

**Una nota histórica sobre el *non bis in idem* en el Inca Garcilaso
y en Diego Fernández, el Palentino**

Antonio Bueno Armijo¹

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba

1. Introducción: el *non bis in idem* y su formación histórica en el Derecho castellano

El llamando *non bis in idem* o *ne bis in idem* es uno de los principios más claramente identificables dentro de las reglas que conforman el régimen jurídico propio del *ius puniendi* del Estado. Su presencia es frecuente en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, en el caso de España, es clara en el Derecho Penal, en el Derecho Procesal Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador. De igual forma, su reconocimiento se encuentra en numerosos textos constitucionales y en no pocos tratados internacionales.

Sin embargo, algunos de sus contornos son aún difusos y sus orígenes son, sin lugar a duda, inciertos. De hecho, no es irrazonable pensar que ambas características estén relacionadas: su antigüedad y la evolución experimentada a lo largo del tiempo podrían ser una de las causas de la imprecisión de que adolecen algunos de sus elementos (su naturaleza procesal y sustantiva, los requisitos necesarios para su aplicación, la posibilidad de excepcionarla, etc.).

En apariencia, se trata de un principio muy antiguo, rastreable hasta el Derecho Romano y presente en el Derecho medieval castellano, de donde evolucionaría hasta el Derecho de la edad moderna y contemporánea. Esta comunicación pretende, justamente, dar noticia y analizar un ejemplo de invocación del principio *non bis in idem* ocurrido en 1553. El episodio es descrito en dos de las crónicas de Indias que tratan de la conquista del Perú y de las guerras civiles entre españoles que se siguieron: la *Historia General del Perú* del Inca Garcilaso de la Vega (1617) y la *Historia del Perú* de Diego Fernández, el Palentino (1571), en la que descansa en buena medida la anterior respecto a este suceso. En particular, se trata de uno de los hechos ocurridos durante la rebelión de Francisco Hernández de Girón en su enfrentamiento con el Mariscal Alonso de Alvarado.

¹ Proyecto de investigación «Seguridad pública, actividad administrativa de limitación y derecho sancionador», PGC2018-093760-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

Como se verá, no se trata, propiamente, de un ejemplo de aplicación de Derecho indiano, sino de Derecho español (en rigor, castellano) en las Indias². Del análisis de este episodio histórico cabe deducir no solo la existencia de un principio *non bis in idem* perfectamente reconocible en el ordenamiento castellano de la época sino, lo que resulta mucho más interesante, su completa asimilación e interiorización por población lega en Derecho como una garantía frente a los eventuales castigos impuestos por el poder público.

2. El *non bis in idem* procesal como garantía de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico español

Es seguro que el ordenamiento jurídico español reconoce y ampara en la actualidad una garantía de los ciudadanos frente a la potestad punitiva de los poderes públicos a la que habitualmente se denomina *non bis in idem*, utilizando una expresión latina tal vez errónea³. Sin embargo, existen importantes dudas sobre el nivel máximo de protección que este principio puede ofrecer, sobre los requisitos que deben reunirse para poder invocarlo válidamente y sobre los sujetos frente los que cabe invocarlo. Dudas que son compartidas por muchos de los ordenamientos de nuestro entorno⁴ y que han provocado una prolija y compleja jurisprudencia sobre el *non bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵.

Es también seguro que el principio *non bis in idem* ampara en el Derecho español una doble garantía para los ciudadanos. En primer lugar, el llamado *non bis in idem* material

² Sobre la diferencia entre ambos conceptos, vid., ampliamente, José María OTS CAPDEQUI, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1943, en especial, pp. 13-14.

³ Podría resultar más adecuado el uso (mayoritario, por cierto, en los países de nuestro entorno), de la expresión *ne bis in idem*, aunque ninguna de las dos fuera propiamente utilizada en el mundo jurídico romano, donde la expresión originaria parece haber sido la máxima *ne bis de eadem re ne sit actio*. Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus, Madrid, 3ª ed., 1982, p. 478. Marien AGUILERA MORALES (2006), «El ne bis in idem: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 20 (2006), p. 483, indica como expresiones más adecuadas, atendiendo a las dos manifestaciones (procesal y sustantiva) de este principio, de las que nos ocuparemos a continuación en texto, las locuciones «*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*» (prohibición de doble enjuiciamiento) y «*nemo debet bis puniri pro uno delicto*» (prohibición de doble castigo). Parece compartir esta propuesta María José BRAVO BOSCH, «*Ne bis in idem*», *Revista General de Derecho Romano*, n.º 26 (2016), pp. 9-10.

⁴ Una acertada síntesis de la situación en los distintos ordenamientos europeos en Bas VAN BOCKEL (2010), *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, Boston, pp. 30-36.

⁵ En relación con el TJUE, el último desarrollo de su jurisprudencia viene determinado por las dos SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, de las que me he ocupado recientemente en Antonio BUENO ARMILLO, «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *Revista de Administración Pública* n.º 218, mayo – agosto (2022), pp. 171-206, al que me remito *in totum*, así como a la bibliografía allí citada.

o sustantivo (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*), que prohíbe que los poderes públicos (todos, incluyendo expresamente al Poder Judicial y a la Administración pública) puedan sancionar dos o más veces a una misma persona, por unos mismos hechos y sobre un mismo fundamento. En segundo lugar, el llamado *non bis in idem* procesal o procedimental (*nemo debet bis vexari pro una et aedem causa*), que prohíbe que los poderes públicos (con total seguridad el Poder Judicial, con muchísimas más reservas la Administración pública) puedan tramitar más de un proceso punitivo contra la misma persona y por los mismos hechos.

A los efectos de esta comunicación nos interesa la segunda de las garantías enunciadas, el llamado *non bis in idem* procesal o procedimental. De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, esta garantía se concreta:

«en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento»⁶.

De esta forma, el *non bis in idem* procesal se configuraría como un derecho fundamental propio del ámbito punitivo y contenido en el artículo 24 CE. Conforme a él, quien ya ha obtenido una resolución firme sobre el fondo del asunto, en la que se determina el alcance de su responsabilidad punitiva por unos hechos, tiene derecho a que los poderes públicos no vuelvan a tramitar contra él un nuevo procedimiento punitivo con el fin de determinar otra vez, modificándola o confirmándola, dicha responsabilidad.

La vigencia en el ordenamiento español de esta garantía, como se ha adelantado, es indubitada en el Derecho Procesal Penal, pero muy limitada en el Derecho Administrativo Sancionador⁷. Es posible que ello se deba, al menos en parte, a que su estudio se ha

⁶ STC de 69/2010, de 18 de octubre (ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS), FJ 3, que remite a formulaciones prácticamente idénticas contenidas en las SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 249/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 9; 91/2008, de 21 de julio, FJ 2.

⁷ De nuevo sobre ello, Tomás CANO CAMPOS, «Los claroscuros del *non bis in idem* en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 80, pp. 19 y 21. No se ha subrayado aún con suficiente énfasis que esta situación, muy probablemente, coloca muchas de las actuaciones sancionadoras de la Administración española en una posición contraria a la jurisprudencia del TEDH sobre el alcance del *non bis in idem*, como rápidamente detectó Rafael ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el

realizado habitualmente a partir de esquemas y planteamientos propios del Derecho Procesal pues, en efecto, existe una estrecha relación y una amplia coincidencia entre el *non bis in idem* procesal y los efectos negativos de la cosa juzgada penal (artículo 666.2º LECrim)⁸.

Sin embargo, no son exactamente lo mismo. La cosa juzgada (*res judicata*) es uno de los pilares sobre los que descansa todo el sistema judicial, un principio básico e imprescindible para su funcionamiento, con independencia del orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativo, social, militar) en el que nos encontremos. Sin embargo, el *non bis in idem* procesal es mucho más que la concreción subjetiva, para un ciudadano y un asunto concretos, de este principio general y objetivo del sistema judicial. Si no estoy equivocado, el *non bis in idem* procesal es, sobre todo, una garantía del ciudadano frente a los poderes públicos sancionadores, un derecho que le protege frente al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Eso explicaría por qué el *non bis in idem* procesal solo existe en el ámbito punitivo, mientras que la cosa juzgada existe en todos los órdenes jurisdiccionales⁹. Y explicaría también por qué el *non bis in idem* procesal puede surtir efectos protectores (aunque sean limitados) frente a la incoación de procedimientos administrativos sancionadores, mientras que la cosa juzgada solo protege frente a nuevos procesos judiciales.

Para reforzar nuestro planteamiento, que primaría el carácter de garantía frente al *ius puniendi* del *non bis in idem* sobre el carácter meramente procesal de este principio, puede resultar de interés analizar un ejemplo de cómo actuó el *non bis in idem* procesal frente al *ius puniendi* de los poderes públicos en un episodio histórico ocurrido en Potosí, en el

Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa*, n.º 61 (2013), pp. 36-39. Vid., igualmente, Antonio BUENO ARMILLO, «El principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del Derecho español», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, 2021, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor pp. 293-295.

⁸ Sin salir del Derecho Procesal Penal, se ha sostenido en ocasiones que el *non bis in idem* procesal podría tener un ámbito mayor que el de la cosa juzgada penal, puesto que prohibiría tanto el enjuiciamiento de algo que ya se enjuició (cosa juzgada material) como el enjuiciamiento de algo que se está enjuiciando en este momento (litispendencia). Me resultan, sin embargo, convincentes las críticas frente a esta postura formuladas por Jaime VEGAS TORRES, «La eficacia excluyente de la litispendencia», *REDUR*, n.º 0 (2002), pp. 171 y 175, quien cuestiona que la excepción de litispendencia pueda encontrar cobertura en el *non bis in idem* salvo en casos excepcionales.

⁹ Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) 3868/2021, de 25 de octubre, FJ 5, distingue entre *non bis in idem*, que solo sería aplicable frente a procesos sancionadores (lo que el tribunal descarta en el caso enjuiciado, al tratarse de una indemnización civil por intromisión ilegítima en el honor) y cosa juzgada, que se vincularía a la existencia de pronunciamientos judiciales previos (incluidos, aunque no solo, los penales) y que sí que podría aplicarse en el ámbito civil.

recién creado Virreinato del Perú, en 1553, y recogido por el Inca Garcilaso de la Vega en su *Historia General del Perú*.

3. Una invocación del *non bis in idem* en el recién creado Virreinato del Perú (Potosí, 1553) relatada por el Inca Garcilaso

El Inca Garcilaso de la Vega no es un autor que aparezca con excesiva frecuencia en nuestros textos jurídicos. Sin embargo, la lectura de su obra permite detectar un temprano ejemplo de uso del *non bis in idem* procesal frente al poder punitivo de los poderes públicos en el Derecho castellano de la Edad moderna, que puede resultar de interés para el jurista. Antes de contar el episodio, y para el lector poco familiarizado con su vida y su obra, baste decir que Gómez Suárez de Figueroa nació en la ciudad del Cuzco, capital del imperio inca, en 1539, hijo natural del capitán español don Sebastián Garcilaso de la Vega, descendiente de la noble familia de Garci Pérez de Vargas (a la que también pertenecía el poeta Garcilaso de la Vega, tío de don Sebastián), y de la *palla* Isabel Chimpu Oollo, de linaje imperial al ser nieta del Inca Túpac Yupanqui y sobrina del Inca Huayna Cápac.

Como mestizo, fue criado en dos lenguas, el quechua materno y el castellano paterno. Asimismo, la posición social de su padre, que llegó a ejercer como Corregidor de Cuzco, facilitó que recibiera una cuidada educación en latín junto con otros condiscípulos, hijos mestizos también de la primera generación de conquistadores, con los que seguiría en contacto toda su vida. En 1560, a la muerte de su padre y cuando contaba con veinte años, se trasladó a la península, de donde ya no volvería. Tras intentar conseguir, sin éxito, el reconocimiento de los méritos de su padre ante la Corte, participó, bajo las órdenes de D. Juan de Austria, en el sofocamiento de la Rebelión de los moriscos en las Alpujarras (1568-1571), alcanzando también el grado de capitán. Tras esta experiencia militar se retiró a Montilla (Córdoba), a la casa de un hermano de su padre y su mujer, matrimonio sin hijos cuya herencia le permitió vivir desahogadamente. Allí vivió hasta 1591, año en que se trasladó a Córdoba, donde fallecería el 23 de abril de 1616¹⁰.

¹⁰ La extraordinaria (aunque un poco inexacta) casualidad de que el 23 de abril de 1616 fallecieran también Miguel de Cervantes, en Madrid, y William Shakespeare, en Stratford-upon-Avon, llevó a que la Conferencia General de la UNESCO de 1995 declarara el 23 de abril como Día Mundial del Libro, conmemorándose dicha fecha desde entonces.

Vivir en Montilla y Córdoba le permitió compartir ambientes con figuras tan señaladas como Miguel de Cervantes o Luis de Góngora y, sobre todo, entrar en contacto con el culto e influyente grupo de humanistas, filólogos e historiadores conocidos en ocasiones como «anticuarios andaluces». Este fecundo ambiente cultural, junto con el ideal renacentista de aunar las armas y las letras y el deseo de restaurar la memoria y la obra de su padre, cuyo nombre acabaría adoptando, haciéndose llamar Garcilaso Inca de la Vega¹¹, motivaron que diseñara y ejecutara un extraordinario programa literario que lo convierten en el primer gran autor americano¹².

Este programa se compone de la traducción, del toscano al castellano, de los *Diálogos de amor* de León Hebreo (1590), que le granjearía fama y reconocimiento entre los círculos intelectuales de la época, y de dos crónicas de Indias: *La Florida del Inca* (1605), sobre la expedición dirigida por Hernando de Soto en el sureste de Norteamérica y el valle del Misisipi, y los *Comentarios Reales de los Incas*, publicados en dos partes en 1609 y 1617. La primera parte cuenta la historia del imperio inca, desde su creación mítica hasta la llegada de los españoles, junto con ricas descripciones de su religión, costumbres, cultura material, etc. La segunda parte de los *Comentarios Reales*, habitualmente llamada *Historia General del Perú* por aparecer bajo ese título por decisión del impresor, se ocupa de la conquista del imperio inca por parte de los españoles y de las guerras civiles desatadas luego entre estos durante los años inmediatamente posteriores, hasta la ejecución del último de los incas de Vilcabamba, Túpac Amaru.

Es la última de estas obras, la segunda parte de los *Comentarios Reales de los Incas*, mal llamada *Historia General del Perú*, donde se narra el episodio que nos interesa. Se encuentra en el Libro Séptimo, capítulo XV. La fecha exacta de los hechos no se revela con total exactitud, aunque es seguro que ocurre entre finales de 1553 y principios de

¹¹ Este será no solo el nombre con el que firmará sus obras, sino también el nombre que adoptará como nombre legal, según se desprende tanto de su testamento como de sus codicilos, en los que se identifica como «yo, Garcia Laso Inga de la Bega, clerigo, que por otro nombre me solía llamar Gomez Suarez de Figueroa». El texto de estos documentos es recogido y analizado en Rosario DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, «Estudio del testamento y codicilos del Inca Garcilaso de la Vega: primer humanista peruano (a. 1616)», *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 11 (2010), pp. 208 y ss.

¹² La existencia de un verdadero programa literario se deduce de la dedicatoria de su traducción de los *Diálogos de Amor*, que el Inca Garcilaso dirige a Felipe II y que está fechada en 1586. En ella, se menciona ya su intención de escribir la expedición de Hernando de Soto a Florida, así como la historia del imperio incaico y su conquista por parte de los españoles. Es decir, un esbozo de lo que acabará siendo su obra completa y que no concluirá hasta treinta años después. En relación con la existencia de este programa y la construcción de su imagen como literato, Fernando RODRÍGUEZ MANSILLA, *El Inca Garcilaso en su Siglo de Oro*, Iberoamericana – Vervuert, Madrid, 2019, pp. 77-82.

1554¹³. Durante los diez años anteriores se habían sucedido sangrientos enfrentamientos entre españoles: entre *pizarristas* y *almagristas*, entre el Virrey Blasco Núñez Vela y Gonzalo Pizarro, entre este último y Pedro de La Gasca y, finalmente, entre la Audiencia Real de la Ciudad de los Reyes (actual Lima) y Don Sebastián de Castilla. Precisamente para poner orden en el territorio tras la rebelión y muerte de este último, la Audiencia Real decidió conceder amplísimos poderes al Mariscal Alonso de Alvarado, a quien se nombró simultáneamente Juez comisionado, Corregidor, Justicia Mayor y Capitán General¹⁴. Es decir, se le concedieron tanto potestades judiciales para castigar a quienes habían participado en el levantamiento de Don Sebastián de Castilla, como potestades ejecutivas para garantizar la paz, la seguridad y el orden público a cualquier precio, poderes todos ellos que empezó a ejercer con gran severidad en las ciudades de la Plata, la Paz y Potosí.

De esta forma, entre junio y noviembre de 1553 fueron perseguidos, apresados y posteriormente condenados un elevadísimo número de españoles que habían pertenecido al bando de Don Sebastián de Castilla. Las penas impuestas fueron especialmente cruentas y su ejecución singularmente rápida. La mayor parte de ellos fueron ahorcados o degollados y, más raramente, condenados a azotes y galeras, mientras que los cabecillas, como Vasco Godínez, fueron arrastrados y hechos cuartos. El Inca Garcilaso justifica la dureza de las medidas, pues «era así menester para desembarazar las cárceles y asegurar la tierra, que estaba muy escandalizada de tanto alboroto y ruina como aquella tiranía había causado, que nadie se tenía por seguro»¹⁵. Sin embargo, reconoce un exceso de rigor y revela que este proceder acabó generando el efecto contrario al perseguido, pues dio lugar a un nuevo levantamiento, el de Francisco Hernández de Girón, «con que cesó la peste y mortandad de aquellos soldados. Que fue menester que hubiese otra rebelión y motín en otra parte, para que el temor del segundo aplacase el castigo del primero»¹⁶.

El Mariscal Alonso de Alvarado se encontraba en Potosí (actual Bolivia) cuando le llegaron noticias de este levantamiento de Francisco Hernández de Girón en Cuzco. La nueva situación de peligro le obligó a rectificar su comportamiento: a quienes habían sido ya condenados a muerte se les conmutaron las penas, obligándoles «a servir a su Majestad

¹³ Muy probablemente, los hechos habrían sucedido en noviembre de 1553, según cabría deducir de las dos referencias que se hacen a dicho mes en el Libro Sexto, capítulo XXIX, en relación con otro hecho inmediatamente anterior: el levantamiento de Francisco Hernández de Girón en el Cuzco.

¹⁴ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXVIII.

¹⁵ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXIX.

¹⁶ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXIX.

a su costa», es decir, a integrarse en el ejército del Mariscal, y a quienes se encontraban aún en prisión se les puso en libertad, sin más. Sin embargo, y frente a lo que cabría esperar, algunos de los presos se opusieron a su liberación. Este es justamente el pasaje, recogido en el Libro Séptimo, capítulo VI, que nos interesa:

«(...) salieron libres de la cárcel otros cuarenta y tantos [soldados], de los cuales se temía que los más de ellos habían de llevar pena de muerte; y los mejor librados habían de remar en galeras. A los vecinos y a otros muchos soldados que no merecían tanta pena, quiso soltar libres sin sentenciarlos; más no lo consintieron los presos, como lo dice el Palentino, capítulo cuarenta, por estas palabras¹⁷:

“Entendiendo esto algunos de los presos, sospecharon que los querían soltar sin sentencia, a fin de poder después (en cualquier tiempo) volver al castigo. Y así algunos de los principales no quisieron que así se hiciese, sin tener primero sentencia en su causa. Visto esto, comenzó a despachar los presos, y condenó a Gómez de Solís en quinientos pesos para las guardas que habían tenido. Martín de Almendras fue condenado en otro tanto, y lo mismo Martín de Robles. Otros fueron condenados a doscientos, otros a ciento, otros a cincuenta, y veinte, según se juzgaba la posibilidad de cada uno; y no según la pena que merecían”».

Lo que el Inca Garcilaso relata es, en pocas palabras, la negativa de un grupo de personas presas a ser puestas en libertad sin que previamente se dictara una resolución en su causa. Y, lo que resulta de especial interés, esa negativa obedecía a que eran conscientes de que, si eso no sucedía, si no había resolución, nada les protegería de que, más adelante, en cualquier momento, se abriera un nuevo proceso contra ellos por los mismos hechos. Frente a esa situación de incertidumbre, que es lo que querían evitar, exigían que hubiera un pronunciamiento final que determinase definitivamente su eventual responsabilidad, sabedores de que, después de él, no podrían ser sometidos a un nuevo proceso. Lo que estaban reclamando, en definitiva, era que se produjeran los presupuestos necesarios para poder disfrutar, en adelante, de la protección del *non bis in idem* procesal.

4. El *non bis in idem* procesal y su alcance como garantía frente a todo el ius puniendi del Estado

¹⁷ Se refiere a Diego FERNÁNDEZ, el Palentino, y a su obra *Primera y segunda parte de la Historia del Perú*, publicada en 1571, en Sevilla, en casa de Hernando Díaz.

Tal vez no es impertinente realizar una aclaración previa al análisis jurídico del texto que nos ocupa: la presencia española en la conquista de América estuvo fuertemente juridificada desde sus inicios. Resultaría absolutamente erróneo imaginar la labor de los conquistadores como una actividad puramente privada y anárquica, fruto de la simple voluntad aventurera de sus protagonistas. En realidad, toda su actividad estaba presidida por normas y, del mismo modo, los grupos sociales que fueron formando aparecen fuertemente estructurados y dirigidos por órganos administrativos de gobierno¹⁸.

Los monarcas españoles se mostraron muy atentos al tipo de sociedad que sus vasallos estaban formando en el Nuevo Mundo. De hecho, ha llegado a sostenerse que el verdadero objetivo de las llamadas Leyes Nuevas de Indias, de 1542, que se encuentran en el origen de todas las guerras civiles entre españoles posteriores a la conquista del Perú, incluyendo el enfrentamiento entre Francisco Hernández de Girón y la Audiencia Real, no era tanto proteger a los indios como cortar cualquier intento de autonomía feudal o política de los encomenderos frente a la Corona¹⁹.

Sentado lo anterior, centraremos nuestro análisis en tres elementos:

a) En primer lugar, la existencia de una garantía que hoy identificaríamos con el *non bis in idem* procesal, orientada a proteger del riesgo de ser sometido a enjuiciamiento más de una vez y por los mismos hechos.

b) En segundo lugar, la posible interiorización plena de esta garantía por los sujetos integrantes del ordenamiento castellano.

c) En tercer lugar, y finalmente, la configuración de esta garantía como una salvaguarda frente al *ius puniendi* del Estado en su conjunto y no solo frente a la organización de un poder Judicial que, en rigor, aún no existía.

a) Una descripción fáctica de una garantía jurídica: el *non bis in idem* procesal

¹⁸ El propio Inca Garcilaso da buena cuenta de ello en numerosas ocasiones, pero basta con señalar ahora los términos en que se concedieron a Hernando de Soto los títulos necesarios para embarcarse en la conquista de Florida (*La Florida del Inca*, Libro Primero, capítulos I a V) y los títulos equivalentes otorgados a Francisco Pizarro y sus compañeros para adelantar la conquista del Perú (*Historia General del Perú*, Libro Primero, capítulos XIV y XXXIV).

¹⁹ Mercedes SERNA ARNÁIZ, «El proyecto político del Inca Garcilaso de la Vega y la legislación colonial española», *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, n.º 85 (2017), p. 277, de acuerdo con la interpretación propuesta por Martín PÉREZ DE TUDELA (ed.), *Opúsculos, cartas y memoriales: Obras recogidas de Fray Bartolomé de las Casas*, BAE, CX, Atlas, Madrid, 1958.

El contenido jurídico del pasaje que nos ocupa se obtiene, en realidad, mediante una labor de deducción a partir del comportamiento de los presos que se describe. Ni el Inca Garcilaso ni el Palentino afirman en ningún momento la existencia de un principio jurídico castellano conforme al cual no pudiera someterse a nuevo juicio penal por los mismos hechos a quienes ya habían sido enjuiciados en un proceso concluido con sentencia. En realidad, lo que describen, mucho más modestamente, es un comportamiento de varios presos castellanos, al hilo de la narración de los eventos que siguieron al levantamiento de Francisco Hernández de Girón en el Cuzco, y el modo en que se actuó con ellos. Lo que ocurre es que dicho comportamiento, aparentemente ilógico, pues no es habitual que los presos no deseen abandonar su prisión, sí resultaría plenamente comprensible por la existencia de dicho principio.

Debe también llamarse la atención sobre quiénes eran los presos que, en concreto, se oponían a su liberación. Como aclara el Inca Garcilaso (Diego Fernández no dice nada a este respecto), no todos los presos tenían las mismas expectativas respecto a las penas que podían imponerles. Es cierto, según expusimos más atrás, que el Mariscal Alonso de Alvarado, con una finalidad fuertemente ejemplificante y disuasoria, estaba imponiendo a los soldados apresados condenas muy severas que, las más de las veces, conllevaban pena de muerte o, con suerte, pena de galeras²⁰. Sin embargo, junto a ellos encontramos también a «los vecinos y a otros muchos soldados que no merecían tanta pena». Son estos vecinos y estos soldados (sobre la distinción entre ambas categorías volveremos más adelante) los que se oponen a que los suelten libres sin sentenciarlos. Este dato, junto con la afirmación del principio *non bis in idem* procesal es el que daría sentido a su conducta: los presos exigen que se dicte sentencia antes de ser liberados, por un lado, porque desean asegurarse de que no volverán a ser molestados por estos hechos; por otro lado, porque esperan que la condena que les pueda corresponder no sea especialmente gravosa y, en todo caso, no más gravosa que la situación de inseguridad que les generaría el saber que en cualquier momento podrían dirigirse nuevamente contra ellos.

A este razonamiento aún cabría sumar otro elemento más: a la vista de la nueva situación generada por el levantamiento de Francisco Hernández de Girón y a la vista del interés del Mariscal Alonso de Alvarado por pacificar y asegurarse el apoyo de la ciudad de Potosí, los vecinos y soldados presos podían esperar razonablemente que, al obligarle a dictar sentencia en sus respectivas causas, el Mariscal se vería inclinado a imponer penas

²⁰ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXIX.

aún más leves que las que les podrían haber correspondido. Y, en efecto, este cálculo parece cumplirse atendiendo a lo que el Inca Garcilaso y Diego Fernández revelan a continuación, pues las únicas condenas que se imponen son de carácter pecuniario y, lo que resulta mucho más interesante, su cuantificación no se hace descansar sobre la gravedad de las conductas individuales, sino sobre los gastos que su prisión hubiera generado y sobre sus respectivas capacidades económicas:

«Visto esto, comenzó a despachar los presos, y condenó a Gómez de Solís en quinientos pesos *para las guardas que habían tenido*. Martín de Almendras fue condenado en otro tanto, y lo mismo Martín de Robles. Otros fueron condenados a doscientos, otros a ciento, otros a cincuenta, y veinte, *según se juzgaba la posibilidad de cada uno; y no según la pena que merecían*»²¹.

Finalmente, junto con la afirmación de su existencia, el relato ofrece también interesantes pistas sobre el fundamento de esta prefiguración del *non bis in idem* procesal. En efecto, de cuanto acabamos de exponer se deduce que esta garantía se vincula al principio de seguridad jurídica, esencial en cualquier ordenamiento jurídico, como actualmente reconoce, para el ordenamiento jurídico español, el artículo 9.3 de la Constitución Española. Nada tendría que ver, por tanto, con el principio de proporcionalidad ni con la prohibición de un exceso punitivo. La intención del Mariscal Alonso de Alvarado era la de dejar a los presos en libertad, sin castigo alguno, por lo que la amenaza que estos temían y frente a la que reaccionaron no era la de que les impusiera un nuevo castigo, que sería el primero que recibiesen, sino la de que en el futuro («en cualquier tiempo») se actuara contra ellos cuando pensaban que se encontraban ya libres de todo riesgo.

b) Una descripción de una garantía plenamente en vigor

Al mismo nivel de importancia que la afirmación de la existencia del *non bis in idem* procesal en este momento histórico debe situarse, también, la afirmación de que se trataba de una garantía plenamente reconocida y en vigor en el ordenamiento jurídico castellano ya a la altura de 1553. Esta es la deducción a la que permite llegar el hecho de que el Inca Garcilaso y Diego Fernández la presenten como una garantía completamente interiorizada

²¹ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo VI, cursiva añadida.

por los sujetos integrantes de este ordenamiento, incluyendo entre ellos a sujetos sin formación jurídica alguna y situados a 9.000 km de distancia de la península.

Nada obsta a la anterior conclusión el hecho de que el Inca Garcilaso (no así Diego Fernández) incluya una distinción entre vecinos y soldados, como si se tratase de categorías jurídicas de sujetos distintos. Ciertamente, la distinción entre ambos no es casual. Al contrario, responde a una de las obsesiones del Inca Garcilaso, quien en reiteradas ocasiones introduce la distinción entre ambos estatutos, aclarando que en el Perú solo se entiende por vecino a la persona que tiene repartimientos de indios. Es decir, a quien es «señor de vasallos». Dicho en otros términos: a los encomenderos. Los soldados, en contraposición, son buscadores de fortuna, cuyo mayor deseo cabría pensar que es, justamente, devenir ellos mismos en vecinos²². De hecho, el Inca Garcilaso achaca a esta ambición muchos de los disturbios que asolaron el Perú tras la conquista y que marcaron su niñez y primera adolescencia. Pero, a pesar de ello, tanto la movilidad de uno a otro estamento como las relaciones entre vecinos y soldados parecen más o menos fluidas²³.

En todo caso, muchos de ellos parecen proceder de una misma clase social y, lo que resulta más importante a nuestros efectos, no parece haber diferencias en su formación. En el mejor de los casos, tanto los vecinos como los soldados saben leer y escribir, pero nada más²⁴. Más en concreto, ninguno de ellos goza, con carácter general, de formación jurídica, pues aquellos que la tienen son expresamente señalados por el Inca como Licenciados o Letrados²⁵. Por tal motivo, no parece que deba darse especial relevancia al

²² Lo cierto, sin embargo, es que la conquista de América por parte de los españoles está llena de ejemplos que parecen contradecir esto. Paradigmáticamente, el Inca Garcilaso comienza *La Florida del Inca* (Libro Primero, capítulo I) haciendo el elogio de un conquistador, Hernando de Soto, que a pesar de haber hecho inmensa fortuna en la conquista del Perú y cargado ya de años, renuncia a su tranquilidad y lo arriesga todo «deseando emprender otras hazañas iguales o mayores, si mayores podían ser (...) De donde, por haber sido así hechas casi todas las conquistas principales del Nuevo Mundo, algunos, no sin falta de malicia y con sobra de envidia, se han movido a decir que a costa de locos, necios y porfiados, sin haber puesto otro caudal mayor, ha comprado España el señorío de todo el nuevo mundo».

²³ Por ejemplo, el Inca Garcilaso cuenta que «todos los vecinos de aquel Imperio, cada cual conforme a su posibilidad, cuando había guerra», sentaban a su mesa y se encargaban de alimentar a tantos soldados como podían, lo que ejemplifica en el pasaje citado con su propio padre, vecino del Cuzco (*Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XXVIII).

²⁴ El propio Inca Garcilaso revela que Francisco Pizarro no sabía leer, lo que le ganó el desprecio de Atahualpa cuando este se dio cuenta, al tenerlo en menos que aquellos de sus hombres que sí sabían, lo que le parecía impropio de un líder (*Historia General de Perú*, Libro Primero, capítulo XXXVIII).

²⁵ Por cierto, no siempre respetados y, en ocasiones, muy cuestionados en sus conocimientos jurídicos. Sin perjuicio de lo anterior, a los Letrados se les atribuyen, en principio, conocimientos jurídicos avanzados. Y, a la inversa, quien se quiere excusar de alguna falta por no tener tales conocimientos arguye, justamente, el no ser Letrado. Así hará el padre del Inca Garcilaso durante su juicio de residencia, esto es, una vez que cesa en sus funciones como Corregidor del Cuzco y es sustituido por el nuevo Corregidor, el Licenciado

hecho de quienes reclamaran la aplicación de la garantía fuesen «algunos de los principales».

La principal consecuencia que cabe deducir de esta absoluta interiorización es la plena vigencia de la garantía. En efecto, si la garantía del *non bis in idem* procesal hubiera sido en este momento una sutileza jurídica, un principio raro necesitado de argumentación y justificación, con base en textos o autores de Derecho Romano, no podría haber sido conocida y reclamada, con absoluta rotundidad, por personas legas en Derecho.

c) Una descripción de una garantía contra el *ius puniendi* del poder público

Aun puede resultar de interés analizar una última cuestión suscitada por este pasaje de la crónica: ¿contra quién se levanta esta garantía que prohíbe enjuiciar de nuevo a quien ya ha recibido una resolución en su causa? Resulta tentador, pero fundamentalmente erróneo y anacrónico, considerar que estamos ante una garantía frente al poder judicial. En efecto, solo en sentido impropio, casi metafórico, cabe hablar de poder judicial en 1553, cuando aún no se había verificado una separación de poderes que solo comenzaría a formularse en España (incluyendo todavía la América española) tres siglos más tarde, una vez iniciado nuestro ciclo constitucional con el texto de Cádiz de 1812. En realidad, cuando apareció el poder judicial (en sentido estricto) en el ordenamiento jurídico español, el principio *non bis in idem* ya estaba allí.

Por tal motivo, quizá sea más apropiado decir que la garantía que se describe en los textos del Inca Garcilaso y de Diego Fernández, el Palentino, constituye, más bien, una garantía frente al *ius puniendi* del Estado²⁶. Es decir, frente a la potestad para imponer castigos a los sujetos privados de la que gozan unos poderes públicos cuyas funciones aún aparecen indiferenciadas porque, en última instancia, proceden de la misma fuente en la que todas ellas se mezclan y confunden: el Rey.

Muñoz, quien antes de tomar posesión estaba obligado a someter a escrutinio la labor de su antecesor en el puesto. Uno de los cargos que se formularon contra Garcilaso de la Vega fue el haber nombrado un Escribano de la ciudad «sin hacer ciertas diligencias, que la Ley mandaba». El residenciado admitió el cargo, pero justificó su conducta aduciendo que, «como él no era Letrado no miró en lo que la Ley mandaba, sino en que la ciudad tenía necesidad de un Oficial que administrase aquel Oficio. Y que lo que él procuró fue que fuese hombre fiel y legal, cual convenía para tal ministerio y que así hallaría que lo era y toda aquella ciudad lo diría» (*Historia General del Perú*, Libro Octavo, capítulo V).

²⁶ La afirmación de un concepto de *Estado* en este momento histórico sí parece posible, de acuerdo con Antonio TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo 2, Alianza Editorial, Madrid, 1995 (3ª ed.), pp. 114-115.

No resulta tan evidente como pudiera parecer la determinación de la naturaleza jurídica sustantiva (judicial o administrativa) del poder que ejerce el Mariscal Alonso de Alvarado cuando sentencia e impone castigos contra los sublevados. Existen muy convincentes argumentos, seguramente correctos, para considerar que se trata de un poder materialmente judicial de contenido penal; pero existen también argumentos que permitirían sostener que se trata de un poder materialmente administrativo dirigido, en lo esencial, al mantenimiento del orden público mediante castigos. Lo que sí resulta claro es que, en cualquiera de ambos supuestos, se trata de un poder punitivo. Y es frente a dicho carácter punitivo (con independencia de su naturaleza judicial o gubernativa) frente a lo que se eleva la garantía reclamada por los presos en poder del Mariscal Alonso de Alvarado.

Los debates sobre las distintas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado son relativamente modernos. Sin embargo, la existencia de dicho *ius puniendi* y, sobre todo, la existencia de garantías frente a su ejercicio, no lo son tanto. En efecto, el poder público sanciona, pero no siempre sanciona el mismo poder público. Que el poder público sanciona significa simplemente constatar que existe el *ius puniendi* del Estado, que los poderes públicos pueden castigar, imponer medidas aflictivas por la realización de conductas que merecen un reproche social o, mejor, que dañan un interés o bien jurídicamente protegido. Que no siempre castiga el mismo poder público significa que existe una multiplicidad de poderes públicos que pueden ejercer el *ius puniendi*. De hecho, en casi todos los Estados de Derecho avanzados encontramos, al menos, dos: el poder judicial, que aplica el Derecho Penal y exige la responsabilidad penal, y el poder ejecutivo, que aplica el Derecho Administrativo Sancionador y exige responsabilidad administrativa sancionadora.

Pero esta situación, por extendida y frecuente que pueda parecer en la actualidad, no deja de ser una situación en gran parte contingente. En efecto, cabe encontrar Estados que solo atribuyan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado al poder judicial (Dinamarca) y otros Estados que admitan su ejercicio por otros muchos poderes públicos (hasta cinco manifestaciones del *ius puniendi* ha reconocido la Corte Constitucional colombiana)

Pero debido, justamente, a ese carácter contingente, las garantías jurídicas que deben proteger a los ciudadanos de un Estado de Derecho frente al poder punitivo no pueden depender de la decisión, meramente política, de a quién se atribuye el ejercicio de dicho poder. En todo caso, ejerza quien ejerza el *ius puniendi*, ese ejercicio debe rodearse de

ciertas garantías. Y esta exigencia, esencial, no es en absoluto novedosa: algunas de estas garantías, o sus antecedentes inmediatos, existen desde hace siglos, desde mucho antes de que se operase una separación de poderes que hoy tendemos a ver como inevitable pero que es, en realidad, una conquista reciente.

5. Conclusiones

A pesar de no haber sido objeto de una especial atención por parte de los juristas, la obra del Inca Garcilaso de la Vega ofrece elementos para el análisis y la reflexión de la Historia del Derecho que pueden resultar valiosos.

El análisis de uno de los episodios narrados en la *Historia General del Perú*, en el que se ha centrado la presente comunicación, permite, por ejemplo, afirmar la existencia de una garantía sustancialmente coincidente con la que actualmente situamos bajo el rótulo de *non bis in idem* procesal. Pero, más allá de constatar su presencia consolidada en el ordenamiento jurídico castellano en fecha tan temprana como 1553, este análisis permite, tal vez, aclarar cuál era y cuál debe ser en la actualidad el ámbito de aplicación de este principio.

En efecto, atendiendo a su análisis histórico, cabría afirmar que la manifestación procesal del *non bis in idem* no es, no puede ser, solo una garantía que se ejerza frente al poder judicial, puesto que dicha garantía existía antes de que tal poder hiciese su aparición histórica. De ello se deduciría que su aplicación en la actualidad frente al poder sancionador de la Administración no supondría extender o ampliar una garantía judicial a la actuación administrativa, justamente porque no se trata de una garantía judicial. Se trataría, más bien, de una garantía frente al poder sancionador del Estado, el *ius puniendi* ejercido por el poder público, sea el que sea.

Más allá de este episodio concreto, debe subrayarse una vez más la importancia de los análisis históricos para contextualizar y comprender adecuadamente las instituciones jurídicas actualmente vigentes. No hay nada novedoso en la anterior afirmación ni en el ejercicio que hemos desarrollado en estas páginas, pero, tal vez, cabría puntualizar que estos análisis históricos no deben limitarse a textos normativos o jurídicos, sino que pueden y deben extenderse a otros tipos de textos, incluyendo los textos literarios. Muy especialmente, cuando presentan la calidad y la riqueza de las obras del Inca Garcilaso.