

UNA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN LA
 HISTORIA GENERAL DEL PERÚ DEL INCA
 GARCILASO DE LA VEGA*

[An application of the *ne bis in idem* Principle in Inca Garcilaso de la Vega's
Historia General del Perú]

Antonio BUENO ARMIGO**
 Universidad de Córdoba, España.

RESUMEN

La *Historia General del Perú* del Inca Garcilaso de la Vega (1617) recoge un extraño suceso durante el enfrentamiento entre el Mariscal Alonso de Alvarado y Francisco Hernández de Girón, en el que unos prisioneros se negaron a salir de prisión tras ser puestos en libertad sin sentencia. Sin embargo, este comportamiento cobra todo

ABSTRACT

Inca Garcilaso de la Vega's *Historia General del Perú* (1617) recounts an odd story taken place during the struggle between Mariscal Alonso de Alvarado and Francisco Hernández de Girón, when a group of prisoners refused to abandon jail after their dismissal without prejudice. However, this behaviour makes perfectly

RECIBIDO el 24 de septiembre de 2022 y ACEPTADO el 2 de noviembre 2023

* Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (PROYEXCEL_00903) «La Nueva Seguridad Pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa» (2022-2025). Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2022-138118NB-I00 «La Administración sancionadora de la Unión Europea», MCIN/AEI 10.13039/501100011033/FEDER, UE. El presente trabajo constituye una versión revisada y muy ampliada de la comunicación presentada al Congreso Internacional «Nuevos retos en el Derecho Administrativo Sancionador», celebrado en la sede de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos los días 12 y 13 de septiembre de 2022. Agradezco a su director, el profesor Javier Guillén Caramés, la posibilidad de presentar públicamente las conclusiones provisionales de mi investigación. Igualmente, agradezco al profesor Manuel Izquierdo Carrasco (Universidad de Córdoba) y, muy especialmente, al profesor Luis Castellví Laukamp (University of Manchester), sus valiosísimos comentarios y sugerencias sobre un primer borrador del trabajo.

** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Puerta Nueva, s/n. 14002, Córdoba (España). Correo electrónico: antonio.bueno@uco.es. ORCID: 0000-0002-6487-1142.

su sentido cuando se contempla a la luz del principio *non bis in idem*. El presente trabajo analiza este episodio, valorando la fiabilidad histórica y jurídica del Inca Garcilaso, y concluye identificando el principio *non bis in idem* como un principio acuñado contra cualquier manifestación del *ius puniendi* del Estado y no sólo frente al poder judicial.

PALABRAS CLAVE

Non bis in idem – Inca Garcilaso de la Vega – *Historia General del Perú*; – cosa juzgada – *ius puniendi*.

sense from an approach that takes fully into consideration the *ne bis in idem* principle. This paper analyses the above-mentioned episode, assessing the historical and legal reliability of Inca Garcilaso, and suggests that the *ne bis in idem* principle was forged as a shield against any exercise of the State's *ius puniendi* and not only against the judiciary.

KEY WORDS

Ne bis in idem – Inca Garcilaso de la Vega; – *Historia General del Perú*; – *res judicata* – *ius puniendi*.

INTRODUCCIÓN:

EL NON BIS IN IDEM Y SU FORMACIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO CASTELLANO

El llamado *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 aplicación se extiende al Derecho Penal, al Derecho Procesal Penal y al Derecho Administrativo Sancionador y su reconocimiento se encuentra en numerosos textos constitucionales y en no pocos tratados internacionales¹.

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 doble naturaleza procesal y sustantiva, los requisitos necesarios para su aplicación, la posibilidad de excepcionarla, etc.).

Su análisis en el ordenamiento jurídico español y en los ordenamientos jurídicos de la América española revelan que se trata de un principio muy antiguo, rastreable hasta el Derecho Romano y presente en el Derecho medieval castellano (como mínimo, de manera implícita), de donde evolucionaría hasta el Derecho de la Edad Moderna y Contemporánea. El presente trabajo pretende, justamente, dar noticia y analizar un ejemplo de invocación del principio *non bis in idem* ocurrido en 1553 en suelo americano. 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

¹ Entre los primeros, suele señalarse como una de las consagraciones constitucionales más tempranas la contenida en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Entre los tratados internacionales, basta señalar el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 4 del Protocolo n.º 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

los hechos ocurridos durante la rebelión de Francisco Hernández de Girón en su enfrentamiento con el Mariscal Alonso de Alvarado.

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 sólo la existencia de un principio *non bis in idem* reconocible en el ordenamiento castellano de la época sino, lo que resulta mucho más interesante, su asimilación e interiorización por población lega en Derecho como una garantía frente a los eventuales castigos impuestos por el poder público, lo que permite deducir su vigencia real.

I. 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 a los que cabe invocarlo. Dudas que son compartidas por muchos de los ordenamientos de su entorno, tanto americanos⁴ como europeos⁵, y que han provocado una abundante jurisprudencia sobre el *non bis in idem*, especialmente prolija en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶.

² Sobre la diferencia entre ambos conceptos, siguen siendo pertinentes los postulados de OTS CAPDEQUÍ, José María, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*, (Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943), en especial, pp. 13-14.

³ Podría resultar más adecuado el uso (mayoritario, por cierto, en otras lenguas europeas), 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*, sobre lo cual véase GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus (Madrid, 3ª ed., 1982), p. 478. AGUILERA MORALES, Marien, *El ne bis in idem: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 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 BRAVO BOSCH, María José, *Ne bis in idem*, en *Revista General de Derecho Romano*, 26 (2016), pp. 9-10.

⁴ En el caso chileno, por ejemplo, se ha destacado cómo en su origen este principio fue una derivación de la cosa juzgada, lo que explicaría su posterior evolución en una doble componente procesal y sustantiva, tal y como recoge CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42 (2014), p. 427.

⁵ Una acertada síntesis de la situación en los distintos ordenamientos europeos en VAN BOCKE, Bas, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, (Boston, Wolters Kluwer, 2010), pp. 30-36.

⁶ En relación con el TJUE, el último desarrollo de su jurisprudencia viene determinado por

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 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 este trabajo 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 español, 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*”⁷.

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 con el fin de determinar otra vez, modificándola o confirmándola, dicha responsabilidad.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no sólo se acepta sin reservas la aplicación del *non bis in idem* procesal a los procedimientos sancionadores tramitados por la Administración pública, sino que estos constituyen el ámbito habitual de su aplicación. Por el contrario, y como se ha adelantado, la vigencia en el ordenamiento español de esta garantía es indubitada en el Derecho Procesal Penal, pero muy limitada en el Derecho Administrativo Sancionador⁸. Es

las dos SSTJUE de 22 de marzo de 2022 (Gran Sala), *bpost*, as. C-117/20, y *Nordzucker y otros*, as. C-151/20, recientemente analizadas en BUENO ARMIJO, Antonio, *Carácter procedimental del non bis in idem en la Unión Europea*, en *Revista de Administración Pública*, 218, mayo – agosto (2022), pp. 171-206, al que cabe remitirse *in totum*, así como a la bibliografía allí citada.

⁷ 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.

⁸ CANO CAMPOS, Tomás, *Los claroscuros del non bis in idem en el espacio jurídico europeo*, en *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, como rápidamente detectó ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *El derecho a no ser sometido a doble*

posible que ello se deba, al menos en parte, a que su estudio se haya realizado en España 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁹.

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 sólo existe en el ámbito punitivo, mientras que la cosa juzgada existe en todos los órdenes jurisdiccionales¹⁰. 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 protege sólo frente a nuevos procesos judiciales.

Los dos rasgos expuestos –las dudas sobre su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores y su coincidencia parcial con la cosa juzgada, con la que acaso se confunde– pueden ya encontrarse, justamente, en un episodio histórico ocurrido en 1553 en Potosí, en el recién creado Virreinato del Perú, y recogido por el Inca Garcilaso de la Vega en su *Historia General del Perú*, a cuyo análisis dedicaremos las siguientes páginas.

procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional, en *Justicia Administrativa*, 61 (2013), pp. 36-39. Véase, igualmente, BUENO ARMILLO, Antonio, *El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del Derecho español*, en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2021), pp. 293-295.

⁹ 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 VEGAS TORRES, Jaime, *La eficacia excluyente de la litispendencia*, en *REDUR*, 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.

¹⁰ Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil) 3868/2021, de 25 de octubre, FJ 5, distingue entre *non bis in idem*, que sólo 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 sólo, los penales) y que sí que podría aplicarse en el ámbito civil.

II. UNA INVOCACIÓN DEL NON BIS IN IDEM EN EL 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 los 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, baste recordar que Gómez Suárez de Figueroa nació en la ciudad del Cuzco 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 castellano Garcilaso de la Vega, tío de don Sebastián), y de la *palla* Isabel Chimpu Ocllo, princesa de linaje imperial, 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 del 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 ibérica, de donde ya no volvería¹¹. 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 (tía paterna de Luis de Góngora), matrimonio sin hijos con cuya herencia pudo vivir desahogadamente. Allí vivió hasta 1591, año en que se trasladó a Córdoba, donde fallecería el 23 de abril de 1616¹².

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 historia-

¹¹ Se sabe que solicitó volver al Perú, lo que le fue autorizado mediante una cédula firmada por el Rey en Madrid el 27 de junio de 1563: "Y den (permiso) para que los oficiales de Sevilla dejen pasar al Perú a Gómez Suárez de Figueroa hijo de Garcilaso de la Vega que sirvió en aquella tierra dando información en forma". MIRÓ QUESADA, Aurelio, *El Inca Garcilaso*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 1994), p. 108, quien recoge el documento encontrado por RIVA AGÜERO en el Archivo de Indias de Sevilla, *apud* DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario, *Estudio del testamento y codicilos del Inca Garcilaso de la Vega: primer humanista peruano (a. 1616)*, en *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 11 (2010), p. 198. Se desconocen, sin embargo, los motivos por los que decidió no hacer uso de dicha autorización, renunciando a regresar al Perú.

¹² 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, celebrándose desde entonces en honor a estos tres autores universales.

dores conocidos en ocasiones como “anticuarios andaluces”, a los que luego nos referiremos. Este fecundo ambiente cultural, junto con el ideal renacentista de aunar las armas y las letras¹³ y el deseo de restaurar la memoria y la obra de su padre, cuyo nombre acabaría adoptando como propio¹⁴, motivaron que diseñara y ejecutara un extraordinario programa literario que lo convierten en el primer gran autor americano¹⁵.

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 VI. La fecha exacta de los hechos no se revela con total precisión, aunque es seguro que ocurren entre finales de 1553 y principios de 1554¹⁶. Durante los diez años anteriores se habían sucedido sangrientos enfrentamientos entre grupos liderados por españoles: entre

¹³ Su escudo de armas, que aparecerá en la primera edición de sus *Comentarios Reales de los Incas* y que incluye tanto los símbolos heráldicos de la familia de su padre como los símbolos imperiales incas de la familia de su madre, aparecerá rodeado del lema “Con la espada y con la pluma”, tópico renacentista y caballeresco rastreable casi literalmente en el soneto “A Córdoba” (1585) de Luis de Góngora (“tanto por plumas cuanto por espadas”), que el Inca Garcilaso debió necesariamente conocer.

¹⁴ Este será no sólo el nombre con el que firmará sus obras (con leves cambios en el orden: Garcilaso Inca de la Vega en la traducción de los *Diálogos de amor*; Inca Garcilaso de la Vega en *La Florida del Inca*, en los *Comentarios Reales de los Incas* y en la *Historia General del Perú*), 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, clérigo, que por otro nombre me solía llamar Gomez Suarez de Figueroa”. El texto de estos documentos es recogido y analizado en DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, cit. (n. 12), pp. 208 y ss.

¹⁵ 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, 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, véase RODRÍGUEZ MANSILLA, Fernando, *El Inca Garcilaso en su Siglo de Oro*, Iberoamericana (Madrid, Vervuert, 2019) pp. 77-82.

¹⁶ 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

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 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 General¹⁷. Es decir, se le concedieron tanto potestades judiciales para castigar a quienes habían participado en el levantamiento de Don Sebastián de Castilla, como potestades militares y gubernativas 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”¹⁸. 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”¹⁹.

El Mariscal Alonso de Alvarado se encontraba en Potosí, en la 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 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 propia 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*

relación con otro hecho inmediatamente anterior: el levantamiento de Francisco Hernández de Girón en el Cuzco.

¹⁷ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXVIII.

¹⁸ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXIX.

¹⁹ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXIX.

cuarenta, por estas palabras²⁰: “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”.

Sin perjuicio de cuanto se dirá a continuación, 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 parecían ser conscientes de que, si eso no sucedía, si no había resolución, nada les protegería de que, más adelante, “en cualquier tiempo”, se abriera un nuevo proceso contra ellos por los mismos hechos. Frente a esa situación de incertidumbre, que es lo que querían evitar, los presos liberados 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 o prohibición de doble enjuiciamiento por los mismos hechos.

El pasaje transcrito ofrece varios niveles de lectura, pero, a los efectos de esta investigación, nos limitaremos a proponer un doble acercamiento para su posible análisis: por una parte, respecto a su fiabilidad como fuente histórica (IV); por otra parte, en relación con la información jurídica que el texto ofrece (V).

III. EL INCA GARCILASO DE LA VEGA COMO FUENTE HISTÓRICA Y JURÍDICA

Durante más de dos siglos, el Inca Garcilaso fue considerado la máxima autoridad en las antigüedades de los incas. Sólo en el siglo XIX comenzaría a cuestionarse parte de su obra y a señalarse la existencia de sesgos e intenciones no explicitadas, tal y como señalaremos más adelante. A pesar de ello, la preocupación del Inca por contar los hechos ajustándose a lo que realmente ocurrió es casi obsesiva a lo largo de toda su obra. Su visión de la Historia es la de una disciplina centrada en la relación de hechos, entendidos como algo inmutable y objetivo, distintos de la mera opinión y de la simple literatura. Una actividad que debe consagrarse a la búsqueda de la verdad y que supone, en consecuencia, que quien la ejerce arriesga el propio honor en ello, pues “la Historia manda y obliga a escribir verdad, so pena de ser burladores de todo el mundo y, por ende, infames”²¹.

No puede descartarse que, en esta forma de entender la labor historiográfica, centrada en la verdad y la certeza, influyese la edad del autor. No sólo porque

²⁰ Se refiere a Diego FERNÁNDEZ, el Palentino, y a su obra *Primera y segunda parte de la Historia del Perú*, publicada en 1571. Sobre la compleja relación del Inca Garcilaso con esta obra volveremos más adelante.

²¹ *Historia General del Perú*, Libro Primero, capítulo XVIII.

el Inca Garcilaso acometió su actividad literaria con más de cuarenta años, en plena madurez, después de sufrir una vida plagada de episodios violentos en dos continentes distintos, sino, sobre todo, por un posible (aunque no confesado) temor a que la distancia temporal le hiciera recordar erróneamente memorias de historias que oyó o vivió muchas décadas atrás²². Tampoco puede descartarse que la vinculación entre Historia, verdad y honor que el Inca Garcilaso establece guarde relación y sea una reacción contra la injusticia cometida contra su padre por culpa de la relación que los cronistas españoles hicieron de un episodio de su vida durante las guerras civiles entre españoles tras la conquista del Perú, en la batalla de Huarina, y al que luego nos referiremos.

Dejando al margen estas posibles motivaciones de contenido psicológico²³, la aproximación del Inca Garcilaso al quehacer historiográfico bebe de los anti-cuarrinos andaluces, el grupo de brillantes humanistas liderados en Córdoba por Ambrosio de Morales (1513-1591), en el que cabe incluir, entre otros, a Pablo de Céspedes (1538-1608) y Bernardo de Alderete (1565-1641), y en el que el Inca Garcilaso se integra estableciendo lazos personales e intelectuales con muchos de sus miembros²⁴. El contacto estrecho con este grupo de eruditos y su fuerte influencia vendrían a completar la formación autodidacta del Inca Garcilaso, muy centrada ya en temas históricos, según se deduce del catálogo de libros que componían su biblioteca y que ha llegado a nosotros²⁵.

²² En los *Comentarios Reales*, Libro Primero, capítulo IV, el Inca Garcilaso blasona de que las cosas que conoce de la conquista del Perú “yo las oí en mi tierra a mi padre y a sus contemporáneos, que en aquellos tiempos la mayor y más ordinaria conversación que tenían era repetir las cosas más hazañosas y notables que en sus conquistas habían acaecido”, aunque reconoce que, “como muchacho”, las oyó “con poca atención, que si entonces la tuviera pudiera ahora escribir otras muchas cosas de grande admiración, necesarias en esta historia. Diré las que hubiere guardado la memoria, con dolor de las que ha perdido”. Del mismo modo, admite otros olvidos de nombres y palabras (*cf.* *Comentarios Reales*, Libro Séptimo, capítulo X) y se disculpa resignadamente, pues “reprendiendo yo mi memoria por estos descuidos, me responde que por qué le riño de lo que yo mismo tengo la culpa; que advierta yo que ha cuarenta y dos años que no hablo ni leo en aquella lengua” (*Comentarios Reales*, Libro Octavo, capítulo XVIII). No obstante, en la *Historia General del Perú* estos lamentos no sólo son más infrecuentes, sino que el Inca Garcilaso reclama más autoridad que otros cronistas justamente porque vivió personalmente los hechos, expresando de manera implícita que vivirlos y recordarlos es todo uno.

²³ Aunque rodeado de una inevitable aura especulativa, el análisis psicológico de la obra del Inca Garcilaso ofrece resultados muy sugerentes, como prueba el trabajo de HERNÁNDEZ, Max, *Memoria del bien perdido. Conflicto, identidad y nostalgia en el Inca Garcilaso de la Vega* (Lima, Paidós – Editorial Planeta, 2020). En relación, específicamente, con los factores que confluyeron en su vocación literaria, véanse las pp. 149-195.

²⁴ ROSES, Joaquín, *El Inca Garcilaso y Luis de Góngora*, en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 85 (2017), pp. 344-345, ha señalado, además de otros vínculos entre ambos, la existencia de amigos comunes muy cercanos tanto al Inca Garcilaso como a Luis de Góngora (1561-1627), integrados en el ambiente cultural de la Córdoba de la época, entre los que se incluirían, además del ya citado Bernardo de Alderete, el jesuita Francisco de Castro y Francisco Fernández de Córdoba, abad de Rute, quien cita muy elogiosamente al Inca Garcilaso hasta en tres ocasiones en su *Didascalia multiplex*, según registra ASENSIO, Eugenio, *Dos cartas desconocidas del Inca Garcilaso*, en *Nueva Revista de Filología Hispánica*, 7, n.º 3-4 (1953), pp. 592-593.

²⁵ De acuerdo con el catálogo publicado por DURAND, José, *La biblioteca del Inca*, en *Nueva*

De este modo, la relación con los anticuarios explicaría que el Inca Garcilaso huya de la labor historiográfica entendida como un ejercicio de imaginación y (re)creación literaria y que, en su lugar, plantee sus crónicas como el resultado de un trabajo de investigación y estudio (proto)científicos. Estudio que debe basarse en fuentes orales de testigos directos, en fuentes escritas -tanto de los cronistas españoles, a quienes cita con extraordinaria precisión²⁶, como de los *quipucamayoc* peruanos²⁷-, en restos arqueológicos²⁸ y, muy especialmente, en sus propias vivencias y en un conocimiento lingüístico del idioma quechua del que él, a diferencia de casi todos los demás cronistas, goza²⁹. De hecho, es sobre su condición de cuzqueño (de indio o inca, como hábilmente señalará en las

Revista de Filología Hispánica, 2, n.º 3 (1948), pp. 239-264, el grueso de sus fondos lo formaban obras históricas de la antigüedad clásica. Asimismo, contaba también con obras históricas escritas por autores contemporáneos (Pedro Mexía, Hernán Pérez del Pulgar, Guicciardini, etc.) y, por supuesto, las obras de los propios anticuarios, como el trabajo de Bernardo de Aldrete, *Varias antigüedades de España, África y otras provincias* (1614). Finalmente, la biblioteca reunía también diversas crónicas de Indias, incluyendo las de Diego Fernández, Francisco López de Gómara, Pedro Cieza de León o Joseph de Acosta, entre otros.

²⁶ En un contexto histórico y cultural en el que el plagio no tenía el mismo sentido que en la actualidad, el Inca Garcilaso señala, al hilo de las múltiples citas de cronistas españoles que jalonan su texto, que “huelgo mucho de sacar los semejantes pasos, en nombre de sus autores, porque no parezca que quiero, como la graja, adornarme con plumas ajenas; y también por dar testigos españoles en lo que voy diciendo” (*Historia General del Perú*, Libro Segundo, capítulo VII).

²⁷ Tanto en los *Comentarios Reales* (Libro Primero, capítulo XIX) como en la *Historia General del Perú* (Libro Primero, capítulo XVIII), el Inca Garcilaso hace referencia a las “relaciones que los condiscípulos me han enviado, sacadas de las cuentas e historias anales de las provincias de donde eran sus madres naturales”, en expresa referencia al uso de los quipus como artefactos para retener historia y memoria de los hechos de los incas. *Cfr.*, asimismo, las referencias a las “historias anales” y a los “ñudos, señales y cifras” que recogieron la embajada de Hernando de Soto a Atahualpa (*Historia General del Perú*, Libro Primero, capítulo XX) y a “los quipus, que son los ñudos anales de Cajamarca, donde sucedió el hecho” (*Historia General del Perú*, Libro Primero, capítulo XXIII).

²⁸ Las referencias a las ruinas de las construcciones de los incas en los *Comentarios Reales* y sus distintos usos como elemento narrativo han sido minuciosamente catalogadas por RODRÍGUEZ MANSILLA, Fernando, *Las ruinas en los Comentarios Reales*, en *Humanista*, 44 (2020), pp. 52-64.

²⁹ El Inca Garcilaso hace expresa su visión acerca de la estrecha relación que existe entre historia y filología en el “Proemio al lector” de los *Comentarios Reales* (“que no diremos cosa grande que no sea autorizándola con los mismos historiadores españoles que la tocaron en parte o en todo; que mi intención no es contradecirles, sino de servirles de comento y glosa y de intérprete en muchos vocablos indios, que, como extranjeros en aquella lengua, interpretaron fuera de la propiedad de ella”) y en las “Advertencias acerca de la lengua general de los indios del Perú” que le sigue. A su vez, este planteamiento se deriva directamente de la metodología científica propugnada para la historia y la arqueología por Ambrosio de Morales, mentor del Inca Garcilaso en Córdoba, a quien aconsejó directamente en la redacción de *La Florida del Inca*, como señala DE MORA, Carmen, *La amistad del Inca Garcilaso con los humanistas de Córdoba*, en MAZZOTTI, José Antonio (ed.), *Renacimiento mestizo: los 400 años de los Comentarios Reales* (Madrid, Iberoamericana-Vervuert, 2010), pp. 104 y 109, y como reconoció el propio Inca Garcilaso en carta enviada en diciembre de 1592 a su común amigo, Juan Fernández Franco. Véase ASENSIO, Eugenio, cit. (n. 25), p. 586.

portadas de sus libros), donde hará descansar buena parte del prestigio intelectual que busca obtener para sí y para su obra³⁰.

Que la Historia no es una fabulación ni una manifestación meramente literaria para el Inca Garcilaso se desprende también de algunas de sus afirmaciones, en las que cuestiona a los autores que, pretendiendo narrar hechos de la conquista, decidieron hacerlo en verso y no en prosa³¹. Pero, lo que resulta aún más importante, que los hechos no son opinables para el Inca Garcilaso se desprende de algunas de las estrategias discursivas que se repiten en sus libros. Por un lado, cuando recibe informaciones o relaciones de terceros que resultan contradictorias entre sí, realiza notables esfuerzos por determinar cuál de ellas merece más crédito y, cuando todas le merecen el mismo respeto, hace lo posible por intentar cohonestarlas y hacerlas compatibles³². Por otro lado, cuando encuentra relaciones de hechos que no coinciden con lo que él mismo vivió o con lo que conoció por testigos directos, protesta de forma enérgica, denunciándolas y, cuando procede, señalando sus incoherencias o debilidades. Esta segunda situación se producirá, sobre todo, una y otra vez, con la crónica de Diego FERNÁNDEZ (a quien el Inca Garcilaso se refiere con una extraña familiaridad como “el Palentino”, denominación que también nosotros usaremos), contenida en su libro *Primera y segunda parte de la Historia del Perú*, publicado en Sevilla en 1571³³.

³⁰ Explica convincentemente esta “maniobra discursiva”, RODRÍGUEZ MANSILLA, Fernando, *El Inca Garcilaso*, cit. (n. 16), pp. 49 y 62, quien nuevamente traza su origen hasta el “padre” intelectual del Inca Garcilaso, Ambrosio de Morales. Algo más escéptico, AVALLE-ARCE, Juan Bautista, *El Inca Garcilaso en sus “Comentarios”* (Madrid, Gredos, 1970), pp. 30-31, consideraba que, debido a esta aproximación desde la experiencia, “el Inca no resulta convincente como historiador científico”, pues “más que un historiador es un sensitivo de la Historia”.

³¹ Parece clara la crítica a Alonso DE ERCILLA (1533-1594) por relatar en versos los hechos de la conquista de Chile en su epopeya *La Araucana* cuando el Inca Garcilaso se refiere a algunas de las victorias sobre los indios araucos “según las escriben en verso los poetas de aquellos tiempos, que fuera mejor escribirlas en prosa, porque fuera historia, y no poesía, y se les diera más crédito” (*Historia General del Perú*, Libro Octavo, capítulo XIII). En parecidos términos se expresa sobre el extensísimo poema épico de Juan DE CASTELLANOS (1522-1607), *Elegías de varones ilustres de Indias*, a la que el Inca Garcilaso se refiere como “verdadera y galana historia, aunque escrita en verso” (*Historia General del Perú*, Libro Octavo, capítulo XIV). De hecho, el Inca Garcilaso parece identificar poesía y ficción cuando afirma que “toda mi vida –sacada la buena poesía– fui enemigo de ficciones como son libros de caballerías y otras semejantes” (*La Florida del Inca*, Libro Segundo I, capítulo XXVII).

³² Paradigmático, en este sentido, resulta el minucioso tratamiento que el Inca Garcilaso da a un asunto tan aparentemente menor como el del enterramiento de las cabezas de Gonzalo Pizarro, Francisco de Carvajal y Francisco Hernández de Girón, todos ellos decapitados, tras estar diez años expuestas al público en el rollo de la Ciudad de los Reyes. El Inca Garcilaso recibe, viviendo ya en Córdoba, dos versiones no plenamente coincidentes acerca de dicho enterramiento, la de Don Luis de Cañaverl y la de Fray Gerónimo de Ore, de las que da sobrada cuenta, informando de la calidad de testigos de ambos informadores y ofreciendo una interpretación propia que permite acomodar sus posibles contradicciones (*Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XXX).

³³ El título completo que aparece en la portada original de la obra, impresa en Sevilla, en casa de Fernando Díaz, en la calle de la Sierpe, en 1571, es *Primera y segunda parte de la Historia del Perú, que se mandó escribir a Diego Fernández, vecino de la ciudad de Palencia. Contiene la primera lo sucedido en la Nueva España y en el Perú sobre la ejecución de las Nuevas Leyes y el*

La relación del Inca Garcilaso con este libro es complicada. Por una parte, constituye una de sus fuentes principales para la redacción de la *Historia General del Perú*, tal y como hace explícito en numerosas ocasiones, transcribiendo infinidad de pasajes que incorpora a su texto, “sacados a la letra”, y citando puntillosamente su origen. Precisamente, el pasaje objeto del presente trabajo contiene una extensa cita de la obra de Diego FERNÁNDEZ que es, en realidad, donde se contienen los principales datos que a nuestro análisis jurídico interesan. Por otra parte, sin embargo, la crítica del Inca Garcilaso al relato contenido en el texto del Palentino es continua, muchísimo más frecuente y expresada en términos muchísimo más duros que las críticas que puede dirigir a otras obras que maneja y cita con parecida frecuencia a lo largo de su texto, como la *Historia General de las Indias*, de Francisco LÓPEZ DE GÓMARA, la *Historia del descubrimiento y conquista del Perú*, de Agustín DE ZÁRATE, o la *Crónica del Perú*, de Pedro CIEZA DE LEÓN.

Así, entre otros ataques, acusa a Diego FERNÁNDEZ de que “no debió de hallarse personalmente en muchas cosas de las que escribe, sino que las escribió y compuso de relación ajena, porque en algunas cosas se las daban equivocadas y contradictorias”³⁴, de que escribe “de relación de algún malintencionado u ofendido de algún vecino o vecinos del Perú”³⁵ o “por relación de alguno que lo soñó (...) Cierto, no sé quién pudo darle relación tan en contra de lo que pasó, sino que fue alguno que presumiese de poeta comediante”³⁶. En relación con diversos episodios, afirma que, “cierto, me espanto de quién pudiera darle relaciones tan ajenas de toda verosimilitud”³⁷, que “todo lo cual fue relación falsa que dieron al autor”³⁸, que “en este paso le engañaron sus relatores, como en otros que hemos apuntado y apuntaremos adelante”³⁹ y que, en fin, “se ve claro que la relación que dieron a Diego Hernández fue la del vulgo, que por la mayor parte habla cada uno lo que se le antoja y lo que oye a otros, que no lo vieron, y no lo que pasó en hecho de verdad”⁴⁰.

No parece que el Inca Garcilaso guarde ningún tipo de animadversión contra el autor ni su obra, pues no tiene empacho en elogiarle cuando corresponde⁴¹.

allanamiento y castigo que hizo el Presidente Gasca de Gonzalo Pizarro y sus secuaces. La segunda contiene la tiranía y alzamiento de los Contreras y don Sebastián de Castilla y don Francisco Hernández Girón, con otros muchos acaecimientos y sucesos.

³⁴ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XIV.

³⁵ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo I. La misma idea de animadversión contra los vecinos se repite en el mismo Libro Séptimo, capítulo XXIV.

³⁶ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XV.

³⁷ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo I. En el Libro Octavo, capítulo IV, también escribirá “me espanto de que se escriban cosas tan ajenas de lo que pasó”.

³⁸ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XIX.

³⁹ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XXIV.

⁴⁰ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo V. El Inca Garcilaso, abandonando su estilo sobrio y comedido, se permite incluso la licencia de cuestionar a Diego Fernández con pequeñas ironías que resultan especialmente ofensivas por lo poco habituales en su obra. Cfr., *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XXVII, frente a lo que Diego FERNÁNDEZ recoge en el capítulo 54 de su obra.

⁴¹ La hipótesis de la animadversión no carecería de base: la crónica de Diego FERNÁNDEZ, junto con la de Francisco LÓPEZ DE GÓMARA, es una de las que afirman que el padre del Inca

Eso sí, siempre que coincida con los hechos que el Inca Garcilaso tiene por ciertos, especialmente cuando él mismo los vivió por ser testigo de ellos. Y así, por ejemplo, dirá tras transcribir un nuevo pasaje de Diego FERNÁNDEZ, en el que cuenta las andanzas de determinados sujetos: “hasta aquí es del Palentino, el cual lo dice muy bien, porque yo los vi pocos días después en el Cozco”⁴². Todo parece deberse, en fin, a un deseo sincero de exactitud y a una cierta exasperación con las imprecisiones del relato del Palentino, que el Inca Garcilaso parece juzgar excesivas.

Aunque, por decirlo todo, lo cierto es que el Inca Garcilaso tampoco es siempre absolutamente fiel a los hechos que dice contar, ni a la verdad desapasionada que asegura relatar. De hecho, se ha detectado en su obra la existencia de una agenda oculta a partir de ciertos silencios y tergiversaciones, difíciles de justificar, al contar algunos hechos que cabe presumir conocía bien, con el fin, probablemente, de reivindicar la posición jurídica de otros mestizos, discípulos suyos, que quedaron en el Perú⁴³.

En cualquier caso, esta implacable crítica del Inca Garcilaso hacia la obra de Diego Fernández permite inferir que, cuando transcribe alguno de sus pasajes sin cuestionarlo en ninguno de sus elementos, es porque confirma plenamente su exactitud. Por cuanto a nosotros importa, esta última afirmación implica que el Inca Garcilaso da por buenos los hechos de 1553 relativos a los presos de Potosí que se negaron a salir de la cárcel, a pesar de la orden del Mariscal Alonso de Alvarado.

Establecido el valor histórico de la obra del Inca Garcilaso, queda aún por calibrar su calidad jurídica. A este respecto, cabe indicar que sólo recientemente ha comenzado a reivindicarse el valor jurídico-político de la obra del Inca Garcilaso, lo que se ha hecho desde una doble perspectiva. Por un lado, como autor original, se ha destacado la novedad del modelo de teoría política que elabora y que subyace a sus trabajos. Un modelo que pudo tener mucha más relevancia, incluso en el

Garcilaso ayudó a Gonzalo Pizarro a huir de las tropas realistas en la batalla de Huarina, dejándole su caballo *Salinillas*. Esta versión de los hechos, que el Inca Garcilaso denunciará y combatirá por extenso (cfr. *Historia General del Perú*, Libro Quinto, capítulos XXII y XXIII), fue determinante para que el Consejo Real de las Indias denegase el reconocimiento de las mercedes que el Inca Garcilaso solicitó a la Corona en correspondencia por los servicios prestados por su padre.

⁴² *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XIV.

⁴³ El silencio probablemente más clamoroso se produce en relación con Titu Cusi, tercer Inca de Vilcabamba, de quien no se hace mención en toda la *Historia General del Perú* y cuyos ataques a las posiciones españolas dieron lugar a un enfrentamiento al que sólo pondría fin el Tratado de Acobamba. Las tergiversaciones, por su parte, irían referidas a la posible participación de algunos mestizos en la conspiración de 1567 contra el gobernador Lope García de Castro y al envío de uno de ellos, Juan Arias Maldonado, a España, no por decisión del Virrey Francisco de Toledo (como afirma el Inca Garcilaso), sino a petición del fiscal que lo estaba procesando. Como indica ARES QUEIJA, Berta, *El Inca Garcilaso y sus 'parientes' mestizos*, en DE MORA, Carmen, (ed.) *Humanismo, mestizaje y escritura en los Comentarios reales* (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2010), p. 29, al actuar así, el Inca Garcilaso, que debía ser buen conocedor de los hechos, pues había acogido a Juan Arias Maldonado en su propia casa en España, estaría posicionándose en la defensa del grupo de mestizos hijos de los primeros conquistadores, al que él mismo pertenecía, y en el discurso de la injusta “desposesión” de todo aquello que entendían que les correspondía por “derechos de sangre y de conquista”.

mundo angloparlante, de la que habitualmente se le ha querido reconocer⁴⁴. Por otro lado, como cronista, se ha defendido la utilidad de las informaciones que ofrece sobre el sistema jurídico inca, frente a las acusaciones tradicionales de que sus obras sólo contenían descripciones incompletas, fragmentarias y deficientes de las instituciones jurídicas, lo que impedía conocer el sistema en el que se insertaban, privando, por tanto, a tales aportaciones de todo valor⁴⁵.

Pero, a pesar de estas recientes reivindicaciones, es necesario reconocer que el Inca Garcilaso ni era jurista ni tenía una verdadera formación jurídica. Es cierto, y así se ha argumentado convincentemente, que el estilo literario del Inca Garcilaso y su prosa, siempre precisa y ponderada, beben del “estilo notarial” que permea la literatura del siglo de oro español y que sería resultado de un proceso de modernización y transformación jurídica de la monarquía hispana que afectó a toda la sociedad⁴⁶. Sin embargo, emplear un estilo literario fuertemente influido por el estilo jurídico y tener conocimientos jurídicos son cosas muy distintas.

Del mismo modo, se ha señalado que la cercanía del Inca Garcilaso al clero catedralicio de Córdoba y, en particular, el estudio de las disciplinas de la carrera eclesiástica, entre las que se incluía el Derecho Canónico, conformarían (junto con las aportaciones anticuarias y filológicas ya referidas) la fundamentación teórica de los *Comentarios Reales*. Es decir, que el Inca Garcilaso habría contado con formación en materia de Derecho Canónico de la que sería posible encontrar rastros en su obra⁴⁷. Lo cierto, sin embargo, es que las ideas presentes en la obra del

⁴⁴ Según ha demostrado FUERST, James W., *New World Postcolonial: The Political Thought of Inca Garcilaso de la Vega* (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2018), pp. 1-10, la obra del Inca Garcilaso, muy tempranamente traducida al inglés, fue conocida y leída por los primeros filósofos políticos ingleses, incluyendo a John LOCKE, en quien sería posible hallar ecos de su teoría política e incluso una cita directa del Inca Garcilaso en su influyente *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Alianza Editorial, 2014), capítulo 2 § 14.

⁴⁵ MARRERO FENTE, Raúl, *Colonialismo, Derecho y Cultura en los Comentarios Reales*, en MAZZOTTI, José Antonio (dir.), *Renacimiento mestizo: los 400 años de los Comentarios Reales* (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2010), p. 330, quien cuestiona el enfoque tradicional seguido desde los trabajos seminales sobre etnografía jurídica incaica de Hermann TRIMBORN (“La importancia de la América precolombina para la historia comparada del Derecho”, “Las clases sociales en el imperio incaico” o *El delito en las altas culturas americanas*). En realidad, cabría añadir, las noticias sobre instituciones jurídicas que aporta el Inca Garcilaso no se limitan al Incario. También en *La Florida del Inca* podemos encontrar algunos datos jurídicos de interés, como el conocido episodio sobre las leyes contra las mujeres adúlteras de las que se ocupa en el Libro Tercero, capítulo XXXIV.

⁴⁶ En su sugerente trabajo, GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, Roberto, *Myth and Archive. A theory of Latin American Narrative* (Cambridge, Cambridge University Press, 1990), pp. 43-92 (“The Law of the Letter”) y, en especial, pp. 45, 55, 66 y 69 recuerda, además, que el Inca Garcilaso trabajó, siendo muy joven, como escriba de su padre durante el tiempo en que este ejerció como corregidor del Cuzco (*Historia General del Perú*, Libro Octavo, capítulo VI), lo que pudo influir y moldear su estilo.

⁴⁷ CÁRDENAS BUNSEN, José, *La aparición de los libros plúmbeos y los modos de escribir la historia* (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2018), pp. 333-406 (“El Inca Garcilaso de la Vega, su circuito intelectual y la epistemología de los *Comentarios Reales*”), en especial, pp. 336 y 364-373. También SERÉS, Guillermo, *Los Comentarios reales y la historia universal*, en DE MORA, Carmen (ed.), *Humanismo, mestizaje y escritura en los Comentarios reales* (Madrid, Iberoamericana –

Inca Garcilaso y que se han identificado con aportaciones del Derecho Canónico (muy señaladamente, la noción de *lex naturalis* que impregna su exposición de las leyes incas) se corresponden, en realidad, con construcciones procedentes de la Filosofía (estoica) y la Teología (tomista). Es decir, se trataría, de construcciones más propias de la Filosofía Política o la Filosofía del Derecho que del Derecho (positivo) en sentido estricto.

Los conocimientos jurídicos que pueden detectarse en sus obras resultan más bien genéricos, propios de un hombre culto, pero no de un juriconsulto, y resultado, nuevamente, de su formación autodidacta⁴⁸ o, tal vez, de sus circunstancias o experiencias personales⁴⁹. Conocimientos que no autorizan a calificar al Inca Garcilaso como jurista, pero que sí denotan una cultura jurídica suficiente para narrar con solvencia y rigor algunos episodios históricos que permiten arrojar algo de luz sobre la aplicación del Derecho castellano en las tierras americanas recién conquistadas.

A este respecto, y como ya hemos adelantado, nuestro análisis de centrará en el pasaje más arriba transcrito de la *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo VI, y su valor como antecedente histórico de la garantía asociada al *non bis in idem* procesal. Pero hay que insistir en que no es el único caso en el que el Inca Garcilaso actúa como fuente de información jurídica. Sin salir de la *Historia General del Perú*, resultan de inestimable valor sus apreciaciones sobre las Nuevas Leyes de Indias de 1542 y su muy distinta suerte y aplicación en los Virreinos de Nueva España y del Perú, de las que se ocupa expresa y sistemáticamente. Del mismo modo, desperdigadas por diversas partes del texto también se encuentran en esta misma obra otras acotaciones igualmente relevantes⁵⁰.

Vervuert, 2010), p. 337, había indicado antes que, sin el “derecho de gentes” de Vitoria, “no se entiende cabalmente la obra del Inca”. Y, ciertamente, la consulta del catálogo de libros del Inca Garcilaso publicado por DURAND, José, cit. (n. 26), permite identificar algunos libros de los principales teóricos de la llamada *Escuela de Salamanca*: Domingo de Soto, Francisco de Vitoria y, muy probablemente, el Padre Mariana.

⁴⁸ Por ejemplo, aunque no aparecen en el catálogo, sabemos también que el Inca Garcilaso conocía *Los seis libros de la República*, de Jean Bodin, del que cita un pasaje muy concreto en la *Historia General del Perú*, Libro Primero, capítulo III. Igualmente, es posible que manejara otras obras de contenido jurídico, como las Siete Partidas, que habría utilizado como referencia jurídica para organizar su explicación sobre el derecho incaico, según sostiene MARRERO FENTE, Raúl, cit. (n. 46), pp. 331-332, aunque sin aportar ejemplos que puedan sustentarlo.

⁴⁹ Así, el conocimiento de los cánones relativos a la legitimación de individuos *ex defectu natalium* que parece traslucirse de algunos pasajes (señaladamente, *Historia General del Perú*, Libro Segundo, capítulo XXXIX, en relación con los orígenes de Diego de Almagro), como convincentemente explica CÁRDENAS BUNSEN, José, cit. (n. 48), pp. 366-368, derivarían de su interés por aclarar su propia situación de hijo natural, nacido fuera del matrimonio. Del mismo modo, su amplio conocimiento de la estructura, organización y normas reguladoras del ejército, tan presentes a lo largo de toda la *Historia General del Perú*, se derivan de su propia experiencia como Capitán en el ejército a las órdenes de D. Juan de Austria en la rebelión de las Alpujarras.

⁵⁰ Por ejemplo, puede encontrarse una interesante referencia al valor de los perdones y amnistías como instrumentos de extinción de la responsabilidad penal en un episodio narrado en dos partes, en la *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XXVI y Libro Octavo, capítulo V, en relación con los secuaces que primero apoyaron y luego traicionaron a Francisco Hernández de Girón en su levantamiento.

IV. EL NON BIS IN IDEM PROCESAL Y SU ALCANCE COMO GARANTÍA FRENTE A TODO EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

No parece necesario insistir en la idea de que la presencia española en la conquista de América estuvo fuertemente juridificada desde sus inicios y de lo erróneo que resulta 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 gobierno⁵¹.

Los monarcas españoles se mostraron muy atentos al tipo de sociedad que sus vasallos estaban formando en el Nuevo Mundo. De hecho, se ha sostenido 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 Corona⁵².

Cualquier episodio de la conquista, incluso aquellos tan secundarios como el que nos ocupa, presentan un contenido jurídico susceptible de estudio y atención. 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 aparente 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 sólo frente a la organización de un poder judicial que, en rigor, aún no existía.

1. Una descripción fáctica de una garantía jurídica: el *non bis in idem* procesal

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 Diego Fernández, el Palentino, afirman en momento alguno 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

⁵¹ 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).

⁵² SERNA ARNÁIZ, Mercedes, *El proyecto político del Inca Garcilaso de la Vega y la legislación colonial española*, en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 85 (2017), p. 277, de acuerdo con la interpretación propuesta por PÉREZ DE TUDELA, Martín (ed.), *Opúsculos, cartas y memoriales: Obras recogidas de Fray Bartolomé de las Casas* (Madrid, Atlas, 1958. En el mismo sentido, GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, Roberto, cit. (n. 47), p. 74.

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 es aparentemente ilógico, inesperado, pues no es habitual que los presos no deseen abandonar su prisión; comportamiento, sin embargo, que 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 galeras⁵³. 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, es decir, que se ponga fin al proceso, 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 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*”⁵⁴.

⁵³ *Historia General del Perú*, Libro Sexto, capítulo XXIX.

⁵⁴ *Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo VI.

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 a una cierta idea de seguridad jurídica, esencial en cualquier ordenamiento jurídico. Nada tendría que ver, por tanto, con el principio de proporcionalidad ni con la prohibición de un exceso punitivo. En efecto, 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.

2. Una descripción de una garantía plenamente en vigor

La dispersión y la fragmentación de las normas reguladoras de los procesos penales parece haber sido una constante en el Derecho histórico español, dando lugar a una situación que se arrastraría hasta finales del s. XIX y que llega a calificarse de “marabunta de preceptos del enjuiciamiento criminal”⁵⁵. Esta situación, junto con la falta de estudios monográficos sobre la evolución del *non bis in idem* en el ordenamiento español, no permiten afirmar ni negar con rotundidad su consagración positiva.

Sí parece seguro que el principio *non bis in idem* no estuvo recogido bajo esta denominación en el derecho positivo castellano de la época. Lo que consagraban Las Partidas era el principio de cosa juzgada (*res judicata*), dentro del cual cabría entender encuadrado el *non bis in idem* en este periodo, sin perjuicio de que, como hemos adelantado, *non bis in idem* procesal y cosa juzgada no sean garantías plenamente coincidentes⁵⁶. En efecto, se ha dado noticia de pleitos de comienzos del siglo XVI en los que se alegó la cosa juzgada para impedir que se iniciara una nueva causa contra un matrimonio acusado de matar a un vecino, hechos por los

⁵⁵ ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXXII (2012), p. 103.

⁵⁶ La regulación sobre la “maravillosa fuerza” de la cosa juzgada se encuentra en la Partida Tercera, Título XXII, Ley III, y, sobre todo, Ley XIX (“*Qué fuerza ha el juicio afinado*”), en la que se establece que “*Afinado juicio que da el juez entre las partes derechamente de que non se alza ninguna dellas fasta el tiempo que dice en el título de las alzadas, ha maravillosamente tan grant fuerza que dende adelante son tenudos los contendores et sus herederos de estar por él*”. Con carácter complementario, y refiriéndose específicamente a los pleitos penales, la Partida Séptima, Título XXXI, Ley IX, establece que “*Otrosí decimos que los juzgadores, desde que hobieren dado juicio acabado que contenga pena sobre los yerros ó maleficios que los homes ficieren, que dalli adelante non pueden crecer ni menguar la pena que les mandaren dar; ca si entendieren que han menester de crecerla ó de menguarla, deben catar ante que la den, que despues non es en su alvedrio*”. Esta regulación de la cosa juzgada contenida en las Partidas es deudora no sólo del derecho romano, sino también del canónico y, muy especialmente, de la reelaboración del concepto acometida por Graciano introduciendo importantes excepciones al principio de inmutabilidad de la sentencia, como ha probado LÓPEZ ZUBILLAGA, José Luis, *La cosa juzgada en el Derecho canónico medieval*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26 (2004), en especial, pp. 407-415. El título XXVII del libro II de las Decretales de Gregorio IX (*Liber Extra*) se consagraría igualmente a la sentencia y la cosa juzgada.

que el marido ya había sido multado y la mujer absuelta libremente⁵⁷. Es decir, el principio de cosa juzgada no sólo determinaba la inmutabilidad de lo decidido, sino que también impedía la incoación de un nuevo proceso por los mismos hechos.

Estos hechos permiten deducir que el motivo por el cual los presos liberados exigían que hubiera un pronunciamiento final que pusiese fin al proceso y que determinase definitivamente su eventual responsabilidad era que sabían que, después de dicho pronunciamiento, no podrían ser sometidos a un nuevo proceso, dado que así era como se venía interpretando el principio de cosa juzgada en el Derecho castellano. Es decir, la función que hoy día cumple el *non bis in idem* procesal (evitar que se tramite un nuevo proceso punitivo contra la misma persona y por los mismos hechos, cuando ya han sido objeto de un pronunciamiento sobre el fondo por parte de órgano competente) era cubierta por el principio de cosa juzgada, a pesar de que este principio se vinculaba, más bien, y según acabamos de indicar, a la inmutabilidad de lo decidido (“*los juzgadores [...] dalli adelante non pueden crecer ni menguar la pena*”, Partida Séptima, Título XXXI, Ley IX). De este modo, y como indiqué más atrás, la cosa juzgada no actuaba sólo como un principio ordenador del sistema judicial, imprescindible para dotarlo de estabilidad y coherencia, sino que actuaba también como una garantía del individuo frente a los poderes públicos sancionadores, es decir, como un derecho que le protegía de manera efectiva frente al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Ese es, cabalmente, el ámbito propio del *non bis in idem* procesal, que toma como premisa la cosa juzgada, pero que va más allá de ella. De ahí que podamos afirmar que, aun existiendo una estrecha relación y una amplia coincidencia entre el *non bis in idem* procesal y los efectos negativos de la cosa juzgada penal, la perspectiva adoptada en el relato del Inca Garcilaso favorece la vertiente individual y subjetiva del primero sobre la concepción general y objetiva de la segunda.

En todo caso, afirmar la existencia *de facto* del *non bis in idem* procesal es, quizá, tan relevante como afirmar que parecía tratarse de una garantía bien conocida en la práctica y plenamente en vigor en el ordenamiento jurídico castellano a la altura de 1553. Esta es la deducción a la que permitiría llegar el hecho de que el Inca Garcilaso y Diego Fernández la presenten como una garantía completamente interiorizada 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 ibérica.

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, sino que responde a una de las obsesiones del Inca Garcilaso, quien en reiteradas ocasiones introduce la distinción entre ambos estatutos, aclarando que en el Perú sólo se entiende por vecino a la persona que tiene repartimientos de indios. Es decir, a quien es “señor de vasallos” o, dicho

⁵⁷ Da cuenta del caso, ventilado ante la Real Audiencia de Galicia y cuya sentencia de instancia fue dictada por la justicia de Boente el 7 de noviembre de 1601, ORTEGO GIL, Pedro, Innocentia praesumpta: *absoluciones en el Antiguo Régimen*, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 10 (2003), pp. 111-112.

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 vecinos. 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 fluidas⁵⁸.

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, aunque no siempre, tanto los vecinos como los soldados saben leer y escribir⁵⁹. Pero nada más. Además, ninguno de ellos goza, con carácter general, de formación jurídica, pues aquellos que la tienen son expresamente señalados por el Inca como Licenciados o Letrados⁶⁰. Por tal motivo, no parece que deba darse especial relevancia al hecho de quienes reclamaran la aplicación de la garantía fuesen “algunos de los principales”.

Como hemos indicado más arriba, cabría entender que el *non bis in idem* procesal, bajo la forma de cosa juzgada penal material, se encontraba consagrado en los textos jurídicos de la época. Pero lo que importa ahora no es comprobar su existencia formal, sino su vigencia real, pues una y otra pueden aparecer disociadas dependiendo de cada momento histórico⁶¹.

⁵⁸ 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 y, previamente, soldado (*Historia General del Perú*, Libro Séptimo, capítulo XXVIII).

⁵⁹ El propio Inca Garcilaso revela que Francisco Pizarro no sabía leer (*Historia General de Perú*, Libro Primero, capítulo XXXVIII).

⁶⁰ 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, una vez que cesa en sus funciones como Corregidor del Cuzco y es sustituido por el nuevo Corregidor, el Licenciado Muñoz. 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).

⁶¹ Por ejemplo, PINO ABAD, Miguel, *Las causas contra los “malos españoles” en la legislación gaditana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 43 (2012), pp. 394-395, revela que, durante la Guerra de la Independencia, y a raíz de la alteración de la jurisdicción competente para enjuiciar los delitos de infidencia, se dieron situaciones en las que un mismo reo fue procesado doblemente por los mismos hechos por la jurisdicción militar y la ordinaria, lo que supondría una abierta vulneración del *non bis in idem* procesal. De manera similar, hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 se mantuvo la práctica de la llamada “absolución en la instancia”, que permitía “absolver o dar por quitto y libre al reo, no precisamente del delito que se le imputa o de la cosa que se le pide, sino sólo del juicio que se ha seguido, esto es, de los autos hechos; lo cual suele verificarse cuando no hay méritos para declararle libre absolutamente, ni

De ahí la relevancia del pasaje que nos ocupa y de la descripción de una garantía interiorizada que en él se describe. La principal consecuencia que cabe deducir de esta 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 o Canónico, no podría haber sido conocida y reclamada, con absoluta rotundidad, por personas legas en Derecho. Esta conclusión podría verse confirmada por otros ejemplos históricos ocurridos también en la América española y relativos a las manifestaciones del principio de cosa juzgada, si bien en el ámbito civil y no punitivo⁶².

3. Una descripción de una garantía frente al *ius puniendi* del poder público

Aún puede resultar de interés analizar una última cuestión suscitada por este pasaje de la crónica elaborada por el Inca Garcilaso: ¿frente a 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, sólo en sentido impropio, casi metafórico, cabe hablar de poder judicial en 1553, cuando aún no se había verificado una separación de poderes que sólo comenzaría a formularse en España (incluyendo todavía la América española) tres siglos más tarde, una vez iniciado el ciclo constitucional con el texto de Cádiz de 1812⁶³. En realidad, cuando apareció el poder judicial en sentido estricto en el ordenamiento 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 Estado⁶⁴. Es decir, frente a la potestad para imponer castigos a los sujetos privados de la que gozan unos poderes

para condenarlo; y en semejante caso, sobreviniendo nuevos méritos, podrá volvérselo a demandar sobre la misma cosa, o acusar sobre el mismo delito”, ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo I (Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874), p. 145. Ampliamente sobre esta institución, ORTEGO GIL, Pedro, cit. (n. 58), pp. 71-125.

⁶² DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *La cosa juzgada en el Derecho procesal del Reino de Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 18 (1996), pp. 184-185, recoge una invocación del principio de la cosa juzgada realizada en 1707 ante la Real Audiencia de Santiago de Chile por un teniente de corregidor o juez coadjutor en la zona de Concepción con el fin de intentar amparar a los indios de Ranquilagüe en la posesión de sus tierras otorgada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Si bien la Real Audiencia desestimó la alegación, DOUGNAC subraya que “no puede menos que llamar la atención lo enraizada que se hallaba la institución en sectores no letrados”.

⁶³ El artículo 242 de la Constitución de Cádiz de 1812 disponía que “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales”, lo que se completaba por lo dispuesto en el artículo 243 al establecer que “ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos”.

⁶⁴ La afirmación de un concepto de *Estado* en este momento histórico sí parece posible, de acuerdo con TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo 2 (3ª ed., Madrid, 1995, Alianza Editorial), pp. 114-115.

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.

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 a 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 administrativa) 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 sancione significa simplemente constatar que existe el *ius puniendi* del Estado, que los poderes públicos pueden castigar, imponer medidas afflictivas por la realización de conductas que merecen un reproche social o, mejor, que dañan un interés o bien jurídicamente protegido. Que no siempre castigue 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 (Jueces y Tribunales), que aplica el Derecho Penal y exige la responsabilidad penal, y el poder ejecutivo (Gobierno y Administración), 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 sólo atribuyen 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.

V. 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 jurídicas que pueden resultar valiosos. A ello ayudan tanto la amplitud de sus contenidos como, sobre todo, el rigor (no exento de conflictos de intereses) con el que acomete su labor historiográfica.

El análisis de uno de los episodios narrados en la *Historia General del Perú*, en el que se ha centrado este trabajo, 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. Y, lo que resulta igual de importante, su implantación consolidada en fecha tan temprana como 1553.

Asimismo, 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, sólo 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 exclusivamente 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 de fuentes literarias 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 podrían encontrar un campo especialmente fértil y aún inexplorado en la rica y fecunda obra del Inca Garcilaso.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien, *El ne bis in idem: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 20 (2006), pp. 479-531.
- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el bis in idem en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en Tribunal Constitucional*, en *Justicia Administrativa*, 61 (2013), pp. 25-52.
- ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 82 (2012), pp. 81-111.
- ARES QUEIJA, Berta, *El Inca Garcilaso y sus 'parientes' mestizos*, en DE MORA, Carmen, (ed.) *Humanismo, mestizaje y escritura en los Comentarios reales*, (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2010), pp. 15-29.
- ASENSIO, Eugenio, *Dos cartas desconocidas del Inca Garcilaso*, en *Nueva Revista de Filología Hispánica*, 7, n.º 3-4 (1953), pp. 583-593.
- AVALLE-ARCE, Juan Bautista, *El Inca Garcilaso en sus "Comentarios"* (Madrid, Gredos, 1970).

- BRAVO BOSCH, María José, *Ne bis in idem*, en *Revista General de Derecho Romano*, 26 (2016).
- BUENO ARMIJO, Antonio, *El principio non bis in idem en el Derecho de la Unión Europea. Una configuración cada vez más alejada del Derecho español*, en *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2021), pp. 272-307.
- BUENO ARMIJO, Antonio, *Carácter procedimental del non bis in idem en la Unión Europea*, en *Revista de Administración Pública*, 218 (2022), pp. 171-206.
- CANO CAMPOS, Tomás, *Los claroscuros del non bis in idem en el espacio jurídico europeo*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 80 (2021), pp. 9-53.
- CÁRDENAS BUNSEN, José, *La aparición de los libros plúmbeos y los modos de escribir la historia*, (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2018).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42 (2014), pp. 399-499.
- DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario, *Estudio del testamento y codicilos del Inca Garcilaso de la Vega: primer humanista peruano (a. 1616)*, en *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 11 (2010), pp. 193-224.
- DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *La cosa juzgada en el Derecho procesal del Reino de Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 18 (1996), pp. 169-186.
- DURAND, José, *La biblioteca del Inca*, en *Nueva Revista de Filología Hispánica*, 2, n.º 3 (1948), pp. 239-264.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo I (Madrid, Imprenta de Eduardo Cuesta, 1874).
- FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Diego, *Primera y segunda parte de la Historia del Perú*, impreso en casa de Hernando Díaz en la calle de la Sierpe, Sevilla, 1571 (disponible en <https://archive.org/details/ARes09319/mode/2up?view=theater>, última consulta: 24/09/2022).
- FUERST, James W., *New World Postcolonial: The Political Thought of Inca Garcilaso de la Vega*, (Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2018).
- GARCILASO DE LA VEGA, Inca, *Comentarios Reales de los incas*, edición a cargo de LÓPEZ-BARALT, Mercedes (Madrid, Espasa Calpe, 2003).
- GARCILASO DE LA VEGA, Inca, *La Florida del Inca*, edición a cargo de LÓPEZ-BARALT, Mercedes (Madrid, Espasa Calpe, 2003).
- GARCILASO DE LA VEGA, Inca, *Historia General del Perú*, edición a cargo de RODRÍGUEZ FRANCO, Nicolás (Madrid, 1722), edición facsímil, (Sevilla, Editorial Extramuros, 2007).
- GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, Roberto, *Myth and Archive. A theory of Latin American Narrative*, Cambridge University Press (Cambridge, 1990).
- GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano* (3ª ed., Madrid, Reus, 1982).
- HERNÁNDEZ, Max, *Memoria del bien perdido. Conflicto, identidad y nostalgia en el Inca Garcilaso de la Vega* (Lima, Paidós – Editorial Planeta, 2020).
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Alianza Editorial, 2014).
- LÓPEZ ZUBILLAGA, José Luis, *La cosa juzgada en el Derecho canónico medieval*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 26 (2004), pp. 395-420.
- MARRERO FENTE, Raúl, *Colonialismo, Derecho y Cultura en los Comentarios Reales*, en

- MAZZOTTI, José Antonio (dir.), *Renacimiento mestizo: los 400 años de los Comentarios Reales*, (Madrid, Editorial Iberoamericana – Vervuert, 2010), pp. 329-342.
- MIRÓ QUESADA, Aurelio, *El Inca Garcilaso* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994).
- MORA, Carmen de, *La amistad del Inca Garcilaso con los humanistas de Córdoba*, en MAZZOTTI, José Antonio (ed.), *Renacimiento mestizo: los 400 años de los Comentarios Reales* (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2010), pp. 104-117.
- ORTEGO GIL, Pedro, Innocentia praesumpta: *absoluciones en el Antiguo Régimen*, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 10 (2003), pp. 71-125.
- OTS CAPDEQUI, José María, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano* (Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, 1943).
- PÉREZ DE TUDELA, Martín, (ed.), *Opúsculos, cartas y memoriales: Obras recogidas de Fray Bartolomé de las Casas*, (Madrid, Atlas, 1958).
- PINO ABAD, Miguel, *Las causas contra los “malos españoles” en la legislación gaditana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, 43 (2012), pp. 383-410.
- RODRÍGUEZ MANSILLA, Fernando, *El Inca Garcilaso en su Siglo de Oro* (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2019).
- RODRÍGUEZ MANSILLA, Fernando, *Las ruinas en los Comentarios Reales*, en *eHumanista*, n.º 44 (2020), pp. 52-64.
- ROSES, Joaquín, *El Inca Garcilaso y Luis de Góngora*, *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 85 (2017), pp. 327-356.
- SERÉS, Guillermo, *Los Comentarios reales y la historia universal* en DE MORA, Carmen (ed.) *Humanismo, mestizaje y escritura en los Comentarios reales* (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2010), pp. 319-347.
- SERNA ARNÁIZ, Mercedes, *Lascasismo y método jesuita en el pensamiento del Inca Garcilaso de la Vega*, en DE MORA, Carmen (ed.) *Humanismo, mestizaje y escritura en los Comentarios reales*, (Madrid, Iberoamericana – Vervuert, 2010), pp. 349-359.
- SERNA ARNÁIZ, Mercedes, *El proyecto político del Inca Garcilaso de la Vega y la legislación colonial española*, en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, 85 (2017), pp. 275-286.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. 2 (3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1995).
- VAN BOCKEL, Bas, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law* (Boston, Wolters Kluwer, 2010).
- VEGAS TORRES, Jaime, *La eficacia excluyente de la litispendencia*, en *REDUR*, 0 (2002), pp. 169-195.