los derechos de los ciudadanos a fin de administrar justicia, por lo tanto es válido que las rondas campesinas administren justicia a fin de garantizar el acceso a la justicia de la población rondera, asimismo no se puede limitar su derecho a la identidad cultural (inc. 19, art 2 de la Constitución), puesto que la administración de justicia lo hacen de acuerdo a sus costumbres, asimismo, es incorrecto pensar que las rondas campesinas no pueden cumplir las mismas funciones de una comunidad campesina, pues tal como lo establece Ruiz Molleda (2008) “no existe diferencia sustancial relevante entre las rondas campesinas y las comunidades campesinas en relación con el ejercicio de la jurisdicción, pues son realidades similares, y que incluso tienen normas comunes” (p.22). Una evidencia palmaria de esta artificial diferencia se encuentra en la Ley 24571 (Ley de las rondas campesinas), la cual en su artículo 1 señala que “(...) en relación con las rondas campesinas su estatuto y reglamento se rigen por las normas de las comunidades campesinas que establecen la Constitución y el Código Civil”. Esta idea es reiterada en el artículo 1 de la Ley 27908 cuando señala que “Los Derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades

campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”.

Como se puede observar, es válido mediante este principio otorgar funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas, pues si no fuera así se estaría limitando el derecho al acceso a la justicia de los campesinos, así como su derecho a la identidad cultural, más aún si tenemos en cuenta que al existir rondas campesinas autónomas, estas cumplen similares funciones que las comunidades campesinas.

**c. Principio de corrección funcional**

El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12, ha establecido que;

Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

Siguiendo este principio, el artículo 149 de la Constitución no debe interpretarse tergiversando las funciones y competencias encargadas al constituyente, pues dicho precepto normativo lo que trata de regular es que la población rural resuelva sus conflictos según su derecho consuetudinario, buscando con ello una justicia de paz,

teniendo en cuenta que la razón de ser de dicho artículo es reconocer el pluralismo jurídico existente en nuestro país, y así se dejó establecido en el diario de debates, en el cual se señala que;

Nuestro Perú es muy disímil en las costumbres, en la idiosincrasia, en una serie de modos de ser, modos de vivir, y muchas veces no resulta justo aplicar unas normas legales que se preparan para Lima a algunas ciudades, pero no para las comunidades, donde existen otras realidades. (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 26)

Por lo tanto, no se puede establecer que sólo las comunidades campesinas y nativas posean jurisdicción, pues de acuerdo con este principio, si la razón de ser es que la población rural resuelva sus conflictos de acuerdo con su costumbre, no se puede negar dicha condición a las rondas campesinas, pues estos al ser una población rural y a falta de comunidades campesinas o nativas, puede resolver conflictos de acuerdo con sus costumbres.

Por lo tanto, no se puede establecer que, si en un determinado territorio no existe una comunidad campesina o nativa, no sea posible administrar justicia, porque con ello sólo se estaría negando la razón de ser de esta norma, por lo que, a fin de no llegar a ello, se debe establecer que si no existe ninguna comunidad campesina o nativa, las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales de

acuerdo a sus costumbres, dotando así de validez a lo establecido en el artículo 149 de la Constitución.

**d. Principio de función integradora**

Respecto a este principio el Tribunal Constitucional en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12, ha establecido que; “El ‘producto’ de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad”.

Al no respetarse este principio, es que se produce tantos conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal, pues que no existe una coordinación entre ambos, no se trata de tomar a la jurisdicción comunal como una justicia rival a la ordinaria, sino como una que intenta complementarla y ayudar a alcanzar al fin supremo del derecho, el cual es encontrar la justicia, es por ello la necesidad que exista una coordinación entre ambos.

Es justamente por no tener en cuenta este principio que se presentan tantos problemas entre la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción comunal de las rondas campesinas, pues se ve como una especie de rival a las rondas campesinas, llegando incluso a sancionar a los ronderos por

conductas que deben tomarse como ejercicio de su jurisdicción.

Por lo tanto, en base a este principio, se debería interpretar que las rondas campesinas poseen jurisdicción, pues con ello los poderes de Estado estarían integrados (no sancionándose penalmente a los integrantes de las rondas campesinas), teniendo que haber una coordinación entre ambos entes.

**e. Principio de fuerza normativa**

Al respecto el Tribunal Constitucional en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 12, manifiesta que

(...) la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir que las normas constitucionales no pueden ser consideradas tan sólo normas programáticas y políticas, pues no puede perderse de vista su esencial naturaleza jurídica que vincula al Estado y a los ciudadanos.

Si la Constitución, tiene una fuerza normativa vinculante que abarca a todo poder público, se debe partir reconociendo que el ser (naturaleza) del artículo 149 de la Constitución, tal

como se dejó establecido en el *ítem* anterior, es dotar de jurisdicción a la comunidad rural a fin de que estos puedan resolver sus conflictos de acuerdo a sus costumbres, por lo tanto, este fundamento debe ser reconocido por todo órgano del Estado, por ende, a falta de comunidades campesinas o nativas, los operadores jurídicos deben reconocer facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, respetando la naturaleza del artículo 149 de la Constitución.

Como se vio, una interpretación literal del artículo 149 de la Constitución no es suficiente, pues dicho actuar estaría desconociendo el contenido de otros dispositivos de la misma Constitución, por lo tanto, tomando como base lo establecido en los *ítems* precedentes, este artículo se debe interpretar de una manera diferente.

Para ello, se debe tener en cuenta, que el artículo 149 de la Constitución no expresa prohibición alguna respecto a las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas autónomas, sino que se está ante un silencio (pues no establece nada respecto a ellas), porque –tal como se mencionó líneas arriba– no conocían la realidad mediante la cual estaban legislando, por lo tanto a fin de poder interpretar dicho artículo, se debe tener en cuenta que las rondas campesinas autónomas surgieron hace aproximadamente 50 años en Cajamarca, siendo

fruto de la costumbre reiterada de la población rural, dotándolas de autoridad a fin de resolver sus conflictos, siendo ésta autoridad ejercida a través de su derecho consuetudinario dotando así de facultad jurisdiccional a las rondas campesinas.

Por la literalidad del artículo 149 del texto constitucional vigente, al supuesto de hecho “comunidad campesina” le corresponde la consecuencia jurídica “ejercen funciones jurisdiccionales”. Una interpretación lógica de este artículo admite extender su supuesto de hecho hasta abarcar a las rondas campesinas de caseríos o centros poblados, en la medida en que son instituciones sociales de naturaleza similar a las comunidades campesinas, al ser, como ellas, expresiones culturales de numerosos pueblos y comunidades andinas, las mismas que imparten justicia conforme a su derecho comunal. Con diferencia de estar integradas por campesinos parceleros. (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 25)

Por lo tanto, la frase “con apoyo” recogido en el artículo *in examen*, se debería interpretar, en el sentido de que las rondas campesinas tienen una función supletoria, siempre y cuando ellas pertenezcan a una comunidad campesina, pero por el contrario cuando no exista una comunidad campesina o nativa, la ronda campesina suplirá a las comunidades campesinas o nativas en el ejercicio de las potestades jurisdiccionales, con el fin de no dejar en estado de indefensión a la población rural.

En base a ello, el resultado de la interpretación del artículo 149 deberá tener el siguiente resultado:

Cuando existan Comunidades Campesinas o Nativas y dentro de ellas existan rondas campesinas subordinadas a éstas, las rondas campesinas cumplirán una función de apoyo en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de las comunidades campesinas o nativas.

Por otro lado:

Cuando no existan Comunidades Campesinas o Nativas y las funciones de estas últimas sean realizadas por las rondas campesinas, éstas ejercerán las facultades jurisdiccionales con las mismas limitaciones que las comunidades campesinas o nativas.

Dicha interpretación no es errada, pues, mediante el literal f, del artículo 2 del proyecto de Ley de Desarrollo del Artículo 149 de la Constitución Política del Perú, que regula la coordinación intercultural de la Justicia,<sup>27</sup>, se establece que: “[La] jurisdicción especial [es el] ámbito de la administración de justicia que corresponde a las comunidades campesinas, las comunidades nativas, las rondas campesinas y los pueblos indígenas”.

Como se puede observar, tratando de dar uniformidad al ordenamiento jurídico, se ha establecido con este proyecto, que,

---

<sup>27</sup> Proyecto de ley N° 3643/2013-CR, presentado ante el Congreso de la República el día 23 de junio de 2014.

si bien todavía no se promulga como una ley, que las rondas campesinas si poseen jurisdicción<sup>28</sup>, por lo tanto, pueden administrar justicia de acuerdo con su costumbre.

## **B. Elementos de la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas**

Luego de haber interpretado el artículo 149 de la Constitución se pudo establecer que las rondas campesinas si poseen jurisdicción, por lo tanto, ahora es necesario establecer los elementos de la jurisdicción dentro de la jurisdicción comunal de las rondas campesinas, pues es necesario que todo ente que posee jurisdicción presente dichos elementos.

### **a. *Notio***

Las rondas campesinas poseen esta facultad, pues al haberles otorgado la Constitución peruana la facultad de resolver conflictos, estos pueden conocer conflictos penales que se presenten dentro de su jurisdicción, pero no todos, sino solo aquellos que no sean demasiados graves (sobre ello se volverá más adelante), por lo tanto, las rondas campesinas pueden conocer los hechos, es decir el objeto

---

<sup>28</sup> El hecho de querer establecer de manera expresa la jurisdicción de las rondas campesinas no ha sido ajena al Congreso, así, mediante el artículo 1 del proyecto de la Nueva ley de Rondas Campesinas, proyecto N° 3643/2013-CR, se estableció que: "Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas como organizaciones independientes, democráticas y autónomas de los pobladores rurales de caserío o centro poblado, con la finalidad de promover la seguridad, la paz, la justicia y la moralidad, de conformidad con el Derecho consuetudinario y su jurisdicción especial, siempre que no violen los Derechos fundamentales de la persona. Los Derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca".

del conflicto, así como llevar a cabo la investigación necesaria.

Asimismo, se debe dejar establecido que una ronda campesina sólo puede conocer delitos que se hayan cometido dentro de su territorio, y respecto a derechos que afecten directamente a los ciudadanos pertenecientes a la ronda campesina, estos elementos, como son; el elemento humano, orgánico, normativo y geográfico ya han sido desarrollados por la Corte Suprema mediante el acuerdo plenario N° 1-2009/CJ-116<sup>29</sup>.

**b. *Vocatio***

Dicha facultad no es ajena a las rondas campesinas, pues éstas, a fin de poder resolver conflictos, llaman (citan) a los intervinientes a fin de que acudan a la asamblea, y es en

---

<sup>29</sup> Mediante el acuerdo plenario N° 1-2009/CJ-116, la Corte Suprema de Justicia del Perú, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003), estableció cuales eran estos elementos, así tenemos: Elemento humano, mediante el cual se establece que debe existir de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural a fin de que estos puedan administrar justicia. Elemento orgánico, existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades Puesto que a fin de poder resolver conflictos una ronda campesina cuenta con un presidente, asimismo está constituido por una asamblea, observándose de ello una organización, sin embargo; ello no queda ahí, puesto que la organización con la que cuenta una ronda campesina no sólo es dentro de una ronda campesina, sino que también existe una organización entre rondas campesinas de distintas zonas, así, se tiene un Comité Provincial de Rondas Campesinas, Comité Regional de las Rondas Campesinas y la Federación Regional de Rondas Campesinas de Cajamarca, observándose de ello una organización en torno a las Rondas Campesinas de varias provincias. Elemento normativo, existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las rondas campesinas. Elemento geográfico, las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva ronda campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la ronda campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

ésta en donde se resolverán los conflictos, para dicho fin, los ronderos notifican a las partes, debiendo éstos concurrir.

**c. *Coertio***

Las rondas campesinas, a fin de resolver conflictos, hacen uso de medidas coercitivas, así cuando las partes citadas no concurren a la asamblea, pueden –con ayuda de los pobladores– acudir a donde se encuentra la parte que no ha acudido y conducirla mediante la fuerza para que se pueda llevar a cabo la asamblea.

Así también, ejercen medidas coercitivas cuando al haber intervenido a alguien en flagrante delito, lo detienen hasta que se lleve a cabo la asamblea a fin de resolver su situación, para dicho fin, lo pueden trasladar mediante la fuerza a las autoridades de las rondas campesinas, o lo pueden detener en algún inmueble hasta que se lleve a cabo la asamblea.

**d. *Iudicium***

Las rondas campesinas no emiten sentencia, pues esta es un acto jurídico emitido por un Juez dentro de un proceso; sin embargo, la resolución de conflictos a los que llega lo materializan a través de sus actas, pues en éstas establecen todos los puntos tratados en la asamblea, y lo más

importante, la decisión tomada en el caso, esto es, la sanción que va a cumplir el responsable del hecho delictivo.

En muchos casos, la sanción que se impone al responsable consiste en una pena pecuniaria, como es el pago del valor del bien, o la realización de trabajos, y es mediante estas sanciones que las rondas campesinas ponen fin al delito cometido.

**e. *Executio***

Las rondas campesinas a fin de hacer cumplir lo decidido en la asamblea pueden conducir compulsivamente a los responsables del hecho para que estos cumplan con lo decidido. Así muchas veces se le obliga al condenado a devolver lo robado o hurtado, además pueden ser conducidos compulsivamente a fin de que realicen la cadena ronderil o a que realicen trabajos comunitarios, como el hecho de que trabajen en el campo.

Como se puede ver, las rondas campesinas poseen jurisdicción y por lo tanto pueden administrar justicia, debiendo ser ésta interpretada como otra forma más de jurisdicción especial, además de la jurisdicción militar y arbitral, formando parte de una justicia extraordinaria, no teniendo que tratarse como una justicia extraestatal.

[Pues las] rondas campesinas, ya vienen ejerciendo un conjunto de atribuciones propias de todo sistema de justicia, como son, en el ámbito penal: el ordenar la detención de una persona que presumiblemente haya cometido una conducta considerada delictiva al interior de la comunidad o centro poblado, ejercer la fuerza coercitiva necesaria para que se encuentren presentes durante su enjuiciamiento, evaluar la responsabilidad de los acusados, determinar la consecuencia correspondiente de acuerdo a las reglas (escritas u orales) de la comunidad y ejecutar la sanción señalada. (Defensoría del Pueblo, 2010, p. 17)

### **C. Elementos del acto jurisdiccional de la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas**

Eduardo Couture, con el fin de establecer un concepto de jurisdicción que supere las dificultades que versan sobre esta, es que establece, que dicha institución se debe analizar distinguiendo los tres elementos propios del acto jurisdiccional, esto es; la forma, el contenido y la función.

Por forma, o elementos externos del acto jurisdiccional, se entiende la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.

Por contenido se considera la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción, mediante una decisión que pasa en cosa juzgada.

Por función se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del Derecho. (J. Couture, 1958, pp. 33-34)

En base a esto se hace necesario verificar si dichos elementos propios del acto jurisdiccional se presentan en el ámbito

jurisdiccional de las rondas campesinas, analizando cada uno de los elementos en base a la actuación de las rondas campesinas.

**a. Forma de la Jurisdicción**

La jurisdicción tiene algunos elementos formales<sup>30</sup> de carácter externo, así, casi siempre, sin que sea una regla, existen; demandantes, demandados, juez y el procedimiento, estos elementos se presentan, casi siempre en la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, trasladando ello a la jurisdicción comunal de las rondas campesinas, se puede verificar que dicha jurisdicción también tiene determinada forma, pues tiene un procedimiento, en donde cualquier persona puede poner en conocimiento un hecho delictivo, llevando posteriormente una investigación, para finalmente sancionar o no a los imputados. Asimismo, en esta jurisdicción también se encuentran diferenciadas las partes intervinientes, así, por un lado, está el agraviado, quién interpone la denuncia; el imputado, quién podría ser el autor del hecho denunciado, y un juez, que no recae estrictamente en una persona, sino que la función del juez la desarrolla la asamblea, pues es aquí donde se toman las decisiones.

---

<sup>30</sup> La forma, pues, caracteriza normalmente a la jurisdicción, pero no es su único elemento integrante. Solamente cuando a las formas jurisdiccionales se unen los otros atributos de esta función, puede hacerse de ella una calificación correcta. (J. Couture, 1958, p. 36)

**b. Contenido de la Jurisdicción**

Eduardo Couture (1958), establece que; “por contenido de la jurisdicción se entiende la existencia de un conflicto de relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada” (p. 36).

Al respecto, las rondas campesinas resuelven conflictos que se dan dentro de la comunidad rondera, conflictos de relevancia para la comunidad. Las rondas campesinas al resolver los conflictos lo que buscan es reparar un derecho que ha sido lesionado, buscando con sus sanciones restituir el daño ocasionado y sancionar al infractor para que no vuelva a cometer el hecho delictivo.

Asimismo, aparte de esta característica de la jurisdicción que es tutelar bienes jurídicos, también se presenta otra, como es, el carácter sustitutivo, pues quién resuelve el conflicto, en este caso la asamblea, sustituye con su voluntad la voluntad de las partes, y por otro lado, al ejecutar lo decidido sustituye lo que debió haber realizado el obligado, pues mediante el uso de la coacción logra ejecutar lo decidido.

**c. Función de la Jurisdicción**

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa

función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido el derecho de acción y al Estado el deber de la jurisdicción<sup>31</sup>. (J. Couture, 1958, p. 39)

Al respecto, lo que hacen las rondas campesinas es resolver conflictos dentro de su comunidad, logrando con ello que los comuneros no resuelvan sus conflictos por su propia mano, por ello lo que buscan las rondas campesinas es la justicia, (tratando de restituir el daño ocasionado), la paz (a fin de que no existan conflictos entre los integrantes de la comunidad rondera), el orden (pues los integrantes de la comunidad rondera acuden a las rondas campesinas a fin de resolver sus conflictos), y la seguridad.

#### **D. Competencia de las rondas campesinas**

En el acápite anterior se logró interpretar el artículo 149 de la Constitución, así como el desarrollo de los elementos de la jurisdicción dentro de la jurisdicción comunal, lográndose establecer que las rondas campesinas poseen jurisdicción para administrar justicia; sin embargo ello no es suficiente a fin de que las rondas campesinas puedan resolver conflictos, siendo necesario que para dicho fin se establezcan límites a su

---

<sup>31</sup> La cosa juzgada y su eventual coercibilidad son inherentes a la jurisdicción. El carácter de irrevisibilidad que da a las decisiones judiciales la autoridad de la cosa juzgada, no aparece en ninguno de los otros modos de actuación del poder público. Una Constitución puede ser sustituida por otra Constitución; una ley puede ser derogada por otra ley; un acto administrativo puede ser revocado por otro acto administrativo; un acto jurídico privado puede ser modificado y reemplazado por otro acto jurídico; pero una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser sustituida, derogada, ni revocada por otra sentencia. (J. Couture, 1958, p. 39)

accionar, es decir, se hace necesario establecer que hechos o “delitos” pueden resolver las rondas campesinas.

**a. Competencia por materia**

Tal como se dejó establecido en el primer capítulo de esta investigación, la delimitación que se ha hecho está basada en cuanto a la materia penal, por lo tanto, en cuanto a dicha competencia (material) sólo se hace referencia sobre que “delitos” tienen competencia las rondas campesinas.

El artículo 149 de la Constitución, no establece mayores detalles en cuanto a la competencia que tendrían las rondas campesinas; sin embargo, Yrigoyen Fajardo (1999) establece que las “Rondas Campesinas pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad” (parr. 2).

En el mismo sentido Gonzales Campos<sup>32</sup> (2010), establece que;

(...) La Jurisdicción Comunal, específicamente en materia penal, el artículo 9 inciso 1 del Convenio 169 de la OIT autoriza la posibilidad de que los comuneros puedan conocer sobre temas penales, y aplicar su derecho consuetudinario para reprimirlos; al respecto, la norma señala que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos

---

<sup>32</sup> Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República.

interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. Esta disposición se encuentra reafirmada por lo dispuesto en el artículo 18° el Código Procesal Penal peruano, al establecer que “la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer (...) de los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución”. Es decir, este artículo procesal señala que los jueces penales ordinarios no pueden conocer los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución, esto es, los que son de competencia de la jurisdicción especial comunal. Resulta válido constitucionalmente lo dispuesto en el artículo 18 inciso 3 del Código Procesal Penal de 2004, que a decir de la Defensoría del Pueblo, reconoce la exclusividad de la justicia comunal “en consecuencia, los actos que ésta realice, en principio no sólo no pueden ser objeto de procesamiento alguno sino que deben ser respetados por la justicia común y demás autoridades estatales”. (p. 188)

Sin embargo, hay quienes manifiestan que las rondas campesinas no tienen competencia para conocer todos los delitos, sino sólo algunos de ellos; así Ardito Vega (2011) manifiesta que,

(...) en el caso del artículo 149 creemos que sería más adecuado precisar la competencia material según el criterio de los ordenamientos de Venezuela y Paraguay, excluyéndose de la competencia de las comunidades y rondas aquellos delitos que atentan contra el ordenamiento y los intereses estatales, así como los crímenes de lesa humanidad. (p. 42)

Asimismo, mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2009, no se ha establecido nada respecto a la competencia material de las rondas campesinas, por lo que se hace necesario establecer los límites materiales a dicha jurisdicción a fin de que su accionar no sea ilimitado.

En cuanto a la primera posición, no se puede establecer que las rondas campesinas puedan resolver cualquier delito que se presente ante su comunidad, que pasaría si se hubiera haya cometido el delito de Asesinato, como se sabe éste se encuentra tipificado en el artículo 108 de Código Penal en el cual se establece que, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 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.

Como se puede observar del tipo penal, se trata de un delito muy grave, que afecta un bien jurídico –vida– muy valioso para la sociedad, por lo tanto, si la ronda campesinas resolviera este tipo de delitos, no habría proporcionalidad entre la sanción a imponer al imputado y el delito cometido, puesto que las sanciones que imponen las rondas campesinas en su mayoría son; la cadena ronderil, los castigos físicos, la reparación del daño y los trabajos laborales, no pudiendo ser ninguna de estas penas proporcionales al daño ocasionado, por lo tanto, no se puede establecer que las rondas campesinas tengan competencia

para conocer todos los delitos, puesto que existen delitos muy graves, los cuales sólo pueden ser sancionados e investigados por la Jurisdicción Ordinaria Penal.

Por lo tanto, las rondas campesinas tienen competencia sólo para conocer aquellos delitos que no afecten gravemente el interés público<sup>33</sup>, es decir aquellos delitos que no denoten gravedad, y que al momento de cometerse no afecten gravemente un bien jurídico.

Así, las rondas campesinas podrán resolver la comisión de un delito de robo simple, en el cual se protege el bien jurídico patrimonio, y en el cual si bien, se pone en alerta a toda la sociedad, es un delito que afecta directamente al agraviado; sin embargo, no podrá resolver un delito de robo con subsecuente muerte, pues éste ya afecta gravemente el interés público, debiendo ser de conocimiento por parte de la Jurisdicción Ordinaria Penal.

Además, se debe tener en cuenta, que las rondas campesinas sólo podrán tener competencia material para

---

<sup>33</sup> En Venezuela la Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas en su art, 133 inc. 3, reserva para la jurisdicción estatal el juzgamiento de delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, corrupción, delitos contra el patrimonio público, delitos aduaneros, narcotráfico, tráfico de armas, crímenes organizados y crímenes internacionales: genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

Asimismo, el Código Procesal de Paraguay, señala que la competencia de las comunidades indígenas versa sobre hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad o bienes personales de algunos de sus miembros y no en aquellos casos señalados en la norma venezolana donde el agraviado es el Estado. (Ardito Vega 2010, p. 42)

conocer aquellos delitos que afecten a su comunidad o a integrantes de ella, por lo tanto, es imposible pensar que éstas podrían tratar de resolver delitos contra; la fe pública, la humanidad, los derechos intelectuales, orden económico, entre otros.

Teniendo en cuenta la historia de las rondas campesinas, éstas se formaron a fin de combatir a los abigeos, es decir, a fin de poder proteger su patrimonio, evidenciándose de esto que los delitos de mayor comisión en las zonas rurales, y los que más le interesan a las rondas campesinas son los que se cometen contra su patrimonio, así que se puede deducir que las rondas campesinas son competentes a fin de conocer delitos tales como, hurto, robo, abigeato, estafa, usurpación, daños, entre otros que se pudieran presentar.

Sin embargo, las rondas campesinas no sólo son competentes para resolver delitos contra el patrimonio, sino que también son competentes para resolver delitos contra la integridad física, como lesiones leves, lesiones por violencia familiar (que son muy comunes); delitos contra la familia; es decir, son competentes a fin de resolver delitos que –cómo se puede observar– no afectan gravemente el interés público, sino que afectan intereses propios de la comunidad o que afectan a los integrantes de dicha comunidad.

**b. Competencia territorial**

El artículo 149 de la Constitución establece un límite territorial para el ejercicio de la administración de justicia de la Jurisdicción comunal, solo podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales dentro de su “ámbito territorial”, por lo tanto, es imposible pensar que las rondas campesinas puedan administrar justicia frente a un hecho que se haya cometido fuera de su territorio.

Para dar contenido al concepto de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (Artículo 13, numeral 2), incluyendo dentro de los derechos territoriales inclusive “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (Artículo 14, numeral 1).

El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad legal [de las] ronda[s], sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. (...). Las rondas campesinas de estancias y aldeas [no] tienen tierras de propiedad común pero si tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo al límite de la estancia, aldea o caserío (que es el espacio de las familias empadronadas y que participan en las asambleas). Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual interactúan de alguna manera y por ende es ahí donde se aplica el Derecho y la justicia rondera. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al establecer el precedente

de que el término territorio no solamente se refiere a la tierra de propiedad legalmente reconocida, sino a la habitualmente ocupada por una comunidad indígena o a “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales” (Sentencia T-384 de 1994). (Yrigoyen Fajardo, 2002, pp. 10-11)

### **c. Competencia personal**

La competencia personal hace referencia respecto a las personas que se encuentran sometidas a la Jurisdicción Comunal; sin embargo, se debe establecer si la jurisdicción comunal sólo tiene competencia respecto a las personas que se encuentran dentro de los pueblos o también respecto a las personas ajenas a éstos.

Tal como se dejó establecido líneas arriba, las rondas campesinas tienen facultad jurisdiccional respecto a su territorio, por lo tanto, no existe ninguna duda de que todas las personas que se encuentren dentro del territorio de una ronda campesina están sometidas a su Jurisdicción Comunal, por lo tanto, si un integrante de un pueblo comete un delito estará sometido a dicha jurisdicción.

Respecto al segundo punto, se debe dejar establecido que una persona externa a la comunidad rondera si puede ser juzgado conforme a las costumbres de las rondas campesinas, siempre y cuando afecte derechos de personas

que integra la comunidad rondera o en todo caso afecte el interés comunal.

Para ello, se hace necesario que la persona agraviada sea un persona que pertenece a dicha comunidad rondera, siendo ésta una condición primordial a fin de poder juzgar a una persona externa, pues si la persona agraviada no pertenece a dicha comunidad –y así el delito se haya cometido en el territorio de la comunidad rondera– ésta no tiene ninguna competencia a fin de poder administrar justicia, pues al no pertenecer la persona agraviada a la comunidad, la ronda campesina no tiene ningún interés a fin de poder reestablecer su orden social. tal como lo ha establecido Yrigoyen Fajardo (1999);

(...) las normas [ronderiles] están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, como parte del derecho a la propia vida cultural”, debiendo en estos casos intervenir la Justicia Ordinaria, a fin de proceder conforme a sus atribuciones.

Sin embargo las rondas campesinas no sólo pueden juzgar a las personas extraterritoriales en ese supuesto, puesto que también los pueden juzgar cuando afecten intereses de los pueblos comunales en general, así, si alguien comete un delito de usurpación de aguas, en donde el agua pertenece a toda la comunidad rondera, viéndose afectada sus

derechos, la ronda campesina tiene la competencia necesaria a fin de poder sancionar de acuerdo a sus costumbres a los autores extraterritoriales de tal hecho.

Por lo tanto, resumiendo, se puede establecer que las rondas campesinas tienen competencia personal respecto a los propios integrantes de dicha comunidad, así como a personas extraterritoriales, siempre y cuando estos afecten intereses propios de un comunero o de los intereses de la comunidad rondera en general<sup>34</sup>.

#### **E. Los Derechos Fundamentales como límite a la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas**

Mucho se ha establecido que las rondas campesinas al administrar justicia vulneran derechos fundamentales, y si bien es cierto en muchas ocasiones se han excedido al momento de administrar justicia, ello no quiere decir que todas las acciones que realicen vulneren los derechos fundamentales.

Tal como se dejó establecido líneas arriba<sup>35</sup>, para establecer la vulneración de un derecho fundamental, se debe afectar su contenido esencial, pues de no ser así, no se puede establecer

---

<sup>34</sup> Mediante el Acuerdo Plenario 1-2009, la Corte Suprema ha establecido que, (...) el elemento objetivo, está referido –con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes– a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

<sup>35</sup> Al respecto véase el ítem C, del numeral 2.1.5.

la vulneración de un derecho fundamental, por lo tanto, aquellos que establecen que las rondas campesinas vulneran derechos fundamentales por el sólo hecho de limitarlos, tienen una noción equivocada, pues se tendría que valorar en el caso en concreto, si en realidad dicho accionar vulneró el contenido esencial de un derecho fundamental.

Además se debe tener en cuenta, que a fin de poder ejercer jurisdicción, se hace necesario “restringir” algunos derechos, pues si no se hiciera ello, sería imposible administrar justicia, no hay que olvidar que es necesario utilizar la coacción a fin de ejercer jurisdicción, por lo tanto, se hace necesario que las rondas campesinas puedan limitar algunos derechos fundamentales, como por ejemplo, la libertad personal, derecho al que muchas veces más restricciones se le ocasiona; sin embargo, no hay que olvidar que a fin de administrar justicia dicha restricción se hace necesaria, pues si se ve desde el otro ámbito, se puede observar claramente que la Jurisdicción Ordinaria a fin de poder administrar justicia limita muchos derechos fundamentales<sup>36</sup>, así, limita el derecho de libertad personal, por ejemplo con las órdenes de conducción

---

<sup>36</sup> Para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias* en la *esfera individual* y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal. Al aseguramiento del *proceso de conocimiento* sirven, por ejemplo, la presencia forzosa del acusado en el juicio oral a través de la detención provisional o por medio de la ejecución forzosa de una orden de prisión y la quizá necesaria conducción coactiva de un testigo contumaz a su interrogatorio (...). Para el aseguramiento de la *ejecución penal* sirven por ejemplo, la detención del condenado que se encuentra en libertad y que no ha obedecido la citación para la iniciación de la pena (...) o el uso de armas en el intento de fuga de un preso (...). (Roxin, 2000, p. 249)

compulsiva, prisión preventiva, internación en un centro psiquiátrico, así como la internación en un centro de reclusión, a la integridad corporal, cuando se realiza extracción de pruebas de sangre (en el delito de conducción en estado de ebriedad); la inviolabilidad de domicilio, cuando se realiza el descerraje; entre otros muchos derechos que se ven limitados cuando se ejerce la jurisdicción, por lo tanto, sería ilógico pensar que sólo la Jurisdicción Ordinaria puede limitar derechos fundamentales, no hay que olvidar que la Jurisdicción es una sola, que lo posee el Estado, pero éste puede ser delegado a cierto ámbitos, por lo tanto al poseer las rondas campesinas jurisdicción, éstas también tienen la potestad de limitar los derechos fundamentales con el único fin de poder administrar justicia.

Yrigoyen Fajardo, citando a Sánchez Botero (2002), establece que;

(...) la Corte Constitucional colombiana ha dejado sentado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales: el Derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y ciertos principios del debido proceso (previsibilidad), adecuados a su cultura. (parr. 52)

Además, es de tenerse en cuenta que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con las restricciones de derechos que pueda implicar (detenciones, sanciones, algunas formas de coerción personal, etc.), al ser legítimas y legales, no implican la comisión

de delitos o violación de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que se debe analizar el caso en concreto, porque es ilógico pensar que por la sola injerencia en un derecho fundamental se pueda establecer la vulneración de esta.

**a. Las sanciones y los Derechos fundamentales**

Líneas arriba se estableció que no toda acción que ejercen las rondas campesinas vulnera derechos fundamentales, puesto que la Jurisdicción Ordinaria también lo realiza; sin embargo, aparte de este fundamento, es necesario establecer si las sanciones que imponen las rondas campesinas son violatorias de derechos fundamentales.

Como se sabe, las sanciones<sup>37</sup> de mayor aplicación por las rondas campesinas son; la cadena ronderil, el trabajo comunitario, el castigo físico o la imposición de una multa; sin embargo las rondas campesinas al momento de imponer dichas sanciones, no puede vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales, entre estos; el derecho a la vida, a la integridad física y, el derecho a la libertad personal, pues sólo los puede restringir, por ningún motivo se acepta la vulneración de dichos derechos.

---

<sup>37</sup> Al respecto véase el ítem 2.2.3.

### **i. El Derecho a la vida**

El derecho a la vida es el derecho primordial de todos los derechos fundamentales, éste es el fundamento de los demás, pues sin éste sería imposible que un sujeto pueda ejercer sus otros derechos.

Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a la vida no tenga restricciones, dicho derecho también se puede restringir, así, por ejemplo, en conflictos armados o, lo que sucede con la institución de la legítima defensa, pues en dichas situaciones se puede limitar este derecho, siempre y cuando se cumplan con las reglas establecidas, pues de lo contrario se lo estaría vulnerando.

Ahora bien, no cabe duda de que, en ninguna circunstancia las rondas campesinas pueden limitar este derecho fundamental, pues ni siquiera lo pueden restringir, si harían ello, no se trataría de una restricción, sino de una vulneración, hay que tener en cuenta que la vida es el derecho primordial de todos los derechos fundamentales.

La limitación de este Derecho fundamental sólo se puede dar en situaciones extremas, por lo tanto, es imposible que las rondas campesinas puedan siquiera tratar de

limitar este derecho, pues no habría ningún fundamento que pueda validarlo.

## **ii. El Derecho a la integridad física**

El Tribunal Constitucional en el expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 162, ha establecido que;

Su contenido esencial tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral.

Una de las formas como se vulneraría este derecho, sería mediante la tortura y los tratos inhumanos, así, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o Degradantes señala que la tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras (...). No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean

consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 01429-2002-HC/TC, fundamentos 5, 6 y 7 ha señalado que;

Se entiende como “trato degradante” aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, angustia, y de inferioridad capaces de humillarles (...) y de quebrantar en su caso, su resistencia física o moral (...). Dentro del concepto de “tratos inhumanos”, identifican a aquellos actos que producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia, que empero, no llegan al extremo de la tortura, pues en la tortura se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles, constituyendo la tortura una forma agravada y deliberada de pena o de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En base a esto se puede establecer que los castigos físicos que infieren las rondas campesinas, no vulnerarían –de manera general– el derecho a la integridad física, pues las lesiones que muchas veces se les ocasiona a las personas no tienen la finalidad de humillarlas, sino que principalmente –de acuerdo con Regalado (2012)– buscan el “resarcimiento del daño y la restauración de las relaciones dañadas en la comunidad”<sup>38</sup> (p. 106); sin embargo también se debe tener en cuenta que la

---

<sup>38</sup> Para ciertos sistemas normativos indígenas, el agresor es una persona que ha sido influenciado por un espíritu o una energía negativa y por lo tanto representa el mal, en algún momento se identifica el delito o el acto transgresor como el pecado o la esclavitud del pecado, y entonces cuando aplican las sanciones están liberando a la comunidad de esa energía negativa. Están expiando al transgresor de sus culpas. (Regalado, 2012, p. 106)

calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de la misma, pues no se puede establecer de forma general que toda lesión producida a un sujeto vulnere el derecho fundamental *in comento*, pues para ello, se hace necesario analizar el caso en concreto.

En los casos de sanciones con latigazos la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia de tutela T-523/97 estimó que “el sufrimiento que esa pena podría causar al actor no reviste los niveles degradantes que humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”.

Asimismo, Cabello Mallol (1998), manifiesta que “[las lesiones deben dar la] gravedad requerid[a] para que pueda considerarse tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo y que tampoco podría considerarse como pena” (parr. 79).

### **iii. El Derecho a la libertad personal**

Es de señalarse que, como todo Derecho fundamental, la libertad personal tampoco es un Derecho absoluto.

Ningún Derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio<sup>39</sup>.

Según lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en el fundamento 2 del expediente N° 1091-2002-HC;

(...) la libertad individual, en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. (...) Lo que se tutela es la libertad física en toda su amplitud. Ello en razón a que ésta no se ve afectada solamente cuando una persona es privada arbitrariamente de su libertad, sino que también se produce dicha anomalía cuando encontrándose legalmente justificada esta medida, es ejecutada con una gravedad mayor que la establecida por la ley o por los jueces.

Es decir, que se vulneraría el contenido esencial del derecho a la libertad individual cuando dicha restricción tenga la calidad de injustificada o arbitraria, o por el contrario sea ejecutada con una gravedad que no se condice con lo establecido en la ley, por ello está prohibida toda forma de esclavitud.

La restricción, intervención o limitación de la libertad personal será grave, por ejemplo, cuando una persona sea enviada a un centro penitenciario debido a una condena. Será mediana cuando, por ejemplo, se dicte una orden de detención

---

<sup>39</sup> En el expediente N° 2663-2003-HC/TC; fundamento 3, se establece que, los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del Derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales. Es así que pueden ser restringidos o limitados mediante ley.

domiciliaria con permiso de trabajo o estudio, y será leve cuando, por ejemplo, se dicta una orden judicial de acudir mensualmente a un juzgado para firmar o impedimento de salida del país. (Adrián Coripuna, 2015, p. 340)

Cuando las rondas campesinas imponen la sanción de cadena ronderil o el trabajo comunitario, analizándolo en abstracto, no están vulnerando el contenido esencial del derecho a la libertad personal, pues dicha restricción no es injustificada, la justificación se encuentra en que la sanción que se le impone es por haber cometido un delito, menos aún arbitraria, porque dicha sanción se impone acuerdo a las costumbres de la ronda y de acuerdo al procedimiento establecido, y menos aún se puede establecer que dichas penas sean graves, pues la duración de la privación de la libertad no es excesiva, en muchas ocasiones no sobrepasa la semana; por lo tanto es imposible poder establecer que dichas sanciones sean vulneradoras del derecho a la libertad personal.

Al haber establecido, que las sanciones que imponen las rondas campesinas no son vulneradoras de los derechos fundamentales, ello sólo se puede establecer de manera abstracta, puesto que se deberá de analizar la vulneración de un derecho fundamental en el caso en concreto, por ejemplo, han sucedido casos en donde la ronda había colgado de los testículos a un hombre.

En Ichoacán, San Marcos, la ronda capturó a un abigeo y lo castigó con un fuste, [p]ese al castigo se negaba a reconocer su culpabilidad en una serie de robos de ganado. Según relatan los pobladores del lugar, bastó que le arrancaran un dedo del pie para que confesara todos sus delitos. (Ludwig & Guerrero, 2006, p. 26)

Como se puede observar, en dichos casos, es imposible tratar de establecer que dichas sanciones no vulneran derechos fundamentales, pues dichas prácticas son vulneradoras de derechos fundamentales, no pudiéndose amparar su actuación como sinónimo de ejercicio de jurisdicción, por lo tanto, dichas prácticas deben ser sancionados por la Jurisdicción Ordinaria.

## **2.3. Principales Principios que limitan el *Ius Puniendi***

### **2.3.1. Principio *ne bis in idem***

#### **A. Consideraciones generales del *ne bis in idem***

La prohibición de incurrir en “*ne bis in idem*”, atiende al derecho que posee toda persona a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos<sup>40</sup>; sin embargo, dicha frase “nadie puede ser juzgado ni castigado dos veces por el mismo hecho”, es la manera clásica como se suele identificar al principio de *ne bis in idem* o *non bis in idem*, dando solo una

---

<sup>40</sup> Aun cuando el ámbito tradicional en el que suele discutirse la aplicación de este principio es el penal (como criterio limitador del proceso y de la condena penal); sin embargo, en la actualidad aquél principio es reconocido (a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal) como uno de los principios informadores del Derecho sancionador en general. (Alcócer Povich, s.f. parr. 1)

aproximación del contenido *ne bis in ídem*, pero no agota su contenido.

Y es que, en efecto, la vaguedad del tenor de la fórmula, que podría ser traducida literalmente como “no dos veces en lo mismo”, deja sin especificar tanto el contenido del supuesto de hecho –*ídem*–, cuanto la consecuencia que se pretende evitar –*bis*. (García Albero, 1995, p. 23)

Además, las cuestiones relativas al principio *ne bis in ídem* o *non bis in ídem* son complejas y rodeadas de polémica, pues aceptar de manera abstracta que nadie debe ser juzgado o investigado dos veces por la misma infracción, es en teoría fácil; sin embargo, al momento de aplicarlo en un caso concreto, es cuando aparecen las dificultades que rodean a este principio.

Dejando así establecido de manera muy resumida que se entiende por *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, es preciso, establecer cuál es la correcta denominación de este trascendental principio, pues en la doctrina y jurisprudencia se sigue utilizando ambos términos (*ne* o *non bis in ídem*) a fin de referirse a este principio.

El jurista español López Barja de Quiroga (2004), manifiesta que;

[L]a cuestión “*ne*” o el “*non*” es una circunstancia surgida del cambio al estilo directo. En términos generales cabe decir que “*ne*” es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto subordinada y que se suele traducir “para que no” o “que no”. Ahora bien, si extraemos la oración subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción

subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en “*non*” y se traduce por “no”. (...) En otras palabras, si castellanizamos el principio si partimos de “*ne*”, habremos de decir principio “para que no (o “que no”) dos veces en (o por) lo mismo”, mientras que si partimos de la conjunción “*non*”, diríamos en principio “no dos veces en (o por) lo mismo”. (p. 17)

El jurista argentino Julio Maier, citado por Nuñez Pérez (2012) “sostiene que lo más conveniente y correcto es referirse bajo el adverbio negativo *ne*, pues esta forma se usa en textos imperativos o jurídicos” (p. 40).

En el mismo sentido, Reátegui Sánchez, citando a Bertelotti (2006), establece que,

(...) entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit*: “no vino”). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas*: “no vayas”), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (...). (p. 22)

Por lo tanto, en la presente investigación se referirá a esta garantía constitucional como la última posición, esto es “*ne bis in ídem*”. siguiendo así al profesor Julio Maier.

## **B. Fundamento Constitucional**

El principio *ne bis in ídem* no está consagrado específicamente en la Constitución de 1993 y “(...) al no ser mencionado expresamente en la Constitución, o por lo menos indicando su contenido (como es el caso de la constitución española, en el

artículo 25.1, cuando alude al principio de legalidad), ha generado en el ámbito nacional, su (...) inaplicación” (Núñez Pérez citando a Yon Ruesta, 2012, p. 41).

Sin embargo, el hecho de no estar reconocido constitucionalmente no nos puede llevar a considerar que no tenga un contenido constitucional, pues el Tribunal Constitucional en el fundamento 2 del expediente N° 0729-2003-HC/TC ha establecido que;

(...) el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*ne bis in ídem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país<sup>41</sup>; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Asimismo, el referido órgano colegiado constitucional, en virtud de la interpretación por comparación, ha invocado también la definición del principio *non bis in dem* esbozada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Aunque no se trate de un instrumento internacional que vincule al Estado peruano, el Tribunal Constitucional debe recordar, asumiendo la comparación como quinto método de la interpretación jurídica, y, en particular, en el ámbito de los derechos fundamentales, que similar apreciación prevé el artículo 4° del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos `1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada. Fundamento jurídico 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0729-2003-HC/TC.

La razón por la que el Tribunal Constitucional invoca los tratados internacionales antes señalados es porque, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, establece que; “Las normas relativas a los Derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

Hay que agregar, que; “al no estar previsto dicho principio en la Constitución, ha llevado a que, su elaboración sea inicialmente jurisprudencial y doctrinal, y actualmente consagrado en nuestro derecho positivo, que prohíbe la doble sanción por un mismo hecho” (Carlos de Miguel & Astarloa, 2002, p. 81).

A nivel legislativo, el artículo 90 del Código Penal consagra que “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Asimismo, el Código Procesal Penal de julio de 2004 en el artículo III de su título preliminar ordena que “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. (...).

### C. Naturaleza Jurídica

El principio *ne bis in ídem* surge a fin de poner un límite al *Ius Puniendi* del Estado, pues toda potestad sancionatoria de éste debe tener ciertos límites a fin de que el Estado no se desnaturalice y mantenga así el modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho, por lo tanto, el *ne bis in ídem* es un principio general que regula la potestad sancionadora del Estado.

Entendido el *ne bis in ídem* como un límite al *Ius Puniendi*, es preciso establecer cuál es su naturaleza jurídica, respecto a ello, no existe aún unanimidad ni en la doctrina ni en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, existiendo diferentes posturas, las mismas que se pasa a establecer.

#### a. Como derivación de la inviolabilidad del derecho de defensa

Al respecto, Carrió (1994), establece que “[este principio] puede ser considerada, como otras, una derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa (...)” (p. 379), Reategui Sánchez (2006), fundamentando esta posición, manifiesta que, “esta postura es compatible con el ejercicio de los medios de defensa técnico que dispone el imputado, como es la excepción de cosa juzgada<sup>42</sup>”. En otras palabras,

---

<sup>42</sup> Algunos autores, preguntándose acerca del fundamento del *non bis in ídem*, han concluido que el mismo reside en la institución de la cosa juzgada. Esta idea es desatinada, pues la relación

el *ne bis in ídem* material y procesal forman parte de una misma naturaleza jurídica<sup>43</sup> (p. 30).

La defensa es una garantía procesal que “comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él, la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa (...) esas actividades pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podría utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal. (Maier citando a Vélez Mariconde, 2004, p. 547)

Teniendo claro que se entiende por el derecho de defensa, esta posición no es la más adecuada, pues no se puede establecer que el fundamento principal del *ne bis in ídem* sea el derecho de defensa, pues si bien, el principio *ne bis in ídem* se puede utilizar como una garantía de defensa por parte el imputado, éste no es su fundamento, pues el *ne bis*

---

entre una y otra figura es más bien la inversa: el fundamento de la cosa juzgada material (en concreto de su efecto negativo o preclusivo) es el *non bis in ídem*, y no al contrario, como se pretende. (Cano Campos, 2001, p. 201)

<sup>43</sup> Sin embargo; Reategui Sánchez, confunde por qué Carrió manifiesta que el *ne bis in ídem* es un desprendimiento del derecho de defensa, pues éste establece que es un desprendimiento del derecho de defensa porque, un desprendimiento de éste es el derecho a un pronunciamiento penal rápido, (...) [pues] el acusado tiene un derecho constitucional a que su proceso avance. Si por deficiencias en la investigación, por haber quedado sin acusación un hecho que debió ser incluido en ella, por no habersele exhibido a aquél en la indagatoria piezas procesales de importancia, por no hacerle saber allí sus derechos, o por cualquier otra razón no imputable al procesado se ha dado causa a una nulidad, los tribunales están inhibidos de retrotraer el proceso a una etapa ya precluida. Hacerlo, no es sólo violatorio del derecho a un procedimiento penal rápido —incluido éste en la garantía de la defensa enjuicio—, sino además del principio constitucional que prohíbe someter al imputado a un doble juzgamiento por un único hecho.” (Carrió, 1994, p. 397)

*in ídem* ha sido constituido a fin de limitar el *Ius Puniendi* del Estado, a fin de que éste no vulnere la potestad punitiva que posee, y si bien es cierto la parte imputada puede hacer prevalecer este principio, lo hará siempre y cuando éste se vea vulnerado; sin embargo su función primordial está dirigida directamente al Estado, a fin de que éste no sobrepase sus funciones punitivas.

**b. Como derivación del Principio de Legalidad**

Respecto a esta posición, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1997) establecen que, “la prohibición de que un mismo presupuesto pueda dar lugar a más de una pena o modificación de ella es un problema que sistemáticamente cabe estudiar dentro del principio de legalidad” (p. 85).

Esta teoría es aceptada por el Tribunal Constitucional Español, el cual mediante STC 2/1981, en su fundamento jurídico 4, señala que “el *ne bis in ídem* como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones, puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determine con certeza los comportamientos punibles”.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional Peruano, en el expediente N° 0002-2001-AI/TC, fundamento 6, ha establecido que;

El principio del *ne bis in ídem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex previa* y *lex certa* que impone el artículo 2 inc. 24, ordinal d) de la constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

Es decir, que la razón por el cual se establece que el fundamento jurídico del *ne bis in ídem* es el principio de legalidad es porque, al establecerse que sanción corresponde a un delito, no es posible que se imponga otra pena más, pues al no estar previamente establecido se estaría vulnerando dicho principio, así la efectividad del *ne bis in ídem* estaría ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. “Además la imposición de una nueva sanción implicaría una sanción que no se encontraría prevista en la ley, porque la acumulación de sanciones sería una consecuencia jurídica nueva a la expresamente establecida en la norma” (Núñez Pérez, 2012, p. 82).

El principio de legalidad en su manifestación de garantías penal y criminal expresa que nadie puede ser procesado o sancionado por una conducta que al momento de su comisión no se encontraba prevista de manera estricta, previa y cierta en una norma, pudiéndose establecer que existe una gran vinculación entre el principio de legalidad y el *ne bis in ídem*, pues sería inútil la garantía de legalidad si el ciudadano puede ser sancionado por un mismo hecho cuantas veces sea, por no ser previsible la reacción del Estado ante una conducta realizada.

Sin embargo si bien entre ambos principios existe una gran vinculación, ello no nos puede llevar a establecer que el principio de legalidad sea el fundamento jurídico del principio *ne bis in ídem*, pues, de acuerdo con Jaén Vallejo (2003) “un *bis in ídem* no afecta a la necesidad de que la ley penal sea una ley escrita, ni al carácter de la ley previa, o a la necesidad de que sea una ley clara y precisa, ni tampoco a la prohibición de una interpretación analógica prohibida” (p. 4).

**c. Como derivación del derecho al debido proceso**

El Tribunal Constitucional, mediante el expediente N° 3194-2004, en su considerando 5, ha establecido que, “el principio de *ne bis in ídem* fluye del derecho al debido proceso

(artículo 139, inciso 3 de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial y de los instrumentos internacionales cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional”.

[El debido proceso tiene un] carácter residual y subsidiario, pues es una garantía-síntesis que está destinada a compensar todos aquellos ámbitos que no son abarcados por garantías más específicas. Se erige, por tanto, en una especie de “cajón de sastre” en el que tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no pueden ser subsumibles en los demás derechos del artículo 139 de la Constitución y especialmente en los derechos a la tutela jurisdiccional de defensa y a la presunción de inocencia. (San Martín Castro, 2015, p. 91)

Si bien es cierto, se puede establecer que el debido proceso tiene incidencia en el principio *ne bis in ídem*, ello no puede llevar a establecer que el primero sea el fundamento del segundo, pues el debido proceso, sólo sería fundamento de una parte del *ne bis in ídem*, en su vertiente procesal, así lo ha establecido San Martín Castro (2015), cuando establece que, “en atención a su sentido complejo, esta garantía incorpora relevantemente derechos-garantías específicos de primer orden, como el juez legal, el juez imparcial, el plazo razonable interdicción de las dilaciones indebidas, el *ne bis in ídem* procesal, el doble grado de jurisdicción y la legalidad procesal penal” (p. 91); sin embargo no sería fundamento en su vertiente material, por lo tanto, no se puede establecer que el debido proceso sea el fundamento

del *ne bis in ídem*, pues para serlo, tendría que ser de todo el principio en sí, y no sólo de una parte de éste, por lo tanto, si bien se puede establecer –al igual que los otros Derechos– que el debido proceso tiene un vínculo con el *ne bis in ídem*, es incorrecto establecer que éste sea su fundamento.

Además, porque el *ne bis in ídem* en su contenido material (entre esta manifestación la cosa juzgada) está expresamente establecido en la Constitución, no pudiendo ser un derecho residual (debido proceso) contenido constitucional de uno que está explícitamente establecido.

**d. Como derivación del principio de la seguridad jurídica**

Al respecto Nuñez Pérez (2012), manifiesta que el principio *ne bis in ídem* se deriva del principio de seguridad jurídica por qué;

El fundamento general del *[ne] bis in ídem*, sin distinguirse en su contenido material o en su contenido procesal, esto es dentro de una óptica abstracta, es la seguridad jurídica, en cuanto alberga sub-principios que limitan la capacidad sancionadora del Estado, buscando efectivizar la interdicción de la arbitrariedad.  
(p. 80)

En igual sentido el profesor López Barja de Quiroga (2004) manifiesta que;

(...) el principio de seguridad jurídica que rige todo el Estado de Derecho impone que la decisión del conflicto mediante la sentencia adquiriera la fuerza de la denominada cosa juzgada material y que expanda sus efectos fuera del proceso otorgando no sólo firmeza de lo declarado, sino haciéndolo vinculante para el futuro e impidiendo por consiguiente, que el ciudadano se vea expuesto a un nuevo enjuiciamiento por el mismo hecho. Evidentemente permitir en tales casos nuevos juicios sólo conduce a generar una grave inseguridad jurídica. (p. 57)

Se puede establecer que mediante el *ne bis in ídem*, lo que se busca es dar seguridad jurídica a las partes, pues a pesar de que no exista cosa juzgada material, con un doble proceso paralelo el ciudadano no tendría previsibilidad sobre su situación jurídica, pues no sabría si el pronunciamiento final de uno de los procesos respetará o será diferente al otro.

Asimismo, lo que se protege con el *ne bis in ídem* y consecuentemente lo cual conlleva a la seguridad jurídica, también sería la libertad y dignidad del hombre, la cual no puede verse doblemente amenazada por la existencia de dos procesos paralelos, así no se haya dado un pronunciamiento firme que genere cosa juzgada.

Sin embargo, a pesar de ello, no es correcto establecer que la seguridad jurídica sea la naturaleza jurídica del *ne bis in ídem*, porque a pesar que la seguridad jurídica es una de las garantías que se busca con el *ne bis in ídem*, está no es la

justificación primera del porqué el *ne bis in ídem*, puesto que la justificación primera está dirigida a controlar *el lus Puniendi* del Estado, fundamento que se tratará más adelante.

**e. Como derivación del principio de proporcionalidad**

Este fundamento es desarrollado por el Tribunal Constitucional, el cual considera que;

El *ne bis in ídem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer “una doble carga coactiva” o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del artículo VIII del CP de que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente al mismo. Como destaca la STC español 2/2003 de 16 de enero de 2003, “dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente. (Caro Coria, 2006, parr. 7)

El principio de proporcionalidad implica una relación entre el hecho delictivo y la sanción impuesta, donde se debe tener en cuenta algunos criterios para determinar dicha sanción, tales como la importancia del bien jurídico, la gravedad o la alarma social que produce la conducta y el elemento subjetivo.

El principio de proporcionalidad tiene dos manifestaciones, proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta, la proporcionalidad abstracta “se encuentra circunscrita a la conminación penal, propia de la formulación legislativa de la ley penal. (...) depende de las coordenadas culturales e históricas en las que nace la ley y supone una valoración circunscrita a la realización de los objetivos de la política criminal del Estado (...)” (Castillo Alva, 2004, p. 302), en cambio “la proporcionalidad concreta es el mandato dirigido al juez para que según el caso imponga la pena que el hecho merece. (...) no prescinde de la abstracta sino que fundándose en ella agrega otros elementos, inherentes al caso concreto, valorándolos íntegramente” (Castillo Alva, 2004, p. 318).

Entendido así el principio de proporcionalidad, es posible establecer que si se intenta poner una pena a un hecho que ya fue sancionado, se estaría vulnerando este principio, pues se estaría imponiendo otra pena además de la ya impuesta, resultando ser la sanción desproporcional al hecho delictivo cometido.

Sin embargo si bien entre ambos principios existe concordancia, no es posible establecer que el principio de proporcionalidad sea la naturaleza jurídica del *ne bis in ídem*,

pues el principio de proporcionalidad sólo es fundamento de la manifestación material del *ne bis in ídem*, solo se refiere a la imposición de sanciones, pero no a la persecución (investigación), por lo tanto, no es posible que sea el fundamento si sólo se refiere a una de las manifestaciones y no al *ne bis in ídem* en conjunto, debiendo tomar a éste como unidad.

**f. Como desprendimiento de un derecho genérico**

El principio *ne bis in ídem* tiene una naturaleza jurídica distinta a los que se vieron precedentemente, pues, si bien –como se dejó establecido líneas arriba– existe conexión entre todos estos, ello no puede llevar a establecer que éstos sean el fundamento del *ne bis in ídem*.

[Pues] el principio de *ne bis in ídem* se trata más bien de un principio de alguna manera diferente al derecho a defensa, al juez natural, a la irretroactividad de la ley procesal penal, de la presunción de inocencia, entre otros, que se refieren a aspectos de la organización que debe regir a todo proceso penal. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 32)

En cambio, tal como lo ha manifestado Binder (1999) el principio bajo comentario se;

Refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa –la intervención del aparato estatal en procura de una condena– solo se puede poner en marcha una vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho. (p. 167)

Además, también se debe tener en cuenta, que no es posible establecer que el principio *ne bis in ídem* tenga su fundamento en otro principio, pues la mayoría de estos, sólo se refieren a un ámbito –ya sea material o procesal– del *ne bis in ídem*, por lo tanto no es posible establecer que alguno de los derechos que sean visto sean fundamento del *ne bis in ídem*, puesto que no amparan a todo el contenido del *ne bis in ídem*, sino sólo a una parte de éste, y ello porque el principio de *ne bis in ídem* es un principio muy amplio como para que encuentre fundamento en algún otro principio, asimismo porque estos derechos, como el *ne bis in ídem* son principios orientadores del Derecho Penal.

Entonces, si ninguno de los derechos citados son la naturaleza jurídica del principio *ne bi in ídem*, ¿cuál es la naturaleza jurídica?, tal como se estableció en el presente subtítulo, el *ne bis in ídem* es un principio de naturaleza jurídica genérica-propia, no depende de ningún otro principio, siendo su fundamento principal limitar el *Ius Puniendi* del Estado, pues es una garantía a favor de las personas frente al poder en función en el cual se construye todo el sistema jurídico.

Es decir, el *ne bis in ídem*, viene a ser un medio de protección de la persona a fin de establecer límites al

ejercicio del poder estatal, traduciéndose en el ciudadano en el derecho a no ser intervenido en el ejercicio de su libertad, y para el Estado, en que sólo efectuará una limitación al entorno jurídico de las personas si la ley lo habilita.

#### **D. Contenidos esenciales del *ne bis in ídem***

El Tribunal Constitucional, uno de los entes del Estado que más se ha dedicado a desarrollar el principio *ne bis in ídem*<sup>44</sup>, ha establecido en el fundamento 19 del expediente N° 2050-2002-AA-TC, que “el principio *ne bis in ídem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal”.

##### **a. El *ne bis in ídem* material**

El *ne bis in ídem* material establece la prohibición de que a una misma persona se le impongan dos sanciones, por el mismo hecho y por el mismo fundamento, pues en este caso habría un exceso en la facultad que tiene el Estado para sancionar a una persona que ha cometido una infracción (exceso del *Ius Puniendi*). Lo que se busca es que no exista una sobreacción del Estado, es decir que en el mismo orden punitivo o en diferente, se establezcan dos sanciones,

---

<sup>44</sup> Se dice ello porque, tal como se dejó establecido líneas arriba, el principio de *ne bis in ídem*, es un principio de corte doctrinario y jurisprudencial, y es justamente en éste último, que la labor del Tribunal Constitucional, ha sido fundamental a fin de poder especificar y desarrollar el principio *sub examine*.

las mismas que sumadas resultarían desproporcionadas a la infracción cometida.

Asimismo, el Tribunal Constitucional al desarrollar este contenido material, en el fundamento 25 del expediente N° 8123-2005-PHC/TC señala que;

El enunciado según el cual nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Del mismo modo Reátegui Sánchez (2006) manifiesta que;

El principio de *ne bis in ídem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* impone la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido de injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido. (p. 44)

En otras palabras, y desde una interpretación mucho más amplia, mediante el *ne bis in ídem* material se proscribire el ulterior juzgamiento cuando por el mismo

hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa decidida o de cosa juzgada. De esta manera se evita, no el doble procesamiento, sino un nuevo y segundo procesamiento, utilizando los mismos argumentos que fueron utilizados en la resolución definitiva. (Alcócer Povis, s.f., p. 5)

El *ne bis in ídem* material tiene muchos alcances a fin de defender al ciudadano ante cualquier injerencia del Estado que tenga como finalidad castigarlo más de una vez por el injusto cometido, se establece injusto, porque no sólo protege al sujeto de dos sanciones penales, sino que lo protege de toda sanción estatal, provenga ésta de un sanción penal, administrativa, militar o comunal; asimismo, otro de sus alcances se manifiesta cuando se busca proteger a un sujeto ante la doble valoración de un hecho a fin de agravar la pena (caso de la doble valoración de agravantes) e incluso fundamenta la inconstitucionalidad de figuras jurídicas como la habitualidad o reincidencia, pues, se estaría valorando doble vez –para imponer una pena más grave– una circunstancia por la cual el sujeto ya fue sancionado, circunstancia que ya ha sido incluido en el sistema penal peruano por la ley N° 30076, mediante la cual se modificó el artículo 46 del Código Penal, en el cual se establece; constituyen circunstancias de atenuación y circunstancias agravantes, siempre que no estén previstos específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible.

En líneas posteriores se pasará a explicar el principio *ne bis in ídem* y su relación con unas figuras que se hace necesario esclarecer.

#### **i. *Ne bis in ídem* material y cosa juzgada**

En la actualidad se suele confundir entre los contenidos de las instituciones del *ne bis in ídem* y la cosa juzgada, sin entender que, si bien se relacionan en su aplicación, los alcances del *ne bis in ídem* no se agota en los alcances de la cosa juzgada<sup>45</sup>.

Como se advirtió líneas arriba, el Tribunal Constitucional, es el ente quién se ha encargado de desarrollar el principio *ne bis in ídem*; sin embargo, el desarrollo que le ha dado al mismo no ha sido del todo correcto, pues su análisis sobre el mismo ha llevado a confundir las dos instituciones que se vienen tratando, así, en el expediente N°4587-2004-AA/TC fundamento 46, ha señalado lo siguiente;

En relación a este derecho el tribunal tiene declarado, que si bien el *ne bis in ídem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como derecho fundamental de orden procesal; sin embargo al desprenderse del derecho

---

<sup>45</sup> Tanto la cosa juzgada como el *ne bis in ídem* buscan dar seguridad jurídica al sujeto; sin embargo no se debe pasar por alto que la cosa juzgada es trascendental para garantizar la inmutabilidad de una verdad histórica encontrada en un proceso y declarada en una sentencia; mientras que el *ne bis in ídem* más que garantizar la seguridad jurídica, a decir de Bertelotti, citado por Reátegui Sánchez (2006), busca ser una “garantía político - constitucional con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad de los ciudadanos”. (p. 46)

reconocido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso.

Asimismo, en el expediente N° 00286-2008 PHC/TC fundamento 10, establece una posición aún mucho más incongruente pues, llega a tratarlas como si fueran las mismas instituciones, llegando a señalar lo siguiente; “no puede afirmarse de manera absoluta que la sola existencia de dos juzgamientos en sede penal contra una misma persona, suponga la afectación al principio *ne bis in ídem*, pues para ello debe verificarse si uno de los dos procesos ya concluyó con una decisión jurisdiccional definitiva que tenga la autoridad de cosa juzgada”, es decir que para el máximo intérprete de la Constitución, para que se pueda establecer la vulneración del *ne bis in ídem* es necesario que uno de los procesos haya concluido con una decisión jurisdiccional definitiva (cosa juzgada); sin embargo ello no es del todo correcto, pues como se verá más adelante, el *ne bis in ídem* no se agota con la cosa juzgada, sino que va mucho más allá, manifestándose incluso en la institución de la cosa decidida, o también se puede tratar del *ne bis in ídem* procesal; como se ve, hay otras formas en las que se puede manifestar el *ne bis in ídem*, sin que sea la cosa juzgada la única de éstas.

Como se observa, si el Tribunal Constitucional llega a confundir ambas instituciones, por lo tanto se hace necesario señalar en qué punto se relacionan estas instituciones y en qué aspectos se diferencian las mismas, con el fin de llegar a una mejor comprensión de sus alcances y poder aplicarlas de una manera adecuada.

La cosa juzgada se encuentra establecida en el artículo 139 inciso 13 de la Constitución, la misma que establece la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...), constituyéndose, así como una garantía específica de corte jurisdiccional.

De Elía, citado por Reátegui Sánchez (2006) sostiene que;

[La] (...) cosa juzgada, pues, es una decisión jurisdiccional que tiene fuerza obligatoria para todo juez que se avocara a la causa, de allí que la cosa juzgada tenga carácter absoluto; se trata de una manifestación de voluntad de la potestad jurisdiccional que actúo en el caso concreto como la ley actúa respecto a la comunidad en general; la cosa juzgada hace las veces de una ley que no puede ser desconocida por una nueva resolución judicial sobre el mismo caso y los mismos sujetos. El principio de *[ne] bis in ídem* representa la base de toda la construcción procesal alrededor de la cosa juzgada. (p. 46)

Teniendo en cuenta que la institución de la cosa juzgada sólo tiene su ámbito de aplicación en lo jurisdiccional,

descartándose su aplicación en el ámbito administrativo, se hace necesario pasar a desarrollar la clasificación de ésta, así la doctrina ha establecido la existencia de dos clases de cosa juzgada, la forma y material.

Se entiende por cosa juzgada formal, cuando la resolución judicial que se ha expedido deviene en inimpugnable, ya sea, porque se consintió (no se impugnó la decisión) o porque adquirió lo ejecutoriado (se agotó la doble instancia), este tipo de cosa juzgada se manifiesta propiamente dentro del mismo proceso penal.

En cambio, se entiende por cosa juzgada material<sup>46</sup>, el impedimento de que un hecho ya juzgado a través de una resolución judicial firme sea materia de un nuevo proceso penal, asimismo, este tipo de cosa juzgada se aplica fuera del proceso penal en el cual se dictó la resolución, es decir hacia el futuro, impidiendo un nuevo juzgamiento sobre el mismo hecho.

Respecto a ello, Roxin (2000) ha establecido que;

(...) con los conceptos de cosa juzgada formal y material son descritos los diferentes efectos de la

---

<sup>46</sup> El agotamiento de la acción penal, originado por la cosa juzgada material, repercute como un impedimento procesal amplio (...), un nuevo procedimiento es inadmisibile, una nueva sentencia de mérito está excluida: *ne bis in ídem* (= *bis de eadem re ne sit actio*). Sí, no obstante, se dicta una segunda sentencia en mérito, ella es nula, según la opinión dominante (...). Es indiferente para ello que el fallo firme sea condenatorio o absolutorio (...). (Roxin, 2000, pp. 435-436)

sentencia, La cosa juzgada formal se refiere a la impugnabilidad de una decisión en el marco del mismo proceso (efecto conclusivo); junto a ello acarrea la ejecutabilidad de la sentencia (efecto ejecutivo). La cosa juzgada material provoca que la causa juzgada firme no pueda ser nuevamente objeto de otro procedimiento, el Derecho de perseguir penalmente está agotado (efecto impeditivo). (p. 434)

Como se puede observar, existe una relación entre el *ne bis in ídem* y la cosa juzgada material, al respecto, el profesor San Martín Castro, citado por Nuñez Pérez (2012), ha sostenido lo siguiente:

La cosa juzgada produce, dentro del proceso, efectos preclusivos y ejecutivos, en cuya virtud la sentencia emitida no está expuesta a ningún ataque desde ningún punto de vista, que es lo que se denomina cosa juzgada formal. Por otro lado, la sentencia, a su vez, también produce efectos más allá del proceso en que se dictó (cosa juzgada material), en cuya virtud resulta inadmisibile que pueda dictarse otra resolución posterior en proceso distinto sobre lo que fue objeto del primer proceso, a la vez que dicha resolución no tiene efectos vinculatorios para el contenido de la resolución que haya de recaer respecto de otras personas. La cosa juzgada material se apoya en el principio de *ne bis in ídem*. (p. 59)

Sin embargo si bien se puede establecer que existe similitud respecto a ambas figuras, estas no son idénticas, pues el principio *ne bis in ídem* es mucho más amplio que la cosa juzgada, no siendo correcto establecer que la cosa juzgada sea el fundamento del *ne bis in ídem*, pues la cosa juzgada no constituye un efecto, sino que se trata de una cualidad de la resolución judicial que se agrega a ella

para aumentar su estabilidad y sólo respecto a una resolución que tenga dicha calidad; sin embargo el *ne bis in ídem* es mucho más amplio, pues éste engloba a la cosa juzgada material y, además no se agota sólo en esta, sino que también se puede ejercer en circunstancias en que no se ha dado previamente una resolución judicial que genere cosa juzgada, pues, tal como lo ha establecido Reátegui Sánchez (2006), “para aplicar el *ne bis in ídem* –sin embargo– no es condición necesaria una resolución judicial final que cree estado y, por tanto, con capacidad coercitiva y de ejecución” (p. 50). En tal sentido, el *ne bis in ídem* se acciona por la existencia de un doble enjuiciamiento, aun cuando ninguno de ellos haya llegado a la etapa final en la que el juez penal decide el caso concreto y tal decisión sea inapelable.

## **ii. *Ne bis in ídem* material y cosa decidida fiscal**

Se discute si las disposiciones fiscales de archivo constituyen o no cosa juzgada, al respecto, es necesario establecer que dichas disposiciones no tienen la calidad de cosa juzgada, pues tal como se dejó establecido líneas arriba, la institución de cosa juzgada es propia de la función jurisdiccional, no estando dentro de ésta la disposición de archivo, pues esta es emitida por un fiscal y no por un juez.

Si la disposición de archivo no constituye cosa juzgada, entonces ¿cuál es su naturaleza jurídica?, al respecto se manifiesta que la disposición de archivo de la denuncia constituye cosa decidida; sin embargo y de acuerdo con Hurtado Poma (2008), se prefiere llamarle cosa decidida fiscal para diferenciarlo de la cosa decidida a secas o administrativa que es impugnabile por el proceso contencioso administrativo a diferencia del primero que es inimpugnabile e inmutable; la resolución de archivo fiscal no es cosa juzgada, pero es semejante y con los mismos efectos, que no permite una reapertura del caso sobre el cual ya existe una “clausura definitiva”.

Alcócer Pavis, citando a Sánchez Velarde (s.f.), manifiesta que;

Tal decisión Fiscal genera el estatus de inamovible “por cuanto la misma persona y por los mismos hechos ya resueltos no podrán ser objeto de una nueva denuncia”, sin embargo podría reabrirse o iniciarse una nueva investigación preliminar sobre los hechos o imputaciones archivadas en su momento por la Fiscalía “sólo en los casos donde existan nuevos e importantes elementos probatorios no conocidos por anterioridad por el Ministerio Público, y siempre que los mismos revelen la necesidad de la investigación del hecho punible”. (pp. 6-7)

Si bien lo manifestado por tal jurista tiene validez, porque así está establecido en el Código Procesal Penal, no hay concordancia en su totalidad, pues se debe tener en

cuenta la causal por la cual se procedió a archivar la denuncia penal, pues si este se refirió a la falta de elementos de convicción o a que no se pudo individualizar al imputado, es procedente que el mismo se pueda volver a investigar, pues tal decisión no ha adquirido la calidad de cosa decidida fiscal, pudiéndose reabrir investigación por el Fiscal que previno, siempre que se aporten nuevos elementos de convicción; sin embargo si la causal por la cual se procedió a archivar la denuncia fue, porque los hechos denunciados no constituyen delito, no sería posible volver a reaperturar la investigación, porque estos ya adquirieron la calidad de cosa decidida, pues, si el Fiscal ya estableció que el hecho no constituye delito no sería posible presentar ningún elemento de convicción que modifique tal cualidad, por ejemplo, hacer que el hecho denunciado resulte ser típico.

De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional<sup>47</sup>, mediante expediente N° 2725-2008-PHC/TC, fundamento 16, afirma que;

---

<sup>47</sup> El Tribunal Constitucional mediante el expediente 003-2005-PI/TC en su fundamento 255, ha señalado que: No es posible confundir la interdicción de *bis in ídem*, como impedimento de doble sanción cuando concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, con la libertad que tiene el legislador para configurar la pena conminada en la ley penal. Debe tomarse en cuenta, además, el hecho de que la pena compuesta a la que recurre el legislador para algunos delitos constituye una única manifestación del poder punitivo estatal, sin configurar un bis in ídem. [...] en la determinación legal de la pena el legislador goza, dentro de los límites fijados por la Constitución, de un amplio margen de libertad, atendiendo a los fines de la pena, así como a los bienes que se pretende proteger con la persecución penal de determinadas conductas.

La decisión fiscal de “No ha lugar a formalizar denuncia penal” en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159 de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada; sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (expediente N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

Asimismo, en el expediente N° 6081-2005-PHC/TC fundamento 7, ha dejado establecido que;

Una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”. No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal.

Por lo tanto, si en un caso en concreto se observa que una denuncia fue archivada porque esta no constituía delito ya adquirió la calidad de cosa decidida fiscal, trayendo como garantía que dichos hechos no podrán volver a ser investigados, pues de ser así, se estaría vulnerando el principio *ne bis in ídem*.

**b. El *ne bis in ídem* Procesal**

En líneas generales se puede establecer que el *ne bis in ídem* es su vertiente procesal, establece la prohibición de que una persona sea sometida más de una vez a un proceso sancionatorio; es decir, se prohíbe someter a un ciudadano a un doble riesgo de que se le vuelva a imponer una sanción, siempre y cuando, claro está, se trate del mismo sujeto, los mismos hechos y el mismo fundamento. Por lo tanto, la consecuencia más importante de esta vertiente es impedir la “múltiple persecución penal”.

El Tribunal Constitucional mediante el expediente N° 2050-2002-AA/TC, en su fundamento 19, respecto al *ne bis in ídem* procesal ha establecido que;

[Se garantiza] que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos, o si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto, con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y por otro, el

inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto por ejemplo).

Aunado a ello, se debe tener en cuenta que esta garantía no se aplica únicamente en el ámbito penal, protegiendo al ciudadano de dos procesos penales, sino que su alcance abarca a todo el derecho sancionador, proscribiendo el doble proceso que tenga como finalidad imponer una sanción, sea penal o administrativa, a una misma persona, por el mismo injusto cometido.

La razón de ser es porque el *[ne] bis in ídem* puede reclamarse, en su aplicación, no solamente en lo jurisdiccional, sino también en lo administrativo<sup>48</sup>. Por eso mismo concordamos con aquella posición que destaca lo siguiente: “Así la existencia de un procedimiento administrativo sancionador y de un proceso penal, sustentados en los mismos hechos y fundamentos jurídicos, determinan la vulneración del derecho al debido proceso, ya que la persona se vería sometida a un doble procesamiento (...)” (Nuñez Pérez citando a Gómez Sánchez Torrealba) (2012, p. 79).

#### **i. El *ne bis in ídem* Procesal y la nulidad del proceso**

Como se ha sostenido a lo largo de estas páginas, el desarrollo del principio *ne bis in ídem* en nuestro país se ha debido en gran parte, gracias al aporte que a realizado el Tribunal Constitucional, es por ello, que respecto a la

---

<sup>48</sup> Es indiferente que las sanciones cuya duplicidad se prohíbe sean todas de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo o ambas de este último carácter: cuando de un mismo hecho se trate, y únicamente se lesione un bien jurídico, sólo una de las sanciones puede ser impuesta. (Cano Campos, 2001, p. 196)

nulidad del proceso y el *ne bis in ídem* ha establecido en el expediente N° 3194-2004-HC/TC que;

No hay vulneración de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* cuando el nuevo juzgamiento es consecuencia de la anulación de uno previo en el que se infringió determinados derechos fundamentales, o que se sustenta en un vicio procesal grave, que la afecta en su esencia, y tal declaración de nulidad e iniciación del nuevo proceso sancionatorio tiene la finalidad de corregir, a favor del sancionado, una nueva vulneración de las normas procesales con relevancia constitucional

Es decir que si se declara la nulidad de un primer proceso y posteriormente se ordena la repetición del mismo, el procesado no puede alegar que se está vulnerando el *ne bis in ídem* procesal, puesto que el primer proceso, al haberse desarrollado con la vulneración de derechos fundamentales o un error procesal grave, no existe para el Derecho; sin embargo para establecer ello, se debe tener en cuenta que ésta nulidad tiene que darse en salvaguarda de los derechos fundamentales del imputado, y no con el fin de perjudicarlo.

Asimismo, y en base a los mismos fundamentos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, en los considerandos 67 – 77 señala lo siguiente;

En el presente, la Corte observa que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero

privativo militar por el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de la lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b y c del Decreto Ley N° 25659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto Ley N° 25475 (delito de terrorismo). Ambos decretos leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos, por lo tanto, los citados decretos leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana. (...). La corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra absolución, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla. De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana”.

Por lo tanto, se puede establecer que, no se puede alegar la vulneración del *ne bis in ídem* en cuanto a la nulidad de un primer proceso, si éste está referido a fin de remediar un grave error en beneficio del procesado, pues si se realiza el segundo proceso (a pesar del grave error o defecto procesal del primero) en perjuicio del imputado, se estaría vulnerando el principio *ne bis in ídem*, hay que tener en cuenta que el Estado sólo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora, si la pierde, ya no puede ejercerla, así invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso,

teniendo en cuenta que el error del Estado no puede ser pagado por el imputado.

### **E. La Triple Identidad**

A fin de poder invocar la concurrencia del principio *ne bis in ídem*, se hace necesario la presencia concurrente de las tres identidades, o como la doctrina y la jurisprudencia han denominado, la triple identidad, estas son *eadem persona* (identidad de persona), *eadem res* (identidad de hecho) y *eadem causa petendi* (identidad de fundamento), es decir que a fin de poder establecer la concurrencia del *ne bis in ídem*, se hace necesario que se presenten estas tres identidades, pues si faltara una de ellas no sería posible invocar la concurrencia de este principio.

#### **a. Identidad de sujeto (*eadem persona*)**

La identidad de persona hace referencia a que en ambos procesos se debe tratar del mismo sujeto activo, no interesando el agraviado, no hay que olvidar que este es un principio que otorga garantías sólo al imputado, pues se trata de una garantía personal, por lo tanto, resulta apropiado que dicha identidad sólo se refiera a éste, no importando así, si ambos procesos se tratan del mismo o diferentes agraviados.

Debe tratarse de la misma persona que fue perseguida con anterioridad. No ampara a coimputados del mismo hecho; esto es, quedarán excluidos los posibles partícipes aún no perseguidos y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: la desestimación o el archivo de la denuncia, ya que al no haberse individualizado al imputado no produce el efecto de cosa juzgada. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 61)

La condena o absolución de un procesado no impide que se promueva la acción penal correspondiente por el mismo suceso contra otras personas que pueden ser denunciados como autores o partícipes. Por ejemplo, si por insuficiencia probatoria no se pudo condenar al autor del hecho delictivo, ello no se puede utilizar para los demás coautores o partícipes del hecho delictivo, pues si aparecen nuevos elementos de convicción, se podría llegar a condenar a estos, por lo tanto, se puede establecer que esta identidad tiene un efecto restrictivo-individual, pues dicha identidad está restringido sólo a la misma persona que está siendo investigado o ya fue sancionado.

Asimismo, es necesario señalar que no interesa el grado de participación que se le haya dado al imputado, pues si en un primer momento se le investigó como cómplice de un hecho delictivo, y posteriormente se le quiere volver a investigar por el mismo hecho, pero esta vez en la condición de autor, se estaría vulnerando el principio *ne bis in ídem*, hay que tener

en cuenta, que lo que se protege es a la persona física en sí, y no el grado de participación que se le habría otorgado<sup>49</sup>. Respecto a esta identidad, a fin de poder establecer si se trata de la misma persona, no será necesario que para ello, se tenga que verificar que ambas personas tengan el mismo nombre (verificación nominal), lo que se tiene que verificar es una identificación física, para lo cual sería muy importante los métodos para identificar al imputado, ya se traten de métodos antropométricos, dactiloscópicos, entre otros.

Así, por ejemplo, con respecto a la excepción de la cosa juzgada, se ha dicho que no será suficiente la comprobación de la igualdad de nombres, sino que hay que tener certeza que se trate de la misma persona, por las generales de ley que obren en el primer expediente como en el proceso en cual se deduce la excepción de cosa juzgada. A mi juicio, bastaría con su identificación física, aun cuando se carezca de los datos que hacen a su identificación nominal. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 61)<sup>50 51</sup>

---

<sup>49</sup> El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 2725-2008, en su fundamento 20 ha dejado establecido lo siguiente; “En cuanto al primer elemento de la identidad de persona perseguida penalmente en varios procesos, si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una persecución nueva, cuando lo anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea esta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino frente a terceros”.

<sup>50</sup> Respecto a ello, Chinchay Castillo (2013) refiere algunos problemas que pueden parecer, así por ejemplo la persona natural que ha cambiado de nombre por motivos justificados. (...). Los casos más frecuentes son el nombre que suscita burla e irrisión, y el apellido asociado a una persona notoriamente detestada y causa de aversión. En [este] supuesto no ha de haber dificultad alguna para que se alegue el *ne bis in ídem*. Si Juan Pérez fue antes Sesibutod´ Merde, no hay inconveniente para que esta persona muestre la documentación que sustente su anterior identidad y de esta manera se libre de una doble sanción por lo mismo (...). (pp. 31–32)

<sup>51</sup> En la doctrina se plantea si es posible que una persona jurídica pueda ser beneficiada con el *non bis in ídem*, en el caso de que exista una previa sanción contra una persona jurídica (a través del Derecho Administrativo Sancionador), y, por el otro, que exista, una sanción contra una persona natural (a través del Derecho Penal), cuando ambas sanciones obedezcan al mismo hecho y fundamento. En el supuesto citado no se podría alegar tal violación, porque ambas personas (la jurídica y la natural) son sujetos de derecho distintos.

**b. Identidad de hecho (*eadem res*)**

Para invocar el principio *ne bis in ídem* no basta con la sola concurrencia de la identidad de persona, sino que también se hace necesario que los hechos sobre los que se funda la imputación sean idénticos; por ende, será idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona.

Esta garantía establece que se debe tratar del mismo hecho, pero ¿qué se debe entender por hecho?, al hablar de hecho, se hace referencia al acontecimiento histórico, un acontecimiento real, sucedido en un lugar y momento determinado.

Cuando [se habla] de un acontecimiento real, por tanto, no nos referimos, necesariamente, a un hecho verificado, sino tan solo atribuido como existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, hipotéticamente afirmado como real. Dos sujetos procesales son idénticos, y no permiten persecuciones penales distintas simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión concreta aun cuando sólo afirmadas hipotéticamente como ciertas. (Maier, 2004, p. 608)

Al tratarse el hecho como un momento histórico, debe ser tratado desde una perspectiva naturalista y no normativa, no importando por lo tanto la distinta calificación jurídica que se le dé; es decir, que para la presente identidad interesa la hipótesis fáctica y no la calificación jurídica en la cual ha sido subsumida, entendiendo por calificación jurídica no sólo al

delito en el cual se encuadra el hecho, sino también al grado de desarrollo del delito (tentativa, consumación), al grado de participación que se atribuye al individuo (autor, partícipe) y en general a todo tipo de valoración jurídica, pues muchas veces, dicha valoración está dirigida por la subjetividad –ya sea del juez o fiscal– respecto a un caso en concreto.

Clariá Olmedo, citado por Reátegui Sánchez (2006), manifiesta que;

Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuicidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa y consumación<sup>52</sup>. (p. 66)

Ahora bien, para poder establecer que se tratan de los mismos hechos, es necesario que se dé una correspondencia total y absoluta entre los hechos, o, por el

---

<sup>52</sup> El concepto hecho punible por su similar, más utilizado cuando se trata del proceso penal, *imputación penal*, no es determinable sólo fácticamente, sino, por el contrario, también valorativamente, a través de definiciones normativas, para el caso, específicamente jurídicas. Aquello en lo que consiste un *genocidio*, o un *homicidio*, o una *apropiación indebida*, o una *administración fraudulenta* o un *abandono de persona*, como acción u omisión concreta del mundo físico, sólo encuentra su definición en el mundo de los conceptos normativos. Lo único posible de extraer del mundo físico es, quizá, la localización y separación de un movimiento del cuerpo humano, y ello sólo a partir de ciertos convencionalismos que operan sobre nosotros casi inconscientemente. En ocasiones, además, de un único movimiento corporal pueden derivar varias imputaciones (o acciones punibles), mientras que, en otras, no es raro encontrar una imputación única, consistente en varios movimientos corporales y, más allá aún, en varios comportamientos humanos. Por lo demás, la existencia jurídica de la omisión –de modo obvio– depende exclusivamente de una creación normativa, pues en el mundo físico, precisamente, nada sucede, en el sentido de que no existe una acción humana y, menos aún, una acción a la que se le pueda atribuir determinadas consecuencias. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 66)

contrario, que no existan grandes diferencias de detalle entre ambos hechos<sup>53</sup>.

Respecto a ello, Reátegui Sánchez (2006) señala que;

La regla del *ne bis in ídem* no se aplica, sin embargo, cuando el nuevo examen versa sobre una conducta independiente de la que originó el primer proceso. La autonomía de las acciones puede comprobarse mediante la supresión mental hipotética de la idea básica: si la nueva conducta pudo subsistir sin la primera, estaremos en presencia de un hecho nuevo, que puede dar origen, legítimamente al segundo proceso. (...). (p. 75)

Un ejemplo de aplicación de lo señalado es el caso de que a una persona se lo condene por tentativa de homicidio hacia un sujeto que quedó gravemente herido, como consecuencia del daño sufrido, tiempo después el agraviado muere. En ese caso no se puede juzgar y sancionar nuevamente al sujeto activo ya sentenciado por tentativa de homicidio, pues este nuevo acontecimiento (la muerte del agraviado) no podría subsistir sin el ya juzgado y sentenciado, no configurando hechos autónomos y diferentes.

---

<sup>53</sup> En general, la doctrina afirma que, para que opere la garantía de *ne bis in ídem*, es necesario que se mantenga la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva. (Binder, 1999, p. 157)

Por lo tanto, como conclusión, se debe tener en cuenta que a fin de establecer la identidad de hecho, se debe tomar el hecho como un suceso histórico, ocurrido en un tiempo, lugar y modo determinado, no importando la calificación jurídica<sup>54</sup> que se dé sobre éste.

**c. Identidad de fundamento (*eadem causa petendi*)**

La identidad de fundamento, o el *eadem causa petendi*<sup>55</sup> viene a ser la identidad clave y determinante para concluir si existe o no la vulneración del *ne bis in ídem*, y es justamente la que ha generado mayores problemas para la aplicación de dicha garantía constitucional, así como para la legislación de la normativa sancionadora.

De manera general, se puede establecer que la identidad de fundamento viene a ser la razón de la pretensión, es decir el motivo por el cual se sanciona a una persona, la causa que genera la aflicción impuesta en su contra. Sin embargo, si

---

<sup>54</sup> Núñez Pérez (2012), apunta lo siguiente: “La pretensión del Estado en el ejercicio legítimo de su *Ius Puniendi*, feneció al no poderse luego, como se pretende en el presente caso, darle otro *nomen iuris* al supuesto fáctico atribuido cuando al final es el mismo hecho imputado. Téngase en cuenta que la identidad del objeto o del hecho punible no implica exigir una identidad en la tipicidad asignada al comportamiento delictivo, ya que lo importante es verificar que el hecho juzgado sea el mismo que aquel que sigue siendo sometido a proceso penal, por lo que la asignación de un nuevo *nomen iuris* no implica, en realidad, variar la imputación. Si en todo caso, lo que se ha querido en el proceso penal es corregir el supuesto error en la calificación jurídica del mismo hecho fáctico que se atribuye, se han debido aplicar las reglas de la desvinculación. (...) La subsunción jurídica errada sigue siendo delito debiéndose corregir a través de esta institución jurídica evitando la impunidad de algo evidente”. (p. 207)

<sup>55</sup> La idea de “misma causa de persecución” (*eadem causa petendi*) es equívoca. Puede decir que: (i) La pretensión procesal sea la misma (en dos o más procesos o en dos o más resultados de dos o más procesos: dos o más sanciones). (ii) La motivación subjetiva que lleva a pedir dos o más sanciones sea la misma. (iii) La norma que habilita formular la pretensión sea la misma. (Chinchay Castillo, 2013, p. 40)

bien esta definición establece que se debe entender por identidad de fundamento, aún no es del todo preciso para poder referirnos cuando existe esta identidad, por lo tanto, se hace necesario, primero, establecer las posturas que se han desarrollado al respecto, para posteriormente establecer como debe ser entendido esta identidad.

**i. La identidad de fundamento como identidad de jurisdicción de los jueces.**

Al respecto Reátegui Sánchez (2006) sostiene que,

(...) la identidad de causa también se refiere a la identidad de *jurisdicción* de los jueces, en el sentido que ambos examinen un mismo hecho imputado con idénticos poderes-penales (competencia material). La *ídem causa petendi* indica que las pretensiones penales ejercidas tienen que ser idénticas en su contenido y alcance jurídico-penal, esto es, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles encuadramientos penales (sea de delito de acción pública como de acción privada) por parte de los Tribunales que deben intervenir en ambos. (p. 80)

Sin embargo si se toma como cierta esta posición, la identidad de fundamento sólo se podrá presentar dentro de la jurisdicción penal, pues tal como se dejó establecido en las líneas anteriormente citadas, dicha identidad está referido a que un mismo juez con la misma jurisdicción pueda examinar un mismo hecho, por lo tanto, sería imposible imaginar la imposición de esta garantía en otros

ámbitos que no estén bajo la jurisdicción de los jueces penales, por ejemplo, que pasaría si se estuviera frente a la concurrencia de una sanción administrativa, bajo ésta óptica, a un mismo sujeto por un mismo hecho se le podría imponer tanto una sanción administrativa como una sanción penal, pues al tratarse de ámbitos jurisdiccionales diferentes, sería imposible la concurrencia del tercer requisito del *ne bis in ídem*, identidad de fundamento.

Por lo tanto, este criterio no es el más adecuado a fin de establecer que se entiende por identidad de fundamento, pues ello sólo serviría dentro de un proceso penal, dejando de lado otras ramas del derecho como la jurisdicción contenciosa administrativa, la jurisdicción comunal o la jurisdicción militar.

Así también, no es correcto establecer que la identidad de fundamento debe basarse en la capacidad de provocar una consideración del mismo hecho (encuadramientos penales), pues como bien se sabe, la garantía del *ne bis in ídem* no sólo puede darse dentro de las sanciones penales, sino que también se deduce dentro de las sanciones administrativas, no siendo posible que éstas se puedan encuadrar dentro de un delito, ya que su

naturaleza es distinta, observándose así, que esta posición no agota el contenido *ne bis in ídem*, pues mediante esta posición dicha garantía sólo podrá darse dentro de la jurisdicción ordinaria penal, dejando de lado otras ramas del derecho.

## **ii. La identidad de fundamento como bien jurídico**

Respecto a esta posición, el Tribunal Constitucional, mediante el expediente N° 6803-2006-PHC/TC, fundamento 3 ha establecido que;

Si bien los hechos que dieron lugar a ambos procesos fueron los mismos, no lo son los bienes jurídicos protegidos en cada uno de los referidos procesos. Del estudio de autos se tiene que existen dos procesos penales contra el accionante, uno (...) por el delito de denuncia calumniosa (...), y otro referido al delito contra el honor-calumnia y difamación (...). Por tanto, este Tribunal advierte que no se presenta la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento entre ambos procesos imprescindible para determinar una vulneración del principio *ne bis in ídem*.

Es decir, que para el Tribunal Constitucional la identidad de fundamento se determina analizando el bien jurídico protegido por cada uno de los delitos investigados o sancionados, así, si se trata del mismo bien jurídico se podrá establecer que existe identidad de fundamento, pero, por otro lado, si se establece que no se trata del mismo bien jurídico, no se podrá establecer dicha

identidad, por ende, no se podrá establecer la vulneración del *ne bis in ídem*.

Sin embargo, equiparar la identidad de fundamento al bien jurídico protegido, sólo podría ser válido dentro del mismo Derecho Penal, pues es en esta rama en donde mayor desarrollo se le ha dado a esta institución; sin embargo, en otras ramas como es el Derecho Administrativo sería complicado hablar de “bienes jurídicos”, pues éstos no son su finalidad, no pudiendo establecer una identidad de fundamento entre el ámbito administrativo y el ámbito penal.

Al respecto García Caveró citado por Caro Coria (2006), manifiesta que;

[Ésta es una] equiparación problemática porque la prohibición de bis in ídem no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, se rige más bien por “criterios de afectación general, estadística en todo caso”, por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, “aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen”. (parr. 11)

Por lo tanto, esta concepción de la identidad de fundamento como bien jurídico no abarca todo el contenido de dicho principio, pues sería casi imposible determinar la identidad de fundamento entre una sanción perseguida o vertida en un proceso penal y entre una sanción perseguida o vertida en un procedimiento administrativo, pues en este último no se pretende proteger bienes jurídicos –como sí lo hace el Derecho Penal–, sino que lo que busca es proteger normas de ordenación social, más que todo la bienes del Estado.

Además, es de tener en cuenta que dicha concepción, tampoco sería de gran utilidad dentro del mismo ámbito penal, por ejemplo, que pasaría si a un sujeto se le condenó por el delito de hurto; sin embargo, después se le pretende sancionar por éste mismo hecho al mismo sujeto por el delito de peculado, si tomamos como cierto el criterio del bien jurídico como identidad de fundamento, sería imposible establecer la vulneración del *ne bis in ídem*, pues se tratan bienes jurídicos diferentes, por un lado se protege el patrimonio, y por otro la administración pública, por ello, entender la identidad de fundamento como el mismo bien jurídico<sup>56</sup> no abarca todo el contenido

---

<sup>56</sup> “(...) queda claro que las infracciones administrativas no sustentan su desvalor en el sentido comunicativo del hecho concretamente realizado por el autor. Si bien una infracción administrativa puede lesionar o poner en peligro ciertos derechos o intereses, la razón de la prohibición administrativa no ésta en la perturbación social del hecho concreto, sino en el

del *ne bis in ídem*, pues hasta en el mismo ámbito penal quedan dudas sobre su aplicación, por ello, esta corriente no es del todo correcta, no pudiéndose asimilar la identidad de fundamento al mismo bien jurídico.

### **iii. La identidad de fundamento como ¿identidad de efectos?**

Al respecto García Caveró (2007), manifiesta que,

(...) el fin de protección en el Derecho administrativo sancionador difiere del fin de protección del Derecho Penal. En estos casos no puede hablarse de una identidad de fundamento, sino cuando más, de una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la más grave), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada (...). (p. 101)

Sin embargo no se puede tomar como cierto lo establecido por García Caveró, pues, si fuera así, una sanción penal siempre va a ser más grave que una sanción administrativa<sup>57</sup>, pues el Derecho Penal –en la mayoría de sus penas– restringe la libertad de las

---

mantenimiento del funcionamiento global del sector social administrativamente regulado. Las normas administrativas de sanción aseguran el funcionamiento global de un sector del tráfico social sometido a control o fiscalización, por lo que sus sanciones tienen como finalidad únicamente que ese sector no colapse con una generalización de conductas contrarias al orden impuesto. El Derecho Penal, por el contrario, protege la vigencia de la norma defraudada por la afectación culpable de un bien jurídico". Alcides Chinchay citando a García Caveró (2013, p. 48)

<sup>57</sup> Hay quienes establecen que a fin de solucionar el problema de la identidad de fundamento, se debe partir de la solución que se le da al concurso aparente, sin embargo, la solución que se da para el concurso aparente no puede ser usado a fin de solucionar el problema de la identidad de fundamento, pues tal como lo establece García Alberó (1995), "la doctrina alemana alude no al *non bis in ídem* sino al principio de prohibición de doble valoración (...) como fundamento al concurso de leyes". Por lo tanto, en base a ello, en un concurso aparente de normas no es necesario que concurra los requisitos de *ne bis in ídem* (identidad de: personas, hechos y fundamento), sino sólo que no se valore doble vez un mismo hecho. (p. 43)

personas, uno de los derechos primordiales y *sine qua non* a fin de que una persona se realice en sociedad, no pudiendo por lo tanto una sanción administrativa, ya sea de multas, cesantías e inhabilitaciones, ser más grave que una sanción penal.

Ante ello, la identidad de efectos, como lo ha nombrado García Caveró, no podría aplicarse cuando el hecho ya se sancionó en el ámbito administrativo, pues la sanción impuesta en este ámbito, tal como se dejó establecido líneas arriba, no podrá ser más grave que una sanción penal, por lo tanto, ante esta situación, no podría establecerse la vulneración al *ne bis in ídem*, pues sería válido que en el ámbito penal se vuelva a sancionar al sujeto por el mismo hecho.

Tratando de dar una solución a ello, Chinchay Castillo (2013), manifiesta que;

(...) al tomar conocimiento de un hecho en el que la entidad debe decidir si [e]l hecho es falta administrativa, tal entidad debe hacerse una simple pregunta: ¿el hecho está descrito en una norma penal como delito? Si la respuesta es sí, ya operó la preminencia. Se trata de remitir todo lo actuado al fuero penal y abstenerse de seguir tramitando el proceso administrativo. (p. 57)

Por lo tanto, esta posición sólo se podría utilizar cuando es el Derecho Penal quién investigó primigeniamente,

pues de ser así, el ámbito administrativo no podrá volver a sancionar un hecho que ya fue de conocimiento en el ámbito penal, pues por “identidad de efectos”, la sanción penal puede abarcar tanto la función del Derecho Administrativo como del propio Derecho Penal.

En este sentido, la sanción penal y la disciplinaria no solo carecen de identidad de fundamento, sino que, por lo general, los efectos que despliega la pena no alcanzaría a los fines de las sanciones por la violación a los deberes de sujeción especial. Por ejemplo, la destitución no es una sanción disciplinaria que las penas puedan satisfacer, pues hasta la inhabilitación penal es temporal. Solamente en casos muy específicos en los que la sanción disciplinaria no alcanza a la destitución y, más bien, a otro tipo de sanción (multa, suspensión o amonestación), puede ser que la sanción penal satisfaga empíricamente el fin procurado por la sanción disciplinaria. Pero la regla general es que la sanción penal no cubre el fundamento de la sanción disciplinaria (...). (Chinchay Castillo 2013, p. 49)

#### **iv. La identidad de fundamento como identidad de fines**

Como se vio, ninguna de las posiciones que se han desarrollado respecto a qué se refiere la identidad de fundamento son válidas, pues éstas han sido motivo de críticas, por lo tanto, es preciso ahora establecer ¿qué se entiende por identidad de fundamento?, para ello, se debe tener en cuenta que la identidad de fundamento viene a ser la razón de la pretensión, es decir el motivo por el cual se sanciona a una persona, la causa que genera la aflicción impuesta en su contra, por lo tanto para

comprender que se debe entender por identidad de fundamento, se debe partir –de manera primigenia sin dar ninguna opinión adelantada– que ésta hace referencia al fin o función que debe cumplir un determinado instrumento punitivo.

A fin de establecer la identidad de fundamento, no se debe tratar de identificar los fines del Derecho Penal con los fines del Derecho Administrativo, pues tal como se dejó establecido en el acápite anterior, éstos no cumplen los mismos fines, siendo por lo tanto imposible en ese aspecto identificar una misma identidad de fundamento; sin embargo, se ha desnaturalizado lo que se debe entender por identidad de fundamento, pues está bien entender por éste a los fines o fundamentos que persigue tal o cual ámbito del Derecho, pero no se puede tratar de identificar la identidad de fundamento entre distintos ámbitos del Derecho.

Establecido que la identidad de fundamento debe ser entendida como los fines que se persigue, es necesario dejar establecido que no habría problema para poder establecer la identidad de fundamento dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, pues, si en un primer momento ya se sancionó a una persona por un

hecho cometido, y si la sanción recaída en dicho hecho cumplió los fines de Derecho Administrativo Sancionador, no se podrá –en un segundo momento– volver a investigar o sancionar por el mismo hecho al sujeto, pues ya se establecería la triple identidad.

Ahora bien, la situación no cambiaría cuando se trate de verificar si concurre la identidad de fundamento entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, para ello se debe tener en cuenta que el Derecho Penal es el poder punitivo por excelencia del Estado, pues, es éste justamente quién limita mayores derechos fundamentales, tal como la libertad, por lo tanto, estando el Derecho Penal como el último umbral del poder sancionador del Estado, es lógico, que a fin de poder establecer la identidad de fundamento entre otras ramas del Derecho y el Derecho Penal, ésta identidad se base teniendo en cuenta el fin que se pretende cumplir en el Derecho Penal, para ello se observará si la sanción impuesta en otro ámbito ya cumplió el fin del Derecho Penal, de ser así existirá identidad de fundamento, siendo innecesario la imposición de otra sanción.

Es decir, que para la identidad de fundamento se tendrá en cuenta si la sanción primigenia cumple el fin del

Derecho Penal, ahora bien, si un hecho se presenta primigeniamente ante el Derecho Administrativo, éste tendrá que verificar si tal hecho tiene connotación penal, de ser así, tendría que remitir todo a la Jurisdicción Ordinaria Penal, no hay que olvidar que el Derecho Penal tiene preminencia sobre el Derecho Administrativo.

Igual razonamiento tiene Chinchay Castillo (2013) quien manifiesta que;

(...) al tomar conocimiento de un hecho en el que la entidad debe decidir si [e]l hecho es falta administrativa, tal entidad debe hacerse una simple pregunta: ¿el hecho está descrito en una norma penal como delito? Si la respuesta es sí, ya operó la preminencia. Se trata de remitir todo lo actuado al fuero penal y abstenerse de seguir tramitando el proceso administrativo. (p. 57)

Sin embargo y tal como sucede en la actualidad, si el Derecho Administrativo Sancionador omite ello y resuelve el hecho, para que este no pueda volverse a juzgar en el Derecho Penal, se hace necesario verificar si esta sanción cumple el fin de Derecho Penal, si es así, existirá identidad de fundamento.

Es decir que se podrá establecer que existe identidad de fundamento cuando en ambos procesos se logra cumplir el fin del Derecho Penal, ahora bien ¿cuál es el fin del Derecho Penal?

El fin del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, sin embargo, para lograr dicho fin, el Derecho Penal hace uso de la pena, y de acuerdo con Mir Puig (1982), se puede establecer que “bajo la vigencia del Derecho Penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido” (p. 25), se establece la función de la pena, porque a fin de poder establecer cuál es el fin del Derecho Penal se hace necesario ver cuáles son los fines que cumplen la pena.

En conclusión: en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. (Mir Puig, 1982, p. 40)

Por lo tanto, a fin de establecer la identidad de fundamento, se hace necesario verificar si en el primer proceso se cumplió dicho fin, es decir la protección de bienes jurídicos, pues si ello no se ha logrado no se podrá establecer una identidad de fundamento.

Sin embargo, a pesar de haber establecido que se debe entender por identidad de fundamento, todavía sigue siendo complicado, en concreto, establecer cuando se ha logrado dicho fin, para ello, se hace necesario recurrir al

test de proporcionalidad a fin de establecer si entre dos casos existe o no identidad de fundamento.

Porque efectivamente lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad que a su vez descansa en el criterio de igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia. (García Albero 1995, p. 87)

Respecto a este principio, el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 0010-2002-AI, fundamento 195, ha establecido que;

El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

El test de proporcionalidad será básico a fin de establecer la identidad de fundamento, pues para establecer una identidad de fines, se hace necesario recurrir a las sanciones impuestas, por lo tanto, si se verifica que la sanción que se impuso en determinado ámbito resulta ser

proporcional a la sanción que se le debe imponer en el otro ámbito (como ya se dejó establecido líneas arriba, ello se deberá verificar de acuerdo al fin que cumple el Derecho Penal), se puede establecer de que existe identidad de fundamento, y por lo tanto, no sería posible imponer otra sanción a la ya impuesta por el hecho cometido, ya que al ser proporcionales, se puede establecer que con la primera sanción se cumplió el fin del *Ius Puniendi* del Estado, el cual es, la protección de bienes jurídicos, lo cual conlleva a la prevención de delitos.

Se establece que la sanción impuesta en un ámbito debe ser proporcional a la sanción penal, porque al ser esta la sanción punitiva por excelencia se entiende que la sanción penal busca restablecer el orden social, por lo tanto, es lógico que, ante cualquier dificultad, se tendría que analizar si la sanción cumple el fin del Derecho Penal.

Para dicho fin, es decir, para establecer la identidad de fundamento, no sólo se debe establecer de manera arbitraria si tal hecho es proporcional o no, sino que para ello se debe proceder a analizar la proporcionalidad respecto a sus subprincipios, esto es, respecto a los

subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 0045-2004-AI, en los fundamentos 8 al 10, ha establecido que;

Subprincipio de idoneidad: La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio– y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.

Subprincipio de necesidad: Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Proporcionalidad en sentido estricto: La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables a de efectuarse según la denominada ley de ponderación.

Además, tal como lo establece Sánchez Gil (2007);

El análisis del conflicto a través de la ponderación debe darse en dos aspectos: el normativo y el empírico, atendiendo a la intensidad en que se lleve a cabo un menoscabo de un Derecho

fundamental y el beneficio del interés que se le opone, lo cual puede ocurrir en tres estratos: grave, medio y leve, de modo que, “cuando la intensidad de la relación del fin del legislador sea por menos equivalente a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, la intervención legislativa deberá considerarse justificada. (p. 50)

Es en base a estos subprincipios que se tendrá que analizar si una sanción es proporcional a la sanción penal, pues de ser así, habría identidad de fundamento, pues con la sanción impuesta se alcanzaría la finalidad de *Ius Puniendi* del Estado.

### 2.3.2. Principio de Legalidad

#### A. Concepto

Hablar del principio de legalidad es hacer referencia a la antigua voz latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*, el cual se traduce como no hay crimen o delito sin ley”<sup>58</sup> (Roxin, 1997, p. 137).

Dicho principio se encuentra regulado en el inciso d, numeral 24, artículo 2, de la Constitución, en el cual se establece que; “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo

---

<sup>58</sup> Si bien el contenido técnico del principio de legalidad es distinto a la idea que se tuvo de él en la Ilustración, su profundo significado político, como garantía fundamental de la libertad y de la igualdad, se sigue conservando. Por ello, se dice que es la “*más importante conquista de índole política*” o se le considera como el “*soporte de la conciencia jurídica contemporánea*”, “*como una característica de los pueblos civilizados*” que inspira la legislación de “*todos los países cultos*”, o como una “*conquista de la cultura humana*” que no está cerrada, ni culminada definitivamente, pero que marca un punto de quiebre en la evolución de los pueblos y en el establecimiento de una conciencia jurídica garantista y profundamente respetuosa de los Derechos humanos. (Castillo Alva, 2004, p. 31)

de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El principio de legalidad constituye una de las garantías más importantes dentro de un Estado Social, Democrático de Derecho<sup>59</sup>, pues –por un lado– permite conocer a todos los ciudadanos que conductas son consideradas como delictivas y que sanciones se aplican a éstas; y por otro lado constituye un límite al *ius Puniendi* del Estado, éste no podrá calificar una conducta como delito ni imponer una pena si ésta no está previamente establecida en la ley.

Por ello Roxin (1997) establece que; “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal” (p. 137), constituyéndose así este principio como una garantía para el ciudadano, pero a la vez como un límite para el Estado.

---

<sup>59</sup> El principio de legalidad no nació, entonces, con su dimensión eminentemente tecnicista: la claridad de los conceptos penalistas, la precisa determinación de las figuras jurídicas expresan exigencias de tipo político-jurídico de derivación liberal. Tales exigencias son, en esencia, dos y están vinculadas entre sí. La primera, de alcance más amplio, concierne a la realización de uno de los motivos fundamentales del pensamiento de Feuerbach, es decir, la defensa del ciudadano frente al poder estatal, con la consiguiente definición de límites precisos a la potestad pública y con el sometimiento del soberano mismo a los vínculos de la ley. La segunda exigencia es de carácter más estrictamente político-criminal y está vinculada con la concepción general preventiva de la pena. Si el significado de la sanción penal consiste, principalmente, en el efecto de intimidación relacionado con la conminatoria legal y si su concreta aplicación sirve sólo para reforzar la eficacia de la amenaza, entonces podrá y deberá ser aplicada sólo la pena con que la misma ley ha amenazado. (Moccia, 2003, p. 124)

El principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado político-criminal del Derecho Penal moderno, el punto de partida absoluto mientras haya la pretensión construir un Estado democrático. Se trata de la máxima garantía formal que pueda brindar el Estado de Derecho a las libertades individuales, pero que en un Estado social y democrático tiene que responder a determinadas valoraciones materiales mínimas (la persona, su dignidad y sus Derechos inalienables). (Fernández Carrasquilla, 2016, pp. 175-176)

Además, parafraseando a Roxin (1997), se puede establecer que al hablar del principio de legalidad es necesario hacer referencia a las cuatro prohibiciones que éste trae consigo, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez y las segundas al legislador, estas son; la prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), mediante esta prohibición no se puede crear delitos y penas más allá del sentido literal de la norma, pues para un supuesto que sólo puede ser similar no ésta fijada o determinada la punibilidad. La prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), "(...) por el cual ninguna costumbre o uso social puede legitimar la creación de delitos y la elevación (o la mayor drasticidad) de las penas o las medidas de seguridad. Esta función únicamente está reservada a la ley" (Castillo Alva, 2004, p. 25). La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), mediante la cual se establece que la ley sólo rige para hechos futuros, estando prohibido querer aplicar la ley retroactivamente para hechos que al momento de cometerse no estaba previsto

como delito. Y por último se tiene la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), “(...) el cual prescribe que el comportamiento prohibido debe encontrarse descrito con claridad y precisión en la ley penal, evitando en lo posible, un lenguaje ambiguo u oscuro que dificulte la comprensión del injusto (...)” (Castillo Alva, 2004, p. 25).

## **B. Fundamentos del principio de legalidad**

### **a. Fundamento Jurídico-Político: democracia y división de poderes**

Uno de los fundamentos del principio de legalidad es la división de poderes, porque de aquí parte la concepción de que el poder no puede estar atribuido a un solo órgano estatal, sino que a fin de no caer en arbitrariedades se hace necesario que el poder se distribuya en diferentes órganos, sólo así las leyes pueden tener validez, no debiendo éstas provenir de un monarca o tirano, sino que deben emanar de la voluntad popular.

La aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa de pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera la juez de la función de creación del derecho y se le reduce a la función de aplicar el derecho, mientras que al ejecutivo se le

excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso del poder del mismo en este campo. (Roxin, 1997, p. 145)

En el Derecho Penal es evidente el fundamento democrático del principio de legalidad. Pues, si las normas jurídicas-penales se caracterizan por imponer la mayores cargas coactivas o restricciones de derechos de todo el ordenamiento jurídico, es necesario que dichas normas provengan del centro de la representación popular: del Parlamento y no de un órgano distinto. (Castillo Alva, 2004, p. 35)

Si se establece que la pena es la sanción más grave que puede imponer el Estado porque afecta uno de los derechos fundamentales más importantes de las personas como es la libertad, entonces es lógico que dichas sanciones provengan, no de una sola persona, monarca o dictador, sino del consenso social, estableciéndose así el fundamento democrático que rige al principio de legalidad.

**b. Fundamento Axiológico: la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad**

Otro de los fundamentos que rigen al principio de legalidad es el de la seguridad jurídica, a los sujetos sólo se les pueda dar seguridad jurídica si, previamente a la comisión de un hecho delictivo, éste está tipificado como tal.

El fundamento genuino y último del principio de legalidad es asentarse en criterios valorativos de seguridad jurídica, permitiendo que el ciudadano y la sociedad en general conozcan las prohibiciones y mandatos penales de manera anticipada, orientándose correctamente en los contactos sociales más importantes y en los que están involucrados

derechos como la libertad, el patrimonio o la misma vida. (Castillo Alva, 2004, p. 38)

En base a la seguridad jurídica<sup>60</sup>, el ciudadano puede conocer con anticipación si al realizar determinados actos estos van en contra del ordenamiento jurídico, igualmente conocer cuál es la sanción que se va imponer por la comisión de un hecho delictivo, he ahí la importancia del principio de legalidad, pues solo así se podrá “erradicar del Derecho Penal –y del Derecho en general– la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo” (Castillo Alva, 2004).

Teniendo en cuenta la jerarquía de las fuentes de Derecho –ley, jurisprudencia y costumbre– se puede establecer que la ley brinda una mayor certeza que la costumbre o la jurisprudencia, pues la legalidad resulta ser más precisa al establecer de manera explícita que acciones son consideradas como delito y que sanciones merecen estas, a diferencia de la costumbre, que en lo que se basa es en una práctica reiterada por un sector de la población, y también de la jurisprudencia, pues no se deja al arbitrio de los jueces la creación de delitos ni sanciones.

---

<sup>60</sup> Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho (...). (Roxin, 1997, p. 146)

Asimismo, otro fundamento del principio de legalidad es la prohibición de la arbitrariedad, pues sin este principio, y a decir de Castillo Alva (Castillo Alva, 2004);

(...) si se confiriera a los magistrados la función de crear delitos y penas, se perderá irremediamente la certidumbre en la aplicación del derecho, pues una acción que hoy no se castiga, mañana puede merecer una sanción penal por el simple cambio en la percepción personal del juez, aun cuando el hecho sea el mismo. Asimismo, la persona estaría sometida a un enjuiciamiento distinto –exponiéndose a una condena o a una absolución en la más abierta “lotería penal”– a pesar que sólo exista una ligera y no esencial variación de las circunstancias del hecho; y su situación jurídica dependería de los cambios de opinión del juez motivados por la influencia de terceros o en virtud a la manipulación política. El ciudadano estaría sometido a un permanente riesgo: por un lado, no conoce el núcleo o los límites de la prohibición y, por el otro, está librado a la arbitrariedad del juzgador, tanto en la calificación del delito como en la imposición de una pena. (pp. 40–41)

### **c. Fundamento Jurídico Penal: prevención general**

Esta tercera fundamentación<sup>61</sup> hace referencia al fin que persigue la pena, así, en base a la prevención general negativa se puede establecer que lo que se busca con dicho fin es intimidar al ciudadano a fin de que éste no cometa delitos, en base a esto, sólo se podrá determinar psíquicamente al ciudadano si antes del hecho se fija legislativamente, del modo más exacto posible, cual es la acción prohibida y que sanción recae; “pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto

---

<sup>61</sup> Originariamente se basa en la "teoría de la coacción psicológica" de Feuerbach. (Roxin, 1997, p. 145)

intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena” (Roxin, 1997, p. 146).

Por otro lado, la prevención general no sólo tiene una vertiente negativa, sino también una positiva, la cual hace referencia a la confianza que se debe tener en cuanto al ordenamiento jurídico, “Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo” (Roxin, 1997, p. 91).

En realidad, en la prevención general positiva se pueden distinguir a su vez tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el "ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy frecuentemente para la justificación de reacciones jurídico penales con el término de "prevención integradora". (Roxin, 1997, pp. 91 - 92)

Entonces, en base a esta vertiente de la prevención general, si lo que se busca es estabilizar la fidelidad al Derecho por parte de la población, así como la predisposición por parte de la sociedad para comportarse de acuerdo a las leyes, “ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho Penal no

podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos” (Roxin, 1997, p. 146).

### C. Vertientes del principio de legalidad

Al hablar del principio de legalidad, se puede establecer que este contiene dos vertientes, una formal y otro material.

#### a. Principio de legalidad formal

Mantovani (2015), al hacer referencia a esta vertiente establece que;

El principio de legalidad formal expresa la prohibición de punir cualquier hecho que, al momento de su comisión, no sea previsto expresamente como hecho ilícito por la ley y con penas que no sean expresamente establecidos por ella; *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Lo que imprime al hecho el carácter de la criminalidad es su previsión por la ley penal. Con el doble corolario de que no son punibles los hechos no expresamente incriminados por la ley, aunque sean antisociales, y que, viceversa, son punibles los hechos por la ley expresamente incriminados, aunque no sean antisociales (o no más sentidos como tales). (p. 43)

Lo que se pretende resguardar con esta vertiente formal, es la libertad del individuo<sup>62</sup> (*favor libertatis*), es decir a favor de

---

<sup>62</sup> Conquista del pensamiento ilustrado como reacción al extrapoder del Estado de policía; el principio de legalidad encuentra la propia matriz en la doctrina del “contrato social” y en las correlativas ideas-base (la limitación de la libertad individual en la medida estrictamente necesaria para asegurar la pacífica convivencia; la tripartición de los poderes el Estado con la supremacía del Poder Legislativo y la concentración en sus manos de las fuentes del Derecho Penal; la intrínseca justicia de la ley que codifica los principios del derecho natural; la máxima certeza de la ley, la codificación y la exclusión del juez en la interpretación). (Mantovani, 2015, p. 44)

la libertad, pues no se puede tratar de sancionar un hecho si éste antes no ha sido establecido como delito, es por ello, y respetando esta vertiente que la Constitución peruana, en su artículo 2, inciso 24, literal d, establece que; “nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

#### **b. Principio de legalidad material**

Mantovani (2015) haciendo referencia a esta vertiente establece que;

(...) deben ser considerados hechos ilícitos los hechos socialmente peligrosos en cuanto tales, y que a ellos se aplican las penas adecuadas para tal fin; *nullum crimen sine iniuria*. Lo que imprime al hecho el carácter de crimosidad es su peligrosidad social. Con el doble corolario: que son punibles los hechos socialmente peligrosos, aunque no sean expresamente incriminados por la ley; y viceversa, no son punibles los hechos expresamente incriminados por la ley, si no son considerados (o no más) socialmente peligrosos. (p. 45)

A diferencia de la anterior vertiente, que trataba de resguardar la libertad del individuo, esta vertiente busca otorgar una elección político colectivo – utilitarista, a favor de la defensa social<sup>63</sup> (*favor societatis*), pues, lo que se busca

---

<sup>63</sup> El declarado rechazo de la legalidad formal a favor de la sustancial se dio entre las dos guerras mundiales con la crisis del viejo Estado liberal y con la afirmación de nuevas concepciones en las relaciones entre individuo y Estado, que dieron vida a profundos conflictos en el Derecho

es que el delito que se pretende tipificar sea útil, es decir proteger bienes jurídicos relevantes para la sociedad.

## CAPÍTULO III

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

#### 3.1. Forma de contrastación de hipótesis

##### 3.1.1. Precisión sobre la forma de contrastación de la hipótesis

En este capítulo se debe dejar sentado que tanto la discusión de resultados y la contrastación de hipótesis forman una sola, pues los objetivos sobre los que versa la presente investigación están implícitos dentro del marco teórico, los mismos que se pueden verificar dentro del capítulo II de la presente investigación.

Respecto a la forma de contrastación de la hipótesis, se aclara lo siguiente: a) la elección de la hipótesis se hace teniendo en cuenta los efectos prácticos o las consecuencias que acarrea asumir tal o cual criterio en base al análisis dogmático del principio *ne bis in ídem* y legalidad penal; b) en la discusión de los argumentos, se brindan razones no solo basadas en las consecuencias prácticas, sino tomando como punto de partida la doctrina existente sobre ello, la misma que fue desarrollada en el marco teórico, es por eso que a lo largo de este capítulo se brindan argumentos propios, pero remitiéndose constantemente a las posiciones adoptadas dentro del marco teórico.

Así, con esta forma de contrastación lo que se busca es determinar las principales consecuencias jurídicas penales que se generan al

reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas, siendo éstas; el respeto del principio *ne bis in ídem* y la vulneración del principio de legalidad.

### **3.1.2. Procedimiento de contrastación de la hipótesis**

Teniendo en cuenta los criterios plasmados y detallados en el planteamiento del problema y en el capítulo II, referente al marco teórico, corresponde en esta parte de la presente investigación establecer si al reconocer facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas la jurisdicción ordinaria penal debe respetar el principio *ne bis in ídem* en su vertiente material y, por otro lado, si se vulnera o no el principio de legalidad.

En el marco teórico se estableció la jurisdicción comunal otorgada a las rondas campesinas, partiendo de esta asunción, se hace necesario, en primer lugar, contrastar lo referente al *ne bis in ídem*, es decir, si la jurisdicción ordinaria penal debe respetar este principio, para dicho fin, se partirá analizando casos reales resueltos por las rondas campesinas, así como casos tipo, con el fin de establecer la concurrencia o no de la triple identidad, teniendo en cuenta para ello la base doctrinaria desarrollada en el ítem 2.3.1.

Además, se debe tener en cuenta, que este extremo de la hipótesis se realiza teniendo en cuenta el actuar de la jurisdicción ordinaria penal respecto a la jurisdicción comunal de las rondas campesinas,

es decir, que es trabajo de la jurisdicción ordinaria penal verificar si concurre o no un *bis in ídem* ante el actuar de las rondas campesinas, *contrario sensu*, este extremo de la hipótesis no está referida a que las rondas campesinas puedan establecer un *bis in ídem* en base a lo resuelto por la jurisdicción ordinaria penal, pues es imposible pensar que las rondas campesinas puedan hacer uso de una institución tan propia del Derecho Penal.

En segundo lugar, se contrastará la hipótesis referente al principio de legalidad, para ello se establecerá si la jurisdicción comunal de la ronda campesina respeta los fundamentos del principio de legalidad, los mismos que fueron desarrollados en el ítem 2.3.2 del marco teórico; estos puntos son desarrollados en líneas posteriores, con el fin de contrastar la hipótesis planteada en la presente investigación.

### **3.2. Principio *ne bis in ídem* entre la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas y la Jurisdicción Ordinaria Penal**

Como se vio precedentemente, las rondas campesinas poseen jurisdicción a fin de administrar justicia, la pregunta ahora a resolver es, ¿la jurisdicción ordinaria penal debe respetar el principio *ne bis in ídem* en su vertiente material?, la respuesta a dicha pregunta es que sí, pero ello solo si se cumplen las tres identidades de dicho principio.

Se estableció en la hipótesis planteada que solo se debería respetar el principio *ne bis in ídem* material, porque sería casi imposible establecer que

cuando se esté investigando un hecho ante la ronda campesina, se presente otra investigación ante la Jurisdicción Ordinaria Penal, pues las investigaciones que llevan a cabo las rondas campesinas –en su mayoría son de muy corta duración–, pues al inculpado se lo sanciona casi siempre de manera inmediata, es por ello que no podría concurrir un *ne bis in idem* procesal<sup>64</sup>, estableciendo por ello sólo el respeto del *ne bis in idem* en su vertiente material.

Como ya se dejó establecido líneas arriba, a fin de poder establecer si la Jurisdicción Ordinaria Penal debe respetar el principio *ne bis in idem*, se hace necesario que concurra la triple identidad<sup>65</sup>, esto es, identidad de; sujeto, hecho y fundamento, pues si ello no se da, sería imposible establecer la concurrencia de un *bis in ídem*.

A fin de poder contrastar la hipótesis planteada, referente al *ne bis in ídem*, se partirá en primer lugar estableciendo si es posible que concurra la triple identidad basándose para ello de casos prácticos hipotéticos, no debiendo olvidar que cuando se desarrolla este principio no sólo se puede tratar de modo abstracto, sino que es necesario estudiarlo a través de casos en concreto.

### **3.2.1. Identidad de sujeto**

Esta es una de las identidades que menos problemas podría acarrear, pues se trata de verificar que la misma persona que fue

---

<sup>64</sup> Al respecto véase la sección b, del literal D, del ítem 2.3.1.

<sup>65</sup> Al respecto véase el literal E, del ítem 2.3.1

sancionada primigeniamente por las rondas campesinas sea juzgada o sentenciada por la Jurisdicción Ordinaria Penal (Poder Judicial y Ministerio Público).

Por ejemplo, Juan Pizán, hurta ganado vacuno perteneciente a Julio Neyra, llevada a cabo la asamblea, se lo declaró culpable, por lo tanto, la ronda campesina procedió a sancionarlo, imponiéndole como sanción la cadena ronderil, más la devolución del ganado vacuno.

A fin de establecer la concurrencia de un *bis in ídem*, y por ende el respeto o la no vulneración del *ne bis in ídem*, se hace necesario verificar si en el proceso que se pretende llevar a cabo por la Jurisdicción Ordinaria Penal tiene como investigado o acusado a Juan Pizán, si se trata de la misma persona, esto es, que se trate de Juan Pizán, estaríamos más cerca de establecer la vulneración al *ne bis in ídem*.

Es decir, si el Ministerio Público vuelve a investigar a Juan Pizán (por los mismo hechos), o si el Poder Judicial vuelve a sentenciar por los mismos hechos al sujeto arriba mencionado, sabiendo que éste ya fue sancionado por los mismos hechos por las rondas campesinas, se estaría ante el primer presupuesto a fin de poder establecer la vulneración del principio *ne bis in ídem*; sin embargo –tal como se mencionó en el acápite pertinente– ello aún no es suficiente a fin de

poder establecer un *bis in ídem*, pues falta la concurrencia de la identidad de hecho y la siempre complicada identidad de fundamento.

### **3.2.2. Identidad de hecho**

Al igual que la identidad anterior, en la presente investigación, dicha identidad tampoco traería mayores problemas para su aplicación, pues sólo se tendría que verificar si los hechos sancionados por las rondas campesinas son los mismos que investigó o sancionó la Jurisdicción Ordinaria.

Por ejemplo se establece que el día 16 de octubre de 2017, siendo las nueve horas de la noche aproximadamente, Juan Pizán, ingresó al domicilio de Julio Neyra, procediendo a sustraer dos bueyes, los mismos que después de sustraerlo procedió a llevarlos a su vivienda; sin embargo, en el trayecto es aprehendido, siendo sancionado por las rondas campesinas, procediendo a devolver lo hurtado además del castigo físico (10 latigazos con binza).

Ahora bien, a fin de poder establecer que existe identidad de hecho, es necesario verificar que el mismo hecho (entendido éste como acontecimiento histórico) sea el mismo que pretende volver a investigar o sancionar la Jurisdicción Ordinaria.

En el presente caso, si se observa que la Jurisdicción Ordinaria Penal pretende investigar o sancionar a Juan Pizán por la sustracción de dos bueyes de propiedad de Julio Neyra, hechos suscitado el día 16 de octubre de 2017, a las nueve horas de la noche aproximadamente, se podría establecer la concurrencia de la identidad de hecho, pues se trata de investigar o juzgar a Juan Pizán por los mismos hechos que ya fueron sancionados por las rondas campesinas.

Como se manifestó en el acápite correspondiente, ambas identidades –ya tratadas– no traen muchos problemas en su aplicación, lo cual no sucede con la tercera identidad –identidad de fundamento–, pues ésta es la identidad que más problemas produce, tratándose al mismo tiempo de la identidad fundamental a fin de poder establecer si se ha vulnerado el *ne bis in idem*, es decir si concurrió un *bis in ídem*.

### **3.2.3. Identidad de fundamento**

Como se estableció primigeniamente, este es la identidad que mayores problemas ha traído para su aplicación, pues aún no se tiene consenso a fin de establecer que se entiende por “identidad de fundamento”, trasladándose dicha problemática también al ámbito sobre el cuál versa la presente investigación.

Esta identidad es la principal –de las tres establecidas– para poder establecer la concurrencia de un *bis in ídem* y, consecuentemente la vulneración del principio *ne bis in ídem*, pues ante un caso en concreto, podría verificarse la identidad de sujeto, identidad de hecho y no así la identidad de fundamento, no concurriendo por lo tanto un *bis in ídem*, siendo en este sentido la presente identidad el pilar fundamental del principio que se viene tratando.

Dicho esto, ahora se verá si es posible la concurrencia de la identidad de fundamento entre la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas y la Jurisdicción Ordinaria Penal.

Cuando se habla de identidad de fundamento se hace referencia –si está inmerso el Derecho Penal– los fines que éste cumple<sup>66</sup>, por lo tanto, es necesario establecer si los fines de la sanción de la jurisdicción comunal de las rondas campesinas cumplen los fines del Derecho Penal.

Para poder establecer si las sanciones impuestas por las rondas campesinas cumplen los fines del Derecho Penal, se hace necesario analizar si estas –sanciones ronderiles– son proporcionales a las penas del Derecho Penal, así se podrá establecer una identidad de fundamento, pues que mejor que la imposición de una pena para

---

<sup>66</sup> Al respecto véase la sección c, de literal E, del ítem 2.3.1.

establecer que se cumplen los fines establecidos en un determinado ámbito.

Por lo tanto, se hace necesario observar –a través del principio de proporcionalidad<sup>67 68</sup>– sí, básicamente, la sanción impuesta por las rondas campesinas es proporcional a la pena con la que se busca castigar un delito por el Derecho Penal, pues si no resulta ser proporcional no se puede hablar que se ha cumplido los fines del Derecho Penal, es por ello que dicho análisis se debe realizar en base a los tres subprincipios del principio de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

#### **A. Subprincipio de idoneidad**

Este subprincipio se manifiesta al verificar que el fin de las sanciones impuestas por las rondas campesinas deben ser idénticas a los fines del Derecho Penal, analizando si las medidas son legítimas y si ésta es adecuada para dicha finalidad. Teniendo en cuenta ello, se puede establecer que lo que buscan las sanciones de las rondas campesinas es restaurar el daño causado, prevenir que se vuelvan a cometer delitos y resocializar a los infractores, observándose así que las

---

<sup>67</sup> Porque efectivamente lo que impide que en una situación recaiga dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad que a su vez que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia. (García Albero 1995, p. 87)

<sup>68</sup> (...) Este principio de todos modos no impide en todo caso que por el mismo hecho se aplique más de una sanción en distintos órdenes jurisdiccionales, sino en el caso que la suma de las sanciones resulte desproporcionada con la gravedad de la sanción, o sea, cuando ello vulnere el principio de proporcionalidad. (Bacigalupo 2005, p. 121)

sanciones (medio) cumplen el fin del Derecho Penal (fin), pero ello siempre que dichas sanciones no sean de tal proporción que vulneren los derechos fundamentales, pues de ser así, dicha medida ya no sería legítima, y por ende ya no se podría hablar del cumplimiento de dicho subprincipio.

Este caso trata sobre un hurto de ganado (abigeato), frente a esto, las rondas campesinas actuaron de la siguiente manera.

Los infractores pueden ser detenidos “con la mano en la masa” o después de las indagaciones del caso. Luego son interrogados para saber si es la primera vez que han robado o no. Además, se les solicita que identifiquen a sus cómplices. (...) Posteriormente, se les confronta con el dueño del ganado y se le pide que lleguen a un acuerdo. Usualmente, el abigeo devuelve el ganado o una cantidad de dinero equivalente. Se espera, asimismo, que el abigeo reconozca su error y se comprometa a no volverlo a cometer”. (Ludwig & Guerrero, 2006, p. 21)

Como se puede observar lo que se busca en un primer lugar es restaurar el daño causado, para posteriormente tratar de prevenir la nueva comisión de delitos, por lo tanto dichas sanciones son idóneas para cumplir los fines del Derecho Penal.

En muchos de estos casos (delitos de mínima lesividad), en la Jurisdicción Ordinaria Penal se cumplen los fines del Derecho Penal con una pena privativa de libertad mínima, la misma que al llegar a una sentencia, en la mayoría de casos sería una pena suspendida, entonces, si se cumplen los fines de la pena con una eventual pena privativa de la libertad suspendida, porque no

establecer que se cumplen los fines del Derechos Penal cuando las sanciones de la jurisdicción comunal cumplen materialmente los fines de restauración-protección (cuando se devuelve lo hurtado, protegiendo así a la víctima), prevención (a través del castigo físico se busca prevenir que el autor vuelva a cometer delitos) y resocialización (pues tal como lo han dejado establecido los propios ronderos, muchos de los abigeos se convirtieron en los mejores ronderos); por lo tanto, se puede establecer la concurrencia de este subprincipio.

#### **B. Subprincipio de necesidad**

En este punto se debe identificar que las sanciones impuestas por las rondas campesinas no sean más gravosas que las penas impuestas por la Jurisdicción Ordinaria Penal, o en su medida, de menor intensidad; para ello, se hace necesario establecer que bienes jurídicos se privan con la imposición de una sanción, ya sea dentro del Derecho Penal o del Derecho comunal.

Como se sabe, la pena más gravosa para los delitos que se viene estableciendo en la presente investigación (delitos de mínima lesividad), es principalmente la pena privativa de la libertad, observándose que el bien jurídico que reprime o priva es la libertad de las personas, es decir que el Derecho Penal sanciona de manera muy drástica la comisión de estos tipos de delitos, pues la pena a imponer busca reprimir la libertad, bien

jurídico que es inherente a la condición de persona humana, no hay que olvidar que el hombre nace y muere en un ambiente de plena libertad, observándose así la medida gravosa que adopta el Derecho Penal.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones de las rondas campesinas, sin redundar en lo establecido en el acápite correspondiente<sup>69</sup>, sus sanciones principalmente restringen los bienes jurídicos de integridad física y libertad personal, pues las sanciones que mayormente imponen son; la cadena ronderil, donde se priva de la libertad a un persona por un corto periodo; restaurar el daño causado y castigos físicos, donde se castiga al acusado mayormente con binzas o mediante la realización de ejercicios físicos.

Al haber establecido los tipos de penas en ambos ámbitos, ahora corresponde analizar si las sanciones impuestas por las rondas campesinas resultan ser más o menos gravosas que la pena impuesta por el Derecho Penal.

Al respecto, es menester establecer que, las sanciones impuestas por las rondas campesinas resultan ser menos gravosas que las penas impuestas por el Derecho Penal, respecto a la sanción de la cadena ronderil, mediante la cual se

---

<sup>69</sup> Para comprender las sanciones de las Rondas Campesinas, véase el acápite 2.2.3.

priva de la libertad personal del sujeto, ésta no se puede comparar con la pena que impone el Derecho Penal, pues esta privación de la libertad personal es de corta duración, máximo dura unas semanas a diferencia de la pena impuesta por el Derecho Penal, la cual puede durar años.

En cuanto a la vulneración de la integridad física, si bien se podría establecer que es una pena muy gravosa, esto no es así, lo que se busca con dicha sanción es resocializar al sujeto, pues en muchas ocasiones –y tal como se viene mencionando a lo largo del trabajo de investigación– aquellos que antes eran abigeos ahora son ronderos; entonces se puede observar que dicha sanción no es más gravosa que la pena privativa de libertad, pues a través de esta sanción lo que se busca es resocializar al sujeto, algo –que como se sabe– no se logra con la pena privativa de libertad.

Como se puede observar, las sanciones impuestas por las rondas campesinas no resultan ser más gravosas que las penas impuestas por la jurisdicción ordinaria penal, por lo tanto, son necesarias dentro del ámbito de la jurisdicción comunal para resolver los problemas que se susciten dentro de una comunidad rondera, por lo tanto, en base a este fundamento se cumple este subprincipio.

### **C. Proporcionalidad en sentido estricto**

En líneas precedentes ya se analizó la concurrencia de dos de los tres subprincipios, esto es, los subprincipios de idoneidad y necesidad, siendo momento por lo tanto de establecer si –el argumento que se viene estableciendo– cumple este tercer subprincipio.

Para poder establecer que se cumple este subprincipio –proporcionalidad en sentido estricto– es necesario someter a análisis las sanciones impuestas por las rondas campesinas y las penas impuestas por la Jurisdicción Ordinaria, para ello se debe establecer que la intensidad de la reacción de las sanciones ronderiles sea por lo menos equivalente a la intensidad de la pena que se espera imponer por la comisión de un delito.

Las sanciones impuestas por las rondas campesinas pueden ser equivalentes a las penas del Derecho Penal sólo en aquellos casos en que la pena no resulte ser demasiado grave, esto es, sólo en aquellos delitos de menor relevancia (delitos de mínima lesividad), es decir sólo en aquellos delitos de mínimo y mediano contenido del injusto típico, como por ejemplo, hurto, robo, lesiones leves, abigeato, entre otros.

En base a ello, se debe tener en cuenta, tal como lo manifiesta Peña Cabrera Freyre (2016), que “(...) ante hechos ilícitos de aquella naturaleza, la sanción no debe ser una pena de carcelería efectiva, dado su alto efecto criminógeno y desocializante<sup>70</sup>, sino penas que en realidad puedan apuntar a fin rehabilitador. (...)” (p. 51). Es decir que ante estos hechos delictivos no se debe buscar la imposición de una pena privativa, a pesar que esta sería la sanción y con la cual se cumpliría los fines del Derecho Penal, sino que se debe tratar de imponer otros tipos de sanciones con los cuales también se cumplirían los fines del Derecho Penal, sanciones tales como prestación de servicios comunitarios, limitación de los días libres o multa; penas que son cumplidas en su cabalidad por las sanciones impuestas por las rondas campesinas; entonces, en base a lo arriba señalado se puede establecer que las sanciones impuestas por las rondas campesinas<sup>71</sup> resultan ser proporcionales en sentido estricto con las penas impuestas por el Derecho Penal, pues cumplen los fines que éste profesa<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Es un total despropósito encarcelar a una persona que ha cometido un hecho de escasa entidad lesiva, según los dictados de una política criminal que aspira a la inclusión social y no a la exclusión ni a la neutralización de la persona humana. (Peña Cabrera Freyre 2016, p. 51)

<sup>71</sup> Queda claramente establecido que cuando la pena se ha ejecutado, aunque sea cruel, inhumana o degradante y, por tanto, prohibida según Derecho constitucional, lo cierto es que el infractor la ha sufrido y, por ende, no puede nunca imponerse otra pena legal, porque se violaría la prohibición de doble punición. (Zaffaroni 2009, p. 116)

<sup>72</sup> No se podría establecer una identidad de fundamento cuando ante un hecho delictivo grave, como por ejemplo un homicidio, violación sexual, secuestro, entre otros delitos graves, puesto que ante estos delitos es imposible que las sanciones impuestas por las rondas campesinas cumplan los fines del Derecho Penal en estos casos, pues las sanciones a imponer son a todas luces desproporcionales, pues al sancionarse dichos delitos con penas tan drásticas como son pena privativas de libertad de 8 años, 20 años, hasta cadena perpetua, buscando principalmente un fin preventivo más que resocializador, es imposible que las sanciones impuestas por las rondas campesinas cumplan dichos fines, pues los fines de ésta es esencialmente restaurativa,

Es justamente en estos tipos delitos (mínima lesividad) en donde se puede establecer que las sanciones ronderiles impuestas cumplen los fines del Derecho Penal, pues cuando el Derecho Penal sanciona delitos con penas no mayores a cuatro años se busca cumplir los fines del Derecho Penal, esto es, los fines de prevención, protección y resocialización, pudiéndose establecer lo mismo para las sanciones de las rondas campesinas, pues con sus sanciones de cadena ronderil, trabajo comunitario y el castigo físico; se cumplen los fines restaurativos, de prevención y de resocialización; entonces en estos delitos de mínima lesividad se puede establecer fehacientemente la concurrencia de la identidad de fundamento, pues en estos casos, resueltos por las rondas campesinas, se cumplen los mismos fines del Derecho Penal<sup>73</sup>.

Entonces si las sanciones impuestas por las rondas campesinas son en esencia, restaurativa, preventiva y resarcitoria; se puede observar la similitud que guardan estos con los fines de la pena del Derecho Penal (preventiva, protectora y resocializadora); por

---

no siendo equivalente a los fines –que para tales delitos– busca el Derecho Penal, he ahí la razón por que no es posible establecer la concurrencia de una identidad de fundamento, por ende la imposibilidad de una concurrencia de un bis in ídem, consecuentemente la no vulneración del principio ne bis in ídem. Pero qué hacer si la ronda campesina, ante la comisión de cualquier delito considerado grave, como es un homicidio, violación sexual, secuestro, entre otros, sancionó al autor del hecho delictivo, acaso la Jurisdicción Ordinaria debería imponer su pena sin tener en cuenta la sanción ya impuesta, creo que no, pues tal como lo manifiesta el maestro Zaffaroni (2009) “[en] el supuesto de pena comunitaria exigua, [se] descontará esta de la que le imponga [la Jurisdicción Ordinaria]”. (p. 117)

<sup>73</sup> En base a ello, se debe dejar establecido que en casos más graves como homicidios, asesinatos u otros, al no tener las Rondas Campesinas competencia para resolver dichos casos, es imposible establecer la concurrencia de una identidad de fundamento, pues las sanciones de las rondas campesinas no cumplirían los fines del Derecho Penal, pues dichas sanciones no son proporcionales a las penas del Derecho Penal.

lo tanto en base a esto se cumple la tercera identidad del principio *ne bis in idem*, esto es, identidad de fundamento, porque las sanciones impuestas por las rondas campesinas cumplen los fines del Derecho Penal.

Cuando se debatía la Constitución de 1993, Fernando de Trazagnies, manifestó lo siguiente;

El nuevo Código Penal contempla prisión no mayor de dos años para la persona que, bajo amenaza de una sanción, obligue a alguien a trabajar gratuitamente. Esta disposición, por ejemplo, es muy importante, pues con ella se evita la esclavitud. Pero no podemos imaginarnos que se aplique esta norma en un caso común que ocurre en nuestras [rondas] campesinas: sus autoridades, bajo la amenaza de quitarle todas las ventajas de la comunidad –son sanciones populares que existen, no difamantes ni físicas, porque éstas sí no se permitirían–, le dicen a un comunero: "Si tú no limpias la acequia común, nosotros te vamos a sancionar", con lo cual lo obligan a trabajar gratuitamente en dicha tarea. Si así es la costumbre en esos ámbitos, ¿por qué no permitirlo? En el caso de aplicarse la norma penal, esas autoridades tendrían que ir preso por lo menos dos años. (Congreso Constituyente Democrático 2000a, p. 1702)

Entonces, ante un caso en concreto, se tendrá que analizar lo desarrollado en este punto, y si en dichos hechos las penas resultan ser proporcionales, en base al análisis de los tres subprincipios – idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– se podrá establecer la concurrencia de la identidad de fundamento, y por ende un *bis in ídem*, debiendo por lo tanto la Jurisdicción Ordinaria Penal respetar dicho principio, procurando no vulnerarlo.

Pues tal como lo ha establecido el maestro Zaffaroni (2009);

No tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles. (p. 110)

Ahora bien, es necesario observar unos casos a fin de poder establecer la concurrencia o no de la identidad de fundamento, partiendo del test de proporcionalidad.

### **Caso N° 1**

Julio Arréstegui, después de tener una discusión en una fiesta con Juan Pizán, procede a citarle afuera de su casa, lugar en donde proceden a pelear, después de unos minutos, Juan Pizán cae al suelo, instantes en donde Julio Arréstegui procede a sacar un hacha de su casa, procediendo a golpear tres veces con dicha arma la cabeza de Juan Pizán, ocasionándole así la muerte. Ante este hecho, las rondas campesinas logran detener a Julio Arréstegui, y luego de llevar a cabo la asamblea le imponen como sanción la cadena ronderil, pasándole de base en base por el periodo de dos semanas, asimismo, se le impone como sanción el trabajo en la comunidad, debiendo hacer trabajos comunales por el mismo tiempo de duración de la cadena ronderil.

Siendo así los hechos, es necesario establecer si dicha sanción resulta ser –en primer lugar– idóneo para cumplir los fines del Derecho Penal; sin embargo dicho análisis se debe realizar teniendo en cuenta que el Código Penal sanciona dichos hechos con una pena privativa de libertad no menor de quince años, es decir que para que se cumplan los fines del Derecho Penal, dicho hechos se sancionan con una pena muy drástica, ahora bien, verificando la pena a imponer se puede establecer que la sanción de las rondas campesinas (cadena ronderil de dos semanas y trabajo comunal por el mismo tiempo) no son idóneas para cumplir los fines del Derecho Penal, pues para “resocializar” al condenado se necesitarían muchos años de privación de su libertad; sin embargo con dos semanas de cadena ronderil, no se lograría resocializar al sujeto que cometió un delito tan grave como es un asesinato, asimismo, tampoco se podría prevenir la comisión de hechos delictivos, pues la sanción sería demasiado benevolente para un hecho que vulnera uno de los bienes jurídicos primordiales (vida).

### **Caso Nº 2**

Supongamos que, en los hechos descritos anteriormente, las rondas campesinas no impusieron dos semanas de cadena ronderil y trabajo comunal, sino que le impusieron al sujeto cinco meses de cadena ronderil, cien azotes y trabajo comunal ¿esta sanción resulta ser idónea para cumplir los fines del Derecho Penal?

La respuesta sería si, pues, en primer lugar, el imputado se resocializaría, pues estaría sometido durante cinco meses a una rutina muy agotadora,

rondar durante las noches y trabajar durante el día, además de los azotes recibidos, asimismo se cumpliría otro de los fines, como es la prevención, pues después de recibir dicha sanción no querría volver a cometer un nuevo delito.

Entonces, si dicha sanción es idónea, ahora es necesario establecer si esta sanción resulta ser “necesaria”, a lo que cabría establecer que sí, pues la sanción es menos drástica a la que se impondría en la Jurisdicción Ordinaria Penal, pues en ésta el sentenciado pasaría mínimo 15 años privado de su libertad.

Por último, ¿dicha sanción resulta ser proporcional en sentido estricto a la sanción impuesta por la Jurisdicción Ordinaria Penal?, la respuesta sería no, pues la intensidad de la sanción ronderil no se correspondería con la sanción penal, pues el imputado sólo estaría cinco meses privado de su libertad, mientras que en el otro ámbito tendría una sanción mínima de quince años, por lo tanto, no se puede establecer que dichas sanciones sean proporcionales en sentido estricto.

Al haber hecho dicho análisis, se puede concluir que no se pasa el test de proporcionalidad, pues la sanción a imponer no se corresponde con la sanción a imponer en el Derecho Penal, por lo tanto, no existe una identidad de fundamento, no siendo posible establecer un *bis in ídem*<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Sin embargo; que hacer con la pena que ya se impuso, al respecto, parafraseando al maestro Zaffaroni, (2009) dicha pena debería ser descontada de la que se le imponga en la Jurisdicción Ordinaria Penal.

**Caso N° 3**

En los casos mencionados líneas arriba, se ejemplifico respecto a delitos que las Rondas Campesinas no tendrían competencia para resolver, pero ahora, se verá respecto a un delito que las rondas campesinas si son competentes.

Daniel Álvarez denuncia ante las rondas campesinas que el día 1 de enero de 2018, a las 2 de la mañana aproximadamente Ramón Angulo habría ingresado a su establo, procediendo a llevarse dos ovejas, después de las investigaciones llevadas a cabo, las rondas campesinas proceden a sancionar a Ramón Angulo, imponiéndole como sanción la devolución del ganado hurtado.

En la Jurisdicción Ordinaria Penal dichos hechos merecerían una sanción de hasta tres años de pena privativa de libertad, debiendo entonces analizar si la sanción impuesta por las rondas campesinas (devolver lo hurtado) es proporcional a la pena establecida por la Jurisdicción Ordinaria Penal.

Ahora bien, ¿la sanción impuesta por las rondas campesinas es idónea para cumplir los fines del Derecho Penal?, la respuesta es no, pues la sanción no cumpliría los fines del Derecho Penal, por un lado no se lograría resocializar al sujeto, pues la pena es muy nimia, asimismo, tampoco se podría prevenir la comisión de hechos delictivos futuros, pues al no haber

una sanción acorde con el hecho cometido, no se podría inhibir ni a la población ni al condenado de no volver a cometer delitos.

A partir de este ejemplo se puede establecer que, para buscar una proporcionalidad entre las sanciones de las rondas campesinas y las penas del Derecho Penal, es necesario que las rondas campesinas impongan entre sus sanciones un castigo al culpable de un hecho delictivo, pues no se debe olvidar que la pena, en este caso, sanción, cumple una función en la sociedad, el cual es la protección de bienes jurídicos, entonces, si se vulnera un bien jurídico es necesario proteger éste mediante la imposición de un castigo, el mismo que tiene que restringir algún bien jurídico del sujeto<sup>75</sup>.

### **3.3. Principio de legalidad en la Jurisdicción Comunal de las rondas campesinas**

Este extremo de la hipótesis se refiere a que otra consecuencia jurídico-penal que se genera al reconocerles facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas es, la vulneración del principio de legalidad penal; ahora bien, para poder contrastar dicho extremo de la hipótesis, se hace necesario contrastarlo en base a los fundamentos que rigen dicho principio,

---

<sup>75</sup> La justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana. (...). El que la pena sea un medio indispensable, es el resultado de la experiencia histórica: sin una justa retribución del mal que ha sido cometido en una comunidad ordenada, la propia comunidad y su ordenamiento jurídico se desmoronan. La pena resulta ser, para la existencia de la comunidad y del ordenamiento jurídico, sin más, indispensable y, por consiguiente, adecuada al fin de la conservación de la una y del otro. (Mezger, 1958, p. 379)

esto es; fundamento jurídico – político; fundamento axiológico y fundamento jurídico penal.

### **3.3.1. Fundamento Jurídico-Político**

Si se revisa el artículo 149 de la Constitución, así como ley de rondas campesinas (Ley N° 27908) se puede verificar que en ninguno de estos dispositivos se establece los delitos que podrían investigar y posteriormente sancionar las rondas campesinas, así tampoco se observa las sanciones que deberían imponer ante la comisión de algún delito.

Teniendo en cuenta ello, se puede establecer que la jurisdicción otorgada a las rondas campesinas vulnera el principio de legalidad penal, pues no respeta el fundamento jurídico-político de este principio, pues si no se tiene establecido previamente que delitos pueden resolver y que sanciones van a imponer, se está dejando en manos de los propios ronderos que ante un hecho ellos sean quienes establezcan si es o no delito y al mismo tiempo que establezcan –en ese instante– la sanción correspondiente, no respetándose así la división de poderes que se expresa en el principio de legalidad.

No se respeta dicho ámbito pues con ello se está otorgando a los propios ronderos la función de creación de Derecho, labor que no le corresponde, pues dicha función, como se sabe, está otorgada al Poder Legislativo, teniendo dicho ente el poder para establecer que

delitos pueden ser sancionados por las rondas campesinas, correspondiendo sólo a estos aplicar el Derecho, es decir verificar si tal hecho constituye o no delito (sólo de acuerdo a su competencia material), debiendo posteriormente imponer la sanción previamente establecida.

### **3.3.2. Fundamento Axiológico**

Mediante este fundamento, a fin de poder otorgar seguridad jurídica a los sujetos, se hace necesario que previamente a que las rondas campesinas sancionen un hecho éste debe estar tipificado como tal, pero dicha tipificación a la que se hace referencia no debe ser tomada como si las rondas campesinas pueden conocer delitos diferentes a los establecidos en las leyes penales, sino, a los delitos que ellos pueden conocer, es decir sobre que delitos tienen competencia.

Tal como está regulado la jurisdicción comunal de las rondas campesinas no se está dando seguridad jurídica a las personas, pues, al no existir en los dispositivos legales que regula la jurisdicción comunal de las rondas campesinas la competencia material de éstas es imposible poder establecer el respeto del principio de legalidad.

Para poder dar seguridad jurídica a los ciudadanos (comunidad ronderil), es necesario que previamente conozcan las prohibiciones

y mandatos penales para los cuales son competentes las rondas campesinas, es decir que delitos pueden investigar y posteriormente sancionar; sin embargo, esto no sucede, pues las rondas campesinas, al no tener un límite, pueden resolver cualquier delito, ya se trate de delitos tan graves, como homicidios, o leves, como daños.

Entonces, si las rondas campesinas pueden resolver cualquier delito, no existe seguridad jurídica para las personas, pues éstas no tienen la certeza si ante tal o cual hecho quien lo va a terminar investigando o sancionando son las rondas campesinas o la jurisdicción ordinaria penal (Fiscalía y Poder Judicial).

En cuanto a las sanciones no se puede exigir que en una ley se establezca de manera explícita las sanciones que pueden imponer a las rondas campesinas, pues estas sanciones se basan en su costumbre; sin embargo, si lo que se busca es dar seguridad jurídica a las personas, una de las formas de lograr ello es establecer que sanciones pueden imponer, ya sean éstas la cadena ronderil, el trabajo comunitario, el castigo físico o la multa, respetándose así la costumbre de las rondas campesinas, pues las sanciones difieren de las penas impuestas por la jurisdicción ordinaria penal.

No se puede tratar de imponer penas que no son acordes con el ámbito rural de las rondas campesinas, pues las penas (castigo) lo

que buscan es proteger bienes jurídicos en un determinado ámbito y espacio, por lo tanto, es lógico que las rondas campesinas regulen su vida en sociedad con las sanciones que ellos creen pueden lograr la paz social.

Como se sabe las penas se imponen en un determinado ámbito social, económico y cultural, es decir en un determinado tiempo y espacio, por lo tanto, las sanciones de las rondas campesinas deben ser acordes al ámbito en el cual se van a imponer, es decir acorde a una comunidad rondera, acorde, a la vida que se lleva a cabo en dicha sociedad, acorde, con las sanciones que van a regir la convivencia social dentro de dicha comunidad.

### **3.3.3. Fundamento Jurídico Penal**

En este apartado es necesario verificar si la jurisdicción comunal de las rondas campesinas cumple o no este tercer fundamento del principio de legalidad, es decir, si es posible que a través del principio de legalidad la sanción pueda cumplir sus fines<sup>76</sup>, no se debe olvidar que las sanciones de las rondas campesinas cumplen los fines<sup>77</sup> de restauración-protección (cuando se devuelve lo hurtado, protegiendo así a la víctima), prevención (a través del castigo físico se busca prevenir que el autor vuelva a cometer delitos) y resocialización (pues

---

<sup>76</sup> No olvidemos que en el ámbito penal se trata de verificar si los fines de prevención general positiva y negativa cumple sus fines a través de la ley penal.

<sup>77</sup> Al respecto véase el literal B del ítem 2.2.3.1.

tal como lo han dejado establecido los propios ronderos, muchos de los abigeos se convirtieron en los mejores ronderos).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido líneas arriba, se debe hacer la siguiente pregunta ¿si no se tiene una norma en la cual se establezca que sanciones puede imponer una ronda campesina se puede establecer que se cumpla los fines de las sanciones?, la respuesta claramente es no, pues si no se tiene previamente establecido las sanciones con las cuales las rondas campesinas sancionan hechos delictivos, no se puede establecer que éstas cumplan su fin preventivo, pues no se intimida al sujeto a fin de que no cometa delitos, es decir, no se le está haciendo saber que si comete tal o cual hecho se le impondrá las sanciones de cadena ronderil, trabajo comunitario, castigo físico o multa. Por lo tanto, con ello, queda demostrado que la jurisdicción comunal de las rondas campesinas no cumple este fundamento del principio de legalidad.

Como se vio precedentemente, la jurisdicción comunal de las rondas campesinas no cumple con los fundamentos del principio de legalidad, por lo tanto se puede concluir que dicha jurisdicción vulnera el principio de legalidad; sin embargo se debe dejar establecido que ello puede ser suplido, pues con una modificatoria legislativa se puede respetar este principio, no olvidemos que ello no debe ser de manera exhaustiva, como lo es en el ámbito penal, sino que basta establecer la competencia material de las rondas campesinas, es decir para que delitos tienen competencia las

rondas campesinas (delitos de mínima lesividad) y las sanciones que generan tales acciones.

No olvidemos que estamos ante un ámbito del Derecho basado principalmente en la costumbre, por lo tanto, es imposible imaginar que el principio de legalidad en este ámbito deba ser tan explícito como en el Derecho Penal.

## CAPÍTULO IV

### FORMULACIÓN DE PROPUESTA

#### 4.1. Propuesta doctrinaria respecto a la identidad de fundamento del principio *ne bis in ídem*

##### 4.1.1. Fundamentos

Tal como se dejó establecido en la sección c, del literal E del ítem 2.3.1., todas las posiciones respecto a cómo se debe de entender la identidad de fundamento son insuficientes, pues cada uno de estos (identidad de fundamento como; mismo bien jurídico, misma jurisdicción o identidad de efectos) puede ser cuestionado, presentando para ello argumentos en contra, los mismos que se pueden encontrar dentro del mismo ámbito penal (identidad de fundamento como el mismo bien jurídico), o, respecto de otras áreas del Derecho (identidad de fundamento como misma jurisdicción, o como si de efectos se tratase).

Entonces, al no ser posible tomar ninguna de estas posiciones como ciertas, se hace necesario establecer una propuesta en cuanto a que se debe entender por identidad de fundamento<sup>78</sup>, así, cuando se hace referencia a identidad de fundamento, se debe entender ésta como una identidad de fines, es decir verificar si en determinado ámbito se cumple el fin que persigue el Derecho Penal, es decir, se

---

<sup>78</sup> Al respecto véase la sección c, del literal E del ítem 2.3.1.

podrá establecer que existe identidad de fundamento cuando en ambos procesos se logra verificar que se cumple el fin del Derecho Penal, debiendo entender por fin del Derecho Penal los fines que cumple la pena. Por lo tanto, a fin de establecer la identidad de fundamento, se hace necesario verificar si en el primer proceso se cumplió dicho fin, es decir, si se cumplió el fin de protección de bienes jurídicos, lo que conlleva a la prevención de delitos pues si ello no se ha logrado, no se podría hablar de identidad de fundamento.

Sin embargo, a pesar de haber establecido que se debe entender por identidad de fundamento, todavía sigue siendo complicado, en concreto, establecer cuando se ha logrado dicho fin, para ello, se debe recurrir al principio de proporcionalidad con el fin de establecer si entre dos casos existe o no identidad de fundamento.

Dicho examen, a fin de no ser arbitrario, se debe realizar de acuerdo con los subprincipios que rige el principio de proporcionalidad, esto es, subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es en base a estos subprincipios que se tendrá que analizar si una sanción es proporcional a la sanción penal, pues de ser así, habría identidad de fundamento, pues con la sanción impuesta se alcanzaría el fin de *Ius Puniendi* del Estado, el cual es, la protección de bienes jurídicos, y por ende la prevención de delitos.

## 4.2. Propuesta legislativa respecto a la competencia material de las rondas campesinas

### 4.2.1. Fundamentos

Como se ha podido observar, el hecho de que no se establezca de manera explícita sobre qué delitos tienen competencia las rondas campesinas, otorgándose simplemente jurisdicción, es que se puede entender que las rondas campesinas pueden resolver cualquier delito que se presente; sin embargo, ello no sería del todo correcto, pues las rondas campesinas no pueden resolver cualquier tipo de delito, por lo tanto, es necesario modificar el artículo 1 la ley de Rondas de Campesinas – Ley 27908.

#### Texto vigente

*Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los Derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.*

#### Texto modificado

*Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial.*

*Los Derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.*

***Las rondas campesinas tendrán competencia para investigar y sancionar los delitos de;***

***a) Lesiones leves***

***b) Hurto***

***c) Robo simple***

***d) Usurpación***

***e) Daños***

***f) Otros delitos, siempre que se traten de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad ronderil o bienes personales de alguno de sus miembros, siempre que dichos delitos no afecten gravemente el interés público.***

#### **4.2.2. Fuentes**

La propuesta arriba mencionada tiene sustento en la legislación comparada, sin embargo, a diferencia de la propuesta que es inclusiva, es decir sobre que delitos tienen competencia material las rondas campesinas, tales como hurto, robo simple, daños, lesiones, entre otros, en la Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela, la técnica legislativa es exclusiva, es decir sobre que delitos no tienen competencia, así, en su artículo 133 inc. 3, reserva para la jurisdicción estatal el juzgamiento de delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, corrupción, delitos contra el patrimonio público, delitos aduaneros, narcotráfico, tráfico de armas, crímenes organizados y crímenes internacionales: genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

Por otro lado, en el Código Procesal de Paraguay, a diferencia de las anteriores, sólo se dedica a establecer de manera genérica y

amplia, sin un *numerus claxus*, sobre que delitos tienen competencia las comunidades indígenas, así, en el artículo 26, se establece que “se extinguirá la acción penal cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indo bienes personales de algunos de sus miembros (...).”

Como se puede observar en la legislación comparada, ya se ha limitado la competencia material de los pueblos originarios o indígenas, por lo tanto, es necesario que en el Perú se tome en cuenta la propuesta formulada, la misma que versa sobre la competencia material de las rondas campesinas.

## CONCLUSIONES

1. Al contar las rondas campesinas con Jurisdicción Comunal, la Jurisdicción Ordinaria Penal no puede volver a investigar o juzgar un delito que ya fue sancionado por las rondas campesinas, porque de hacerlo, vulneraría uno de los principios pilares del Derecho Penal, como es el principio *ne bi in ídem*.
2. Se vulnera el principio *ne bis in ídem* cuando concurren las tres identidades (sujeto, hecho y fundamento); concurrirá una identidad de sujeto cuando la misma persona que fue sancionada por las rondas campesinas sea juzgada o sentenciada por la Jurisdicción Ordinaria Penal; se establecerá una identidad de hecho cuando los hechos (acontecimiento histórico) sancionados por las rondas campesinas son los mismos que investigue o sancione la Jurisdicción Ordinaria Penal; y concurrirá una identidad de fundamento cuando se establezca mediante el test de proporcionalidad – idoneidad (los fines que cumplen las sanciones de las rondas campesinas sean idénticas a los fines del Derecho Penal), necesidad (las sanciones impuestas por las rondas campesinas no deben ser más gravosas que las penas impuestas por la Jurisdicción Ordinaria Penal) y proporcionalidad en sentido estricto (la intensidad de la reacción de las sanciones ronderiles sea por lo menos equivalente a la intensidad de la pena del Derecho Penal– que la sanción impuesta por las rondas campesinas cumplen los mismos fines del Derecho Penal.

3. La jurisdicción comunal de las rondas campesinas vulnera el principio de legalidad penal, pues dicha jurisdicción no respeta los fundamentos del principio de legalidad (Fundamento Jurídico – Político, Axiológico y Jurídico Penal), pues ni en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú ni en la ley de rondas campesinas (Ley N° 27908) se ha establecido previamente la competencia material que poseen ni las sanciones que pueden imponer.
  
4. Se vulnera el principio de legalidad porque la Jurisdicción Comunal no respeta los fundamentos del principio de legalidad, así, no se respeta el fundamento jurídico – político, porque al no tener establecido que delitos pueden resolver las rondas campesinas, estos en un mismo instante pueden establecer si es o no delito y la sanción correspondiente; asimismo, tampoco se respeta el fundamento axiológico, pues al no establecerse específicamente la competencia material de las rondas campesinas no se da seguridad jurídica a las personas, pues éstas no tienen certeza si ante tal o cual hecho quién lo va a investigar o sancionar es la ronda campesina o la Jurisdicción Ordinaria Penal, por último, tampoco se respeta el fundamento jurídico penal, pues si no se tiene establecido previamente las sanciones a imponer por las rondas campesinas éstas no pueden cumplir su fin preventivo (no se intimidaría al sujeto a fin de que no cometa delitos).
  
5. Las rondas campesinas deberían tener competencia material para conocer aquellos delitos que no afecten gravemente el interés público, es decir aquellos delitos que no denoten gravedad, y que al momento de cometerse no afecten gravemente un bien jurídico, es decir, sólo podrán conocer delitos

que afecten intereses propios de la comunidad o que afecten intereses de los integrantes de dicha comunidad rondera.

## RECOMENDACIONES

### 1. De tipo teórico

Se recomienda a los estudiosos del Derecho que investiguen las consecuencias jurídicas que se pueden derivar al reconocer la facultad jurisdiccional de las rondas campesinas en otras ramas del Derecho, por ejemplo, entre la Jurisdicción Comunal y la Jurisdicción Ordinaria Civil.

### 2. De tipo práctico

**2.1.** Se recomienda a los actores jurídicos, que cuando evalúen un hecho que ya fue resuelto por las rondas campesinas tengan en cuenta lo establecido en la presente investigación, pues estos deben respetar la facultad jurisdiccional que poseen las rondas campesinas, ya que en base a ello tienen la total potestad a fin de resolver conflictos, no pudiendo por lo tanto volver a investigar o sancionar un hecho delictivo cometido por un sujeto en base a un mismo fundamento, pues de ser así estarían vulnerando el principio de *ne bis in idem*.

**2.2.** Se recomienda a la Fiscalía de la Nación elaborar un protocolo de coordinación entre el Ministerio Público y las Rondas Campesinas, en el cual se deberá establecer los principios, pautas y estrategias que las autoridades del Ministerio Público deben tener en cuenta al momento de relacionarse con la Jurisdicción Comunal de las Rondas Campesinas.

## LISTA DE REFERENCIAS

### Libros

- Adrián Coripuna, J. (2015). Proceso de Hábeas Corpus - Derechos Protegidos. En C. Landa Arroyo, G. Eto Cruz, & V. García Toma, *Código Procesal Constitucional Comentado*, (pp. 337-364). Lima: Gaceta Jurídica.
- Arbulú Martínez, V. J. (2014). *La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Ardito Vega, W. (2011). Retos que el Pluralismo Jurídico plantea al Poder Judicial del Perú. En Poder Judicial, *Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos indígenas, Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas* (pp. 30-51). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Ascensio Romero, Á. (2003). *Teoría General del Proceso* (Tercera ed.). México: Trillas.
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. I). Madrid: Trotta.
- Carnelutti, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Carrio, A. D. (1994). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal* (Tercera ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Castillo Alva, J. L. (2004). *Principios de Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Chinchay Castillo, A. (2013). La Interdicción de la Persecución Penal Múltiple en el Código Procesal Penal de 2004. En A. Chinchay Castillo, J. Reátegui Sánchez, & J. A. Pérez López, *La Aplicación del Principio Non Bis In Idem en el Proceso Penal* (pp. 7-61). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Clariá Olmedo, J. A. (1996). *Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Comisión Andina de Juristas. (2009). *Estado de la Relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Congreso Constituyente Democrático. (2000). *Debate Constitucional 1993* (Vol. V). Lima: Congreso de la República.
- Congreso Constituyente Democrático. (2000a). *Debate Constitucional 1993* (Vol. III). Lima: Congreso de la República.
- Congreso de la República del Perú. (2005). *La Constitución Comentada, análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Defensoría del Pueblo. (2010). *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas, compendio de normas y jurisprudencia*. Lima: Defensoría del Pueblo.

- Fernández Carrasquilla, J. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Idemsa.
- Ferrajoli, L. (1999). La Pena en una Sociedad Democrática. En M. Martínez, *La Pena Garantismo y Democracia* (pp. 15-32). Santa Fé de Bogota: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías - La Ley del más débil* (Cuarta ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Figallo Adrianzén, G. (2007). *Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú* (Primera ed.). Lima: San Marcos.
- Figuroa Gutarra, E. (2015). Artículo 5. Causales de Improcedencia. En C. Landa Arroyo, G. Eto Cruz, & V. García Toma, *Código Procesal Constitucional Comentado* (Vol. I, pp. 137-149). Lima: Gaceta Jurídica.
- Gallardo Coronel, H. (2012). *Justicia Ronderil: análisis jurídico a su normatividad legal e intervención en la solución de problemas penales en el distrito de Chota, 2005 - 2009* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- García Alberó, R. (1995). *Non Bis in Idem Material y Concurso de Leyes Penales* (Primera ed.). Barcelona: Cedecs Editorial S.L.
- García Caveró, P. (2007). *Derecho Penal Económico - Parte Especial* (Vol. II). Lima: Grijley.
- Gonzales Campos, R. O. (2010). La Jurisdicción Consuetudinaria en el Perú. En Poder Judicial, *Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas*, (pp.184-191). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- J. Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Roque de Palma Editor.
- López Barja de Quiroga, J. (2004). *El Principio Non Bis in Idem*. Madrid: Dykinson.
- Ludwig, H., & Guerrero, J. C. (2006). *Las Rondas Campesinas de Chota y San Marcos*. Recuperado el 14 de Octubre de 2016
- Maier, J. B. (2004). *Derecho Procesal Penal - Fundamentos* (Vol. I). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Mantovani, F. (2015). *Los Principios del Derecho Penal*. Lima: Legales Ediciones.
- Martinez Pujalte, A. L. (2005). *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Trujillo: Tabla XIII Editores.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho* (Segunda ed.). Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.
- Moccia, S. (2003). *El Derecho Penal entre ser y valor*. Montevideo: Editorial B de F Ltda.
- Montero Aroca, J., & Manuel et al. (2003). *Derecho Jurisdiccional Parte General* (Décima Segunda ed., Vol. I). Valencia: Tirant to Blanch.

- Montesquieu. (1906). *El Espíritu de las Leyes*. (S. García del Mazo, Trad.) Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Lima: Idemsa.
- Núñez Pérez, F. V. (2012). *El Contenido Esencial del Non Bis In Idem y de la Cosa Juzgada en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Ontiveros Yulquilla, A. (2010). Relaciones entre los Pueblos Originarios y los Estados a través de la Justicia Estatal. En Poder Judicial, *Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Indígenas y Rondas Campesinas*, (pp. 52-66). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). Las Faltas en el Código Penal: un estudio dogmático y de política criminal. *Gaceta Penal y Procesal Penal* (84), (pp. 49-58).
- Reátegui Sánchez, J. (2006). *La Garantía del "Ne Bis in Idem" en el Ordenamiento Jurídico Penal* (Primera ed.). Lima: Jurista Editores.
- Regalado, J. A. (2012). De las Sanciones y las Penas en la Justicia Indígena. En A. Rosembert, J. Martínez, G. Padilla, J. Regalado, & A. Valiente, *Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico* (pp. 99-115). Berlín: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General - Fundamento, la Estructura de la Teoría del Delito* (Vol. I). Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal* (Vigésima quinta ed.). (G. E. Córdova, & D. R. Pastor, Trads.) Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993* (Primera ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal - Lecciones* (Primera ed.). Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Sánchez Gil, R. (2007). *El Principio de Proporcionalidad* (Primera ed.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Villar Narro, V. A. (2011). *Criterio Jurídico para la aplicación del artículo 18º numeral 3) del Nuevo Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Cajamarca* (tesis de maestría). Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed.). Lima: Grijley.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2002). Hacia un reconocimiento pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal. *Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*, I(59-60), (pp. 31-81).
- Yrigoyen Fajardo, R. (2010). Los Ciclos del Constitucionalismo Pluralista: del Multiculturalismo a la Descolonización. En Poder Judicial, *Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas*, (pp. 71-79). Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.

Zaffaroni, E. R. (2009). Consideraciones acerca del Reconocimiento del Pluralismo Cultural en la Ley Penal. En C. Gallegos - Anda Espinoza, & D. Caicedo Tapia, *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Pluriculturales*. (Primera ed.) (pp. 99-121). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

### Sitios web y documentos electrónicos

Alcócer Povis, E. (s.f.). *La Prohibición de Incurrir en Bis in Idem Aproximación Conceptual*. Recuperado el 10 de Febrero de 2016, de <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/nebisinidemalcocer.pdf>

Bazán Cerdan, F. (s.f.). *El Nuevo Código Procesal Penal Peruano y las Rondas Campesinas: escenarios de conflictividad y de coordinación*. Recuperado el 30 de Julio de 2016, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24586.pdf>

Cabedo Mallol, V. J. (30 de Diciembre de 1998). *La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos*. Recuperado el 10 de Febrero de 2017, de <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>

Cano Campos, T. (Septiembre de 2001). *Non Bis in Idem, Prevalencia de la Vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. Recuperado el 20 de Enero de 2017, de [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271\\_cano\\_campos\\_non\\_bis\\_in\\_idem\\_prevalencia\\_de\\_la\\_via\\_penal\\_y\\_teor%C3%ADa\\_de\\_los\\_concursos.pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_cano_campos_non_bis_in_idem_prevalencia_de_la_via_penal_y_teor%C3%ADa_de_los_concursos.pdf)

Carlos de Miguel, & Astarloa, E. (2002). *La Aplicación del Principio "Non Bis in Idem" y el Concurso de Delitos en los Delitos Contra el Medio Ambiente*. Recuperado el 15 de Marzo de 2017, de <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/895/documento/nonbis.pdf?id=1997>

Caro Coria, D. C. (2006). *El Principio de Ne Bis in Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Recuperado el 10 de Marzo de 2017, de [http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/El%20principio\\_de\\_ne\\_bis\\_in\\_idem.pdf](http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/El%20principio_de_ne_bis_in_idem.pdf)

Exp. N° 0002-2001-AI/TC. Recuperado el 13 de febrero de 2017, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00002-2001-AI.html>

Exp. N° 010-2002-AI/TC. Recuperado el 30 de septiembre de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Exp. N° 1091-2002-HC. Recuperado el 10 de enero de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>

Exp. N° 01429-2002-HC/TC. Recuperado el 15 de julio de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html>

Exp. N° 2050-2002-AA-TC. Recuperado el 15 de marzo de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

- Exp. N° 0005-2003-AI/TC. Recuperado el 03 de septiembre de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html>
- Exp. N° 0729-2003-HC/TC. Recuperado el 12 de febrero de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00729-2003-HC.html>
- Exp. N° 2663-2003-HC/TC, recuperado el 03 de marzo de 2016, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02663-2003-HC.pdf>
- Exp. N° 0045-2004-AI. Recuperado el 13 de julio de 2017, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>
- Exp. N° 00047-2004-AI/TC. Recuperado el 20 de septiembre de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- Exp. N° 3194-2004-HC/TC. Recuperado el 10 de enero de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03194-2004-HC%20Aclaracion.pdf>
- Exp. N°4587-2004-AA/TC. Recuperado el 20 de abril de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>
- Exp. 003-2005-PI/TC, recuperado el 05 de junio de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00003-2005-I%20Reposicion.html>
- Exp. N° 1417-2005 AA/TC. Recuperado el 03 de agosto de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Recuperado el 20 de septiembre de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
- Exp. N° 6081-2005-PHC/TC. Recuperado el 11 de noviembre de 2016, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/06081-2005-HC.pdf>
- Exp. N° 8123-2005-PHC/TC. Recuperado el 22 de enero de 2017, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html>
- Exp. N° 6803-2006-PHC/TC. Recuperado el 15 de agosto de 2017, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06803-2006-HC.pdf>
- Exp. N° 00286-2008 PHC/TC. Recuperado el 02 de enero de 2016, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00286-2008-HC.pdf>
- Exp. N° 2725-2008-PHC/TC. Recuperado el 04 de marzo de 2017, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02725-2008-HC.pdf>
- Exp. N° 03167-2010-PA/TC. Recuperado el 02 de marzo de 2016, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03167-2010-AA.html>
- Gitlitz, J. (s.f.). *Decadencia y supervivencia de las Rondas Campesinas del Norte del Perú*. Recuperado el 16 de Octubre de 2016, de [www.cepes.org.pe/debate/debate28/02\\_Articulo.pdf](http://www.cepes.org.pe/debate/debate28/02_Articulo.pdf)
- Gitlitz, J. S., & Telmo Rojas, A. (1985). *Las Rondas Campesinas en Cajamarca - Perú*. Recuperado el 3 de enero de 2016, de [https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjs\\_pTptM\\_PAhXIWx4KHQXABXoQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4998689.pdf&usg=AFQjCNFEyHvwP3vyPeZgwNQ5-dRuj80ADQ&bvm=bv.13525852](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjs_pTptM_PAhXIWx4KHQXABXoQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4998689.pdf&usg=AFQjCNFEyHvwP3vyPeZgwNQ5-dRuj80ADQ&bvm=bv.13525852)

- Hurtado Poma, J. (18 de Noviembre de 2008). *El "Ne Bis in Idem" en la Investigación Fiscal*. Recuperado el 10 de Julio de 2017, de [https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjQ3O2Ttc\\_PAhXFHR4KHT3HDHUQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mpfm.gob.pe%2Fncpp%2Ffiles%2F9cf142\\_articulo%2520dr.%2520hurtado4.doc&usg=AFQjCNFHLZpBca6L8wPyFkew4Xptcv](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjQ3O2Ttc_PAhXFHR4KHT3HDHUQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mpfm.gob.pe%2Fncpp%2Ffiles%2F9cf142_articulo%2520dr.%2520hurtado4.doc&usg=AFQjCNFHLZpBca6L8wPyFkew4Xptcv)
- Jaén Vallejo, M. (1 de Octubre de 2003). *Principio Constitucional "Ne bis in Idem" (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)*. Recuperado el 2 de Abril de 2017, de [https://www.unifr.ch/ddp1/Derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_19.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/Derechopenal/articulos/a_20080526_19.pdf)
- Pena Junca, A. (s.f.). *La Otra Justicia: A Propósito del Artículo 149 de la Constitución Peruana*. Recuperado el 21 de Noviembre de 2016, [file:///C:/Users/JOSE%20ALONSO/Downloads/12180-48461-1-B%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/JOSE%20ALONSO/Downloads/12180-48461-1-B%20(1).pdf)
- Ruiz Molleda, J. C. (Mayo de 2008). *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas Autónomas?* Recuperado el 21 de Junio de 2016, de [https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi4x8fRt8\\_PAhXMIB4KHS-TCKAQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Fdocumentos\\_trabajo%2Fanalisis\\_pleno%2Fidl\\_pleno.doc&usg=AFQjCNEORIPdnDGmGzSVEQXdKufKf](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi4x8fRt8_PAhXMIB4KHS-TCKAQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Fdocumentos_trabajo%2Fanalisis_pleno%2Fidl_pleno.doc&usg=AFQjCNEORIPdnDGmGzSVEQXdKufKf)
- Ruiz Molleda, J. C. (Mayo de 2009). *Interpretación del Artículo 149° de la Constitución Política desde la Propia Constitución*. Recuperado el 10 de Marzo de 2016, de <http://jruizmolleda.blogspot.pe/2012/08/la-interpretacion-del-articulo-149-de.html>
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Criterios y pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Recuperado el 17 de Octubre de 2016, de <http://alertanet.org/b-pautas.htm>

**ANEXO**

1. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

#### ACUERDO PLENARIO N° 1-2009/CJ-116

**FUNDAMENTO:** ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

**ASUNTO:** RONDAS CAMPESINAS y DERECHO PENAL

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

#### ACUERDO PLENARIO

##### I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Con esta finalidad se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunes, en especial los



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2°.19, 89° y 149° de la Constitución, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como –en particular- los artículos 14°, 15°, 20°.8, 21°, 45°.2 y 46°.8 y 11 del Código Penal –en adelante, CP-.

Al respecto es de observar dos datos importantes. En primer lugar, que con gran frecuencia la conducta penal atribuida a quienes integran las Rondas Campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos –siendo rurales- en áreas colindantes o de fácil comunicación y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial. En segundo lugar, que los delitos imputados, según se anotó, se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales por su naturaleza tienen en la legislación vigente penas muy altas.

Las diversas Salas Penales de este Supremo Tribunal en numerosas ocasiones se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios. Constituyen una muestra de lo expuesto, entre otras, las Ejecutorias Supremas número 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio de 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril de 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo de 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio de 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo de 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril de 2006; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997.

Por tanto, en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, es del caso unificar en el presente Acuerdo Plenario.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como Jueces Supremos ponentes a los señores VALDEZ ROCA y RODRÍGUEZ TINEO, quienes, con el concurso de los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, expresan el parecer del Pleno.



## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. Aspectos generales.

6°. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2°.19) –a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado-. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: (i) el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89°); y (ii) el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149°). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2°.19 de la Ley Fundamental.

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del ‘Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989’-en adelante, el Convenio-, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas –en adelante, la Declaración-, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2°, ‘b’ del Convenio, artículo 5° de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34°). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar –normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).

La diversidad cultural del Perú –o su realidad pluricultural- está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento –validez y práctica- tanto del derecho consuetudinario –que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149° de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

Por consiguiente, el pluralismo jurídico –entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia: a propósito del artículo 149° de la Constitución peruana*. En *Desfaciendo Entuertos*, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

7°. El artículo 149° de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: *“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”* [los resaltados en negrita son nuestros].

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas –nacidas de ellas e integran su organización–; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado –aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX [FERNANDO BAZÁN CERDÁN: *Rondas Campesinas: la otra justicia*], siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no sólo desde las propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen –estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes– [RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO: *Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo*. En: <http://www.alertanet.org/ryf-defensoria.htm>].

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso [JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ VILLA: *Peritaje Antropológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre de 2007, página 58], han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos –tales como seguridad y desarrollo– y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto en cuanto –presupuesto necesario para su relevancia jurídica– aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socio culturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como “reconciliadora” y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [JOHN GIGLITZ: *Rondas Campesinas y Violencia*. En: Justicia y Violencia en las Zonas Rurales, IDL, Lima, 2003, página 146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: Revista Pena y Estado, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 113].

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado. En efecto, desde la perspectiva subjetiva, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos –sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a los normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas- [¿QUÉ SON LAS RONDAS CAMPESINAS?, martes 6 de enero de 2009. En: <http://cunarc.blogspot.com/2009/01/qu-son-las-rondas-campesinas.html>]. Desde la perspectiva objetiva, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales –su existencia tiene una vocación de permanencia-. Son expresiones del mundo rural –de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados-, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes –organizan de cierto modo la vida en el campo-, y han definido –aún cuando con relativa heterogeneidad- las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial –la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]-, pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario –normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO: *Apuntes sobre el artículo 149° de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos*. En: Desfaciendo Entuertos, Lima, octubre 1994, página 21]- en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

8°. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1º), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto- son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149º de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones –el artículo 8º.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias-, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario –cuya identificación y definición previa es tarea central del juez-, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas*, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1º de la Ley número 27908 –en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)- ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1º preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias esferas, sino que vienen ‘propiciadas’ por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

**§ 2. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera.**

9º. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149º de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado ‘fuero especial comunal’, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**V PLENO JURISDICCIONAL PENAL**

Desde dicha norma constitucional es posible –a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)- identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

- A. Elemento humano. Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural.
- B. Elemento orgánico. Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.
- C. Elemento normativo. Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.
- D. Elemento geográfico. Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

A estos elementos se une el denominado factor de congruencia. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

**10º.** El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el elemento objetivo, está referido –con independencia de lo personal: el agente ha de ser un rondero, y territorial: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes- a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

- A. Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, sólo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.
- B. Si el sujeto -u objeto- pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera –se trata,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas-, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta –y, por ende, la exclusión del Derecho penal-, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.

- C. En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas –se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural- la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no sólo a la localización geográfica de la conducta sino también al ámbito cultural, esto es, (i) que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Ronda Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional –cuya identificación resulta esencial para el órgano jurisdiccional-; y (ii) que –entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal- el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

11°. El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas –bajo la noción básica de ‘previsibilidad’ para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

12°. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que ésta se deba (i) a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o (ii) a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/JOSEPH DU PUIT: *Derecho penal y diferencias*



*culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú.* En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar –si correspondiere- la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, (i) las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable –plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil-; (ii) las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; (iii) la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; (iv) los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa –lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; (v) la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; (vii) las penas de violencia física extrema –tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

### § 3. *El rondero ante el Derecho penal.*

13°. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanar del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAUL AMRY: *Obra citada*, página 97]:

- A. Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).
- B. Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20°.8 del Código Penal –en adelante, CP-: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso –supuesto de atipicidad de la conducta- se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361° CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada. También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152° CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones-.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y –en principio- la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186°, párrafo 2, inciso 1, y 317° CP). Efectivamente,



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva –uno de los atributos esenciales de la jurisdicción–.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152° CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

**14°.** Cuando no sea posible esta primera posibilidad –la atipicidad de la conducta–, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20°.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto –situación de amenaza a los bienes jurídicos antes citados– y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

**15°.** Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó –la condición de tal del rondero inculpativo–, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar –si correspondiere– (i) la impunidad del rondero, (ii) la atenuación de la pena, o (iii) ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar (i) sin dolo –error de tipo– al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; (ii) por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o (iii) sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural. En: Imputación y responsabilidad penal*, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14° y 15° del CP.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia –aunque no imposible ni inusitado- los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15° CP –que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños-, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad ‘oficial’ como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobala cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN LUIS MODELL GONZÁLEZ: *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

16°. Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20°.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14° CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15° CP) –vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353]-, si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:

- A. La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21° CP, o por la vencibilidad del error prohibición según el artículo 14° in fine última frase CP, o por los defectos de la comprensión –o de determinarse según esa comprensión- como lo previene la última frase del artículo 15° CP.
- B. La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14° primer párrafo última frase CP.

17°. Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45°.2 y 46°.8 y 11 CP –compatibles con el artículo 9°.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado-; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10° de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas, sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento –principio de adecuación de las medidas de reacción social-.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
V PLENO JURISDICCIONAL PENAL

---

**III. DECISIÓN**

18. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

**ACORDARON:**

19°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° al 17°.

20°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

**GONZALES CAMPOS**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**RODRÍGUEZ TINEO**

**VALDEZ ROCA**

**BARRIENTOS PEÑA**

**BIAGGI GÓMEZ**

**MOLINA ORDOÑEZ**

**BARRIOS ALVARADO**

**PRÍNCIPE TRUJILLO**

**NEYRA FLORES**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**  
**V PLENO JURISDICCIONAL PENAL**

---

**BARANDIARÁN DEMPWOLF**

**CALDERÓN CASTILLO**

**ZEVALLS SOTO**