Ideas jurídico-penales
Contenidas en el Romancero Español.

INTRODUCCIÓN

Frente al clasicismo penal alzóse en la segunda mitad del siglo XIX un positivismo ingénuo, materialista y frío. Si la tendencia clásica, fiel al método deductivo, puso, de pluma de su más ilustre representante (1), el origen del dereeho en Dios, principio de todo lo existente, atenta la escuela positivista al orden meramente natural de las cosas, pretendió hacer del derecho penal un arma para que el supuesto organismo social cumpliese con la ley de selección, secuela del principio de conservación que domina en la naturaleza toda.

Para la construcción científica del derecho sancionador recurrió el positivismo al método experimental. Pero el método experimental fué en sus manos un elemento de propia discordia, pues la ingenuidad cayó desde un primer instante en los procedimientos de la escuela de Lombroso, y merced a ella, lejos de desaparecer, quedaron subsistentes los viejos criterios deductivos que hicieron de los aparentes reformadores unos clásicos más.

En efecto, la positividad es un pabellón que cubre todas las mercancías (2), y, para mayor gravedad, ella constituye un arma de doble filo, de manejo difícil y peligroso por tanto.

En primer término, no todos los procesos del método positivo son aplicables a las ciencias humanas (3). Ademas, dichos procesos sólo

(1) Carrara: *Programma...* párr. 13, 15, 21, 32, 33, 34 y 35.
(2) Carnevale: *Critica penal*, trad. esp. pág. 17.
(3) Valdés: *Derecho penal*, págs. 63 y 68.

pueden recorrerse poniendo en la empresa el mayor cuidado y la mayor escrupulosidad. Un buen método positivo requiere, entre otras cosas, una observación serena de los hechos, un examen imparcial de las observaciones recogidas y la concepción espontánea y sincera de la ley que los rige. La atención y la imparcialidad deben acompañar constantemente al observador en sus trabajos. Con lo cual queremos dar a entender que en el difícil manejo del positivismo los prejuicios de sectas sólo sirven a desnaturalizar su esencia, restándole valor, y que por haber desconocido esta verdad el positivismo penal italiano, es por lo que al poco tiempo de iniciados pasaron al olvido sus pretendidos descubrimientos.

El mal fué visto bien pronto, y para remediarle surgió con apariencias de nueva escuela una orientación, la del positivismo crítico que, como su misma nomenclatura indica, parte del método positivista en sus investigaciones, si bien se auxilia en su labor por la crítica (1). El lema de la escuela es la concepción sociológica del derecho, por lo cual, y para la inteligencia y progresos del derecho penal, pretende el estudio y conocimiento del alma social con los más diversos sentimientos que la integran y alimentan. Si un sentimiento existe, hay por bajo de él una realidad a que responde, y esto es así aun cuando nuestro propio pensamiento no vea dicha realidad o se muestre poco propicio a reconocerla y aceptarla (2).

Ahora bien: nada hay tan compenetrado con los sentimientos públicos como el derecho penal, ni nada menos propicio a desprenderse de los dictados de la conciencia social como el objeto que persigue. Los diversos incisos sobre que gira la lucha contra el crimen tienen sus raíces en los sentimientos más íntimos de la pública opinión, y no es posible desentenderse de dichos sentimientos si es que no se quiere negar la concepción preeminentemente sociológica del derecho y más particularmente de la penalidad. El delito, la responsabilidad, la pena, la relación entre la pena y el delito, son concepciones sociales de tal fuerza que no es lícito pretender conocerlas sirviéndonos tan sólo de nuestro particular juicio. El mérito y el demérito, la justicia y la utilidad, el castigo y la defensa, la libertad del ciudadano, la dignidad del hombre, sus padecimientos morales y materiales... son nociones y

(1) Carnevale *Una terza scvola di diritto penale*, Roma 1891. *Crítica penal*, trad. española.—Alimena: *Naturalismo crítico e diritto penale*, 1891. *La scuola crítica de diritto penale*, 1894. *La premeditazione*, 1887. *I limiti e i modificatori della imputabilitá*, tres vols., 1894-99. *Principii di diritto penale*, 1910. Magri: *Una nuova teoria generale della criminalita*, 1891. *Saggio de un sistema etico giuridico*, 1897.

(2) Alimena: *Principii di diritto penale* pág. 115.

cuestiones tan enrevesadas y difíciles de tocar y conciliar que sería ilusorio pretender ganar éxito en esta empresa sin pedir oportuno dictamen a los sentimientos públicos (1).

De conformidad con esta creencia, dedícanse los escritores que la siguen a perseguir el conocimiento de la opinión popular para hallar en ella la fuente pura del derecho penal. Y como dicha opinión encuentra su expresión más culminante en la literatura y más particularmente en la poesía, he aquí porque el conocimiento de esta última ha sido objeto en nuestros días de codiciosa atención por parte de los juristas, sociólogos e historiadores.

En efecto, la poesía es el arte que quizás refleja con mayor fidelidad la verdad de las cosas. Arte por excelencia, revela de la naturaleza sus bellezas; pero arte íntimo y delicado nos hace pasar la verdad por el tamiz de nuestro espíritu, imprimiéndole el sello de cuanto hay en él más de indeleble y característico. La poesía es, pues, la suprema expresión de la belleza y de la verdad; pero de la verdad que más se identifica y compenetra con nuestro ser. Es, tal vez por esto, digámosle así, el arte más sincero.

Pues bien, considerado el derecho desde un punto de vista estrictamente sociológico-histórico, surge en la vida en el instante aquel en que se siente la necesidad de proveer a un interés vital. Primeramente, es dicha necesidad sentida por contados individuos. Luego es sentida por muchos. Finalmente es apreciada por todos.

Búscase una manera de satisfacerla, y la sociedad, sabia y previsora, se traza una norma (2) que, recogida en la ley como expresión del orden jurídico, consiste en una prescripción o prohibición. Esta prescripción o prohibición, integradas por la conciencia de la ilicitud del acto u omisión a que se refieren, repetidamente observadas y transmitidas de generación a generación, llegan a constituir reglas abstractas de conductas que, en cuanto emanan de la conciencia pública, forman un sentimiento popular y apto a ser revelado por las distintas formas de la conciencia del pueblo.

Entonces, muéstrase palpable el interés de la poesía como fuente de

(1) Así Alimena: *I limiti...* vol. I, págs. 18, 24 y 121. Gauckler, *Archive de l'anthropologie criminelle*, t. VIII, pág. 349. Saleilles: *L' individualisation de la peine*, París, 1898, págs. 6, 16, 19 y 148.

(2) La norma es un medio de protección que la sociedad otorga a los intereses humanos de alta vitalidad. Así lo entienden Binding: *Die normen und ihre Uebertrebung*, vol II, pág. 138, y Liszt: *Traité de droit penal allemand*, París 1911, pág 96, nota. El concepto que de la norma tiene Alimena es distinto, aunque él no lo piense así. Véase *Principii...* Parte 5 ª, cap. I núm. 2.

conocimiento del derecho y más particularmente de la historia del derecho penal. Si la poesía es la expresión más íntima y fidedigna de nuestro ser, ella nos habrá de proporcionar un material abundantísimo para el conocimiento del derecho, ya que exterioriza y revela, según acabamos de decir, las necesidades y los sentimientos a que corresponden las normas jurídicas.

§

Investigaciones del derecho en la poesía han sido ya realizadas por insignes escritores, y para los efectos de nuestro estudio citaremos las más importantes y que mejor nos han servido en la orientación de nuestra empresa.

Cujas, el famoso tratadista hizo ver después de dilatado estudio y selección, las manifestaciones jurídicas de la literatura greco-romana. Hugo Grocio se sirvió de los poemas de Homero y Virgilio para aducir razones en pro de sus teorías de derecho internacional, singularmente para sostener el principio de *mare liberum* frente a su rival el inglés Selden, principio afirmado ya por dos españoles gloriosos: Vázquez de Menchaca y García de Saavedra.

Platner y Hallhin han estudiado el concepto de la justicia en Homero y Hesiodo. Benech ha investigado el derecho civil de Roma en los autores clásicos latinos en general, y más especialmente, es decir circunscribiendo la labor, Benoist y Dukif han deducido, con profunda crítica, del Teatro de Plauto la situación de la familia y la condición de la mujer en las leyes romanas. Baret ha seguido un procedimiento análogo con Terencio. Henriot ha logrado descubrir, considerando atentamente las obras de los grandes poetas del Lacio, cuales eran las costumbres judiciales de la primitiva Roma. Dirksen ha estudiado al célebre historiador Tácito, a Suetonio y Plinio el Mayor. Scheiter a Plinio el joven, Hertz a Aulo Gelio, Sanio a Barrón, Bekker a Catón.

Varios escritores italianos como Lomonaco, Sangiorgio, Nicolini y Gino Arias han hecho investigaciones jurídicas en la Divina Comedia. La obra de este último se titula *Las instituciones jurídicas medioevales en la Divina Comedia*. No hemos de olvidar en esta sucinta enumeración a Gengler que ha buscado y expuesto la idea del derecho

en la literatura de los Nibelungos, a Forlani en las obras del prodigioso Shakespeare y a Paringaults en las admirables comedias de Moliére.

Finalmente Schelegel, Bontendeck, Grim, Huber, Depping, Wolf y otros críticos alemanes se han consagrado en el siglo XIX al estudio de la literatura románica y de los siglos medios, para conocer a fondo el influjo de ella en la civilización del mundo.

No se han descuidado tampoco los españoles en el cultivo de esta manifestación jurídico-literaria, y a ella obedece multitud de trabajos que forman ya una rica literatura no sólo por su número sino por su calidad.

El Dr. Thebussen publicó un curioso folleto intitulado *Justitia perpetua est et inmortalis*, que es una sátira contra la profesión de abogado hecha con fragmentos de escritos de nuestros literatos. D. Heliodoro Rojas de la Vega publicó un libro titulado *Juicio crítico de las obras de Calderón bajo el punto de vista jurídico*. Merece especial consideración la voluminosa obra de D. Rafael Ureña, *Historia crítica de la literatura jurídica española*, no por las investigaciones que realice sino por su estudio relativo a mostrar la compenetración que existe entre el derecho y la poesía. Hermoso es el trabajo del Sr. Hinojosa sobre *El derecho en el poema del Cid* incluído en el *Homenaje a Menéndez y Pelayo* en el vigésimo año de su profesorado». También el Sr. Rivera Pastor ha hecho estudios de esta naturaleza publicando acerca de la *Idea del derecho en nuestros místicos* un curioso artículo en la *Revista católica de ciencias sociales*. Don Antonio Martín Gamero publicó un folleto sobre la *La jurispericia de Cervantes;* el Sr. Piernas Hurtado otro sobre las *Ideas y noticias económicas del Quijote*. Don Melchor Salvá en su discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, trató de la *Expresión de las ideas económicas en la literatura*. Don José Daurella y Rull, en su inaugural de la Universidad de Barcelona (curso de 1896), se ocupó de *La filosofía de Dante Alighieri*, y D. Antonio Marvá hizo un discurso doctoral sobre *El derecho internacional en los poemas de Homero*.

Por último, D. Joaquín Costa, cuyo saber é iniciativas han sido grandes, ha utilizado constantemente en sus libros materiales poéticos para sus construcciones jurídicas, pero tiene varias obras, y por cierto importantísimas, expresamente dedicadas á la materia, en las que intenta hacer, valiéndose de procedimientos jurídicos literarios que defiende la nueva escuela, la historia total de la Filosofía del Derecho español. Tales son el *Tratado de política racional e histórica sacada textualmente de los refraneros, romanceros y gestas de la Península*, el concepto del derecho en la poesía popular española, la *Representación política del Cid en la epopeya española*, la *Influencia de la ciencia política mudéjar en la de*

Castilla, las *Ideas políticas de Quevedo,* las *Máximas políticas de Graciano...* obras todas admirables por su riqueza y grandiosidad que forman parte exceptuando la primera, de sus *Estudios jurídicos y políticos.*

Ahora bien, dentro del terreno estrictamente penal, no dejan de hallarse curiosísimos trabajos de esta índole, tanto extranjeros como nacionales.

Fuera de España, merecen mencionarse los estudios de Lombroso, *La antropología criminal en la literatura moderna,* y *El tipo criminal en el Arte y en la Literatura,* y el de Ferri sobre *Los criminales en el Arte y en la Literatura,* juntamente con las investigaciones que se han realizado sobre la inimitable novela de Mateo Alemán *El pícaro Guzmán de Alfarache.*

En España son dignos de citarse los trabajos del señor Salillas sobre la novela picaresca española, *La antropología criminal y la novela naturalista,* del señor Andrade Navarrete, y un estudio del Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, Sr. de Benito, sobre *Ideas jurídico-penales contenidas en el Quijote.*

§

Dentro del vasto campo de la poesía existe una manifestación erudita, que es la que surge de los grandes artistas y que en cuanto interpreta el pensamiento del pueblo y siglo en que nació, entraña alto interés para el conocimiento de las civilizaciones pasadas. Esos afortunados poetas hijos predilectos de las musas, que pintan a una individualidad sobresaliente y potentísima la facultad de asimilarse y encarnar en sí las tradiciones, los sentimientos, las aspiraciones y creencias de toda una raza o pueblo en determinado ciclo de la historia, saben imprimir el sello de su personalidad a la vida social al par que la van condensando en su fantasía e informando en su obra.

Mas para el conocimiento del derecho en la poesía existe un elemento más adecuado y es la poesía popular. «Desde el refrán—dice Costa—primera y más rudimentaria manifestación de la filosofía y de la historia en el mundo del arte, hasta el drama heróico y la epopeya, último florecimiento de la literatura logrado al cabo de un asíduo cultivo de siglos, se extiende una serie gradual de círculos artísticos, la canción o canti-

nela, el romance y canto de gesta, la leyenda y el poema cíclico... concéntricos entre sí, como engendrados unos por otros según el orden jerárquico de dentro a fuera y graduado en diferentes líneas por la crítica desde el punto de vista lógico o del conocimiento que en sus versos llevan envueltos. A diferencias de la poesía lírica donde el poeta vive por decirlo así, de su propia substancia, dando apenas entrada en sus cantos al mundo exterior, la épica nos ilustra acerca de la sociedad en cuyo seno se produjo y cuya atmósfera respiró hasta alcanzar las proporciones y estatura con que actualmente la conocemos. Mas ya dentro de la épica la poesía popular se mantiene por su naturaleza mas fiel a este carácter que la erudita» (1).

Y es que si, en efecto, la poesía refleja la manera de ser de la sociedad y del hombre, nada más fiel y exacta a este fin que la literatura que brota de las mismas fuentes del pueblo. La poesía popular será, si se quiere, torpe y deshilvanada, más sincera en su expresión, sólo da al arte lo que siente y lo que ve, sin mixtificaciones ni ampulosidades de ningún género.

Pues bien, en este sentido, el alma de la raza española en los tiempos medioevales, lo que sintió y pensó y dijo, se halla perfectamente encarnado en esa admirable colección de romances, envidia del mundo entero, que constituye nuestro Romancero y en cuyos versos vive y palpita puro e inmaculado el espíritu popular español. Esta forma de poesía nació del inculto pueblo, se continuó por los juglares y más tarde se aceptó por los poetas para devolverla a su origen más bella y perfecta y aunque menos espontánea y natural, no privada del sello y carácter propio de la época en que nació y de los tiempos en que fué modificada.

El Romancero es, pues, nuestra historia y nuestra vida entera durante varios siglos. No es la obra de un hombre. Es la obra de un pueblo. En él el poeta es una personalidad que no es posible hallarla de modo concreto en lado alguno, porque a manera de misticismo reside en todas y cada una de sus palabras. Todo cuanto hemos sido, todo cuanto hemos pensado, todo cuanto hemos sentido, está estereotipado en aquella admirable colección de versos, y el derecho, principio de convivencia social, inmanente en el alma de la raza, está en el Romancero impreso en máximas y concepciones estupendas.

Pues bien, desde un primer instante pensamos sobre el concepto sociológico-histórico del derecho penal, sobre la necesidad de hacer algo de su historia interna y más particularmente en su manifestación

(1) Poesía popular española, 1888.

española y hubimos enseguida de preguntarnos: ¿qué mejor para esta empresa que el estudio del derecho penal a través del Romancero español? ¿qué otra fuente social, si no, más pura para el conocimiento de la penalidad en nuestra historia?

La empresa, sin embargo, excedía de nuestros méritos y de nuestras fuerzas. Más de una vez hemos estado perplejos y vacilantes, temerosos del resultado que en nuestras investigaciones pudiéramos lograr. Pero vencida, al fin, nuestra resistencia en las desaliñadas cuartillas que constituyen este trabajo, sometemos a la superior consideración de nuestros lectores lo que si no es fruto del talento, sí lo es, al menos, del trabajo, de la constancia y del entusiasmo.

§

Ante todo, nos conviene advertir que en el Romancero hállanse abundantes máximas de carácter estrictamente jurídico, jurídico-civil, jurídico-político y jurídico-económico, de verdadero prestigio y valor científico. De ninguna de estas nos vamos á ocupar, según se desprende de cuanto dijimos en el apartado anterior. Vamos a limitarnos a la exposición y estudio de las Ideas jurídicas penales, y es esto no sólo porque de algunas de las mencionadas manifestaciones jurídicas se han ocupado ya con fortuna insignes escritores, sino porque la índole del fin a que se destina esta monografía y el perjuicio que la mayor extensión del trabajo pudiera irrogar á su profundidad, nos ha aconsejado la circunscripción en nuestra empresa.

También debemos hacer observar que en la exposición de nuestro trabajo hemos podido seguir alguno de estos dos planes: 1.° El del estudio de los romances por el orden numérico, como aparecen en la colección de Rivadeneyra. Este es un mal procedimiento, pues hubiera originado una grave difusión al vernos precisados á tocar repetidas veces una misma materia: 2.° Hemos podido clasificar los romances por órdenes de materias jurídicas penales haciendo la mención, dentro de cada uno de ellos, de cuantos romances se relacionaran más ó menos directamente con los mismos.

En la elección no hemos vacilado un instante. Nos hemos decidido desde luego por el segundo. Desarrollaremos, por tanto, en nuestro

trabajo un sistema de clasificación por materias penales, comprendiendo en cada una de estas categorías, por orden numérico, los romances pertinentes.

Finalmente, también haremos constar ahora nuestro propósito de hacer constantemente las observaciones científicas que, a propósito de cada romance, juzguemos oportuno, a fin de completar la labor emprendida llevando la crítica a las investigaciones. Este es el procedimiento que según decía D. Manuel Josef Quintana, mejor sirve a determinar la influencia verdadera de la literatura en la civilización.

II

A):—Romances relativos al fin de la pena

La consideración de cuál pueda ser el fin de la penalidad, ha sido en la historia de las teorías de esta rama jurídica, una de las cuestiones más intrincadas y debatidas y de las que más han contribuído a mantener la excisión en la opinión de los autores.

Fieles a una orientación dogmática los antiguos escritores de derecho penal, debatieron en un terreno metafísico la finalidad a que había de responder el público castigo, inclinándose ya a una ya a otra solución según el particular principio matriz del sistema filosófico que seguían. Afirmaron unos que la pena era una institución fin en sí misma *punitur quia peccatum est* y que en tal virtud sólo se proponía compensar mediante un mal el bien que por el delito había logrado para sí el reo (1). Otros colocáronse desde un punto de vista puramente utilitario para aceptar el principio de la defensa social que la pena había de satisfacer

(1) En este sentido Leibniz: Theodicée; part. 1, 3 —Kant. v. Roder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena.* Madrid 1877: pág. 49 y sigs. Hegel: *Filosofia di diritto* trad. italiana: párrs. 90 y sigs. Zacharie *Principii filosofici del diritto penale*, trad. italiana párrs. 44. Entre los modernos: Makarewicz: *L evolution de la peine* en Archives de L' Anthropolologie criminelle: vol. XIII. Pessina: *Elementi di diritto penale.* 1, pág. 29 y sigs. Nápoles, 1882: *Dello svolgimiento storico della dottrina dell espiazione. Opuscoli di diritto penale:* 1874.

mediante funciones ora de intimidación, ora de corrección, ora de seguridad *(ne peccetur)* (1).

Por último, no faltaron tampoco quienes inspirados en ambos criterios pretendieron resolver el problema, llamando en su auxilio al eclecticismo que dió vida a las teorías mixtas (2).

No ya desde un terreno metafísico sino aparentemente sociológico, ha vuelto en nuestros días a recrudecer la famosa cuestión por el interés que los positivistas han mostrado en exagerar al supuesto amparo de los hechos el utilitarismo penal: siendo curiosísimo observar que precisamente con el auxilio de la sociología y de la historia otros positivistas de nuevo cuño han pretendido contrarrestar con inducciones contrarias el avance de la ola naturalista y su intromisión en la órbita social (3).

Y bien, ¿qué dice la historia a estos escritores? Que en todos los tiempos ha sido el delito una fealdad moral (4) que a más de un daño material ha originado una grave perturbación en la conciencia y que siempre ha sido preciso que el legislador, y en su nombre el juez, exprese el grado de repulsión que el crimen ha producido a las honestas gentes (5).

En una palabra, ni en un solo instante de la historia, la penalidad ha sido estrictamente utilitaria, enseñanza que conviene recoger para no descuidar jamás las reacciones morales (6) que, juntamente con las

(1) V. Bibliografía en Roder: ob. cit. págs. 93 y sigs. En Italia tiene esta doctrina su principal desenvolvimiento en Beccaria: *Dei delittie delle pene:* Romagnosi: *Genesi del diritto penale.* Carmignani: *Juris criminalis elementa* y *Teoria delle leggi della sicurezza sociale.*

(2) Abbeg: Geyer: en Liszt *Traité de droit penale* Paris, 1911: págs. 124 y 125. Wirth: en Berner: *Trattato di diritto penale* trad. italiana págs. 19 y sigs. Helie: *Introducción au traité de droit penale* de Rossi: págs. 91 y sigs. Carrara: *Programma...* parte gral., p. 604.

(3) Algunos escritores han pretendido, invocando un criterio de positividad, prescindir del estudio relativo al fundamento del Derecho penal. En este sentido v. Carnevale: *Critica penale.* Lipari: 1889, pág. 50. Civoli: *Manuale di diritto penale,* núm. 71. Milano 1889; Manzini: *Trattato di diritto penale italiano,* vol. 1.°, pág., 3 y 48. Rocco: *Di conceppto del diritto subietivo di punire,* 1904: pág. 509. Estos escritores sustituyen el estudio del fundamento filosófico de la pena por el de su función, con grandes vistas hacia el historicismo. Sobre el historicismo en derecho penal, v. Tarde: *La Philosophie penale,* pág. 209. Gauckler: *Archives de l' Antropologie criminelle,* t. 8.° páginas 348 y 456. Alimena: *I limiti e i modificatori della imputabilitá,* vol. 1.°, págs. 26 y 121. Saleilles: *L' individualization de la peine:* 1898 pág. 106. Garafalo: *La criminologie,* 1890: págs. 380. Van Hamel: 5.ª sesión de la U. I. de D. P. Cuche: *Traité da science et de legislation Penitenciaire,* Paris 1905: cap. 1.°

(4) Tarde: *Revue Pen.* 1893: pág. 750.

(5) Van Hamel: loc. cit.

(6) Cuche, ob. cit. cap. 1.°, 1.

utilitarias, forman el contenido total del derecho sancionador del Estado (1).

Pues bien; una de las series más interesantes y numerosas de romances populares, viene consagrada a la expresión de lo que para el pueblo ha sido siempre el alma o fin de la penalidad; y en dicha serie podemos desde el primer instante distinguir las tres grandes tendencias en que el pensamiento humano se ha manifestado a propósito del particular que nos ocupa.

Según una de ellas, la pena es una institución de índole absoluta que cumple una función exclusivamente compensadora o retribucionista. Según otra, la pena es una institución relativa que llena un fin utilitario (intimidación). Finalmente, según una tercera, la penalidad cumple los dos fines, convenientemente armonizados.

A la primera tendencia corresponden los siguientes romances, presentados según el orden de numeración que guardan en la colección estudiada.

Nnm. 139: Es sumamente curioso por su manera particular en reeonocer y afirmar el fin expiador de todo castigo. Para el poeta la conformidad íntima del culpable con la pena impuesta parece probar el imperativo categórico del castigo y su índole marcadamente absoluta (2). No nos juzgamos dignos de pena cuando no nos sentimos culpables. La causa de la pena es la culpa propia, y sólo cuando incurrimos en culpa es cuando aceptamos la responsabilidad de nuestros actos (3).

Pero hay algo más interesante en este romance, y es el espíritu marcadamente social de la retribución a que en sus versos alude. Sin duda que el delincuente no se siente acreedor del castigo si no se reconoce culpable; pero el reo mira también a la sociedad que le rodea y tampoco se cree digno de pena si entiende que la sociedad le juzga inocente No en vano varios escritores han dicho que la pena debe expresar la indignación social contra el reo. (4) La reprobación social

(1) En sentido utilitario radical v. Dorado Montero: *Estudios de Derecho penal preventivo*, 1901: *Bases para un nuevo Derecho penal*, 1905: *De criminología y penología*, 1905. Vargha: *Die Abschaffung der Stafkuechte chaft*, 1896, 1898. Solovief: *La question penale an point de vue ethique*, en *Revue International de Sociologie*, 1897.

(2) La corrección del culpable juntamente con la expiación, aceptada y sufrida voluntariamente por el reo, constituyen las bases del Derecho penal de la Iglesia; v. Krauss: *Gui Kerker vor und nach Christus*, Fribourg, Khan: *Le delit et la peine en droi canon*, Nancy 1898: pág. 53. L. Rivière: *L. Eglise et les Institutions penitentiares*, en *Rev. Pen.* 1895: págs. 439 y sigs. Pellizari: *El delito e la scienze moderna*, 1896: pág. 441.

(3) Proal: *Le crime et la peine*. París 1899: pág. 405.

(4) En este sentido Durkheim: *División du travail social*, pág. 115. Van Hamel: loc. cit. Tarde: *Rev. Pen.* 1895: pág. 750. *Saleilles: L' individualization de la peine*, cap. VIII.

es, pues, una suerte de expiación que la sufre o no la sufre el individuo en tanto exista o no exista contra el acto realizado el sentimiento de repulsión de la conciencia pública.

El romance empieza así:

En la prisión esta Adulce
Alegre, porque se sabe
Que está preso sin razón.
Y le quieren mal de balde.
Esto es causa que en el moro
Sea la pena menos grave.

Ahora bién: uno de los problemas más difíciles que han sido tocados por los escritores de derecho penal es el de determinar la regla según la cual se ha de lograr una justa medida retribucionista, porque ¿cuál será el criterio que señale ser tal o cual pena suficiente a retribuir tal o cuál delito? ¿Dónde está la norma de determinación? (1).

El sentir popular ha salvado esta imposibilidad teórica de manera y por procedimiento meramente intuitivo, y, toda vez que la función retribucionista estriba en compensar con males o dolores los goces que el delito ha proporcionado al culpable, el talión, el hecho de devolver un mal con otro análogo, es la fórmula social externa de la justicia retribucionista.

Y, en efecto, en cuantos romances tienden a expresar y enaltecer el fin expiador de la penalidad, notamos las marcadísimas simpatías que por el talión experimentan los sentimientos populares.

Vayan a manera de prueba algunos romances relativos a este extremo:

Núms. 327 y 354: El primero es el de *El Conde Sol*. El segundo el de *El Conde Dirlos*. Ambos son de una belleza literaria incomparable y de la más pura cepa popular. ¡Lástima que las proporciones realmente exageradas del segundo le hagan caer en la monotonía!

El primero dice así:

Que quien de lo ageno viste
Desnudo suele quedarse.

Del segundo nos es imposible transcribir nada. Es en todo él y en ninguna de sus partes especialmente donde vive la idea del talión. Remitimos al lector a dicho romance en corroboración de nuestro aserto.

(1) Bovio: *Saggio critico del diritto penale*, 1877. Tissot: *Le droit penal étúdie dans ses principes...* 1; págs. 229 y sigs., París 1888. Ferri: *Sociologia criminale*, Torino, 1900; páginas 201. Alimena: *Principii di diritto penale*, Nápoles, 1910, pág. 92.

Núm. 478: En este romance, perteneciente a la sección histórica de Grecia y Roma, domina por entero la idea del talión, como expresión más culminante de la idea retribucionista.

Dice así:

. . . . . .

Muy bien es que tu padezcas
Lo que él padeció por ti
Que la muerte se ha de dar
A quien hace á otro morir.

Núm. 497: Es este el romance que con mayor fe se decide por el fin expiador de la penalidad ora como razón (Grocio, Kant, Henke, Hegel,) ora como alma (Tarde) de la misma.

Trátase en él de la muerte de Atis, hijo de Creso, sobre cuyo cadáver se inmola su matador involuntario Adrastro, príncipe de Frigia.

Conducidos Adrastro y su víctima a presencia del Rey pide aquél el castigo que juzga corresponderle por el hecho que ha realizado; pero el Rey que halla fundadas razones para no acceder a su demanda, le perdona y absuelve.

Más Adrastro no se da por satisfecho con la decisión real. Siente el aguijón de los remordimientos y quiere morir. Enseguida pone su pensamiento en práctica, inmolándose y por su propio brazo.

En este romance histórico, y que hace relación a los tiempos remotos de Grecia, muéstrase lo acendrada que la idea de la justicia expiadora estuvo en aquellas épocas y lo sumisa que la humanidad fué a sus máximas. Él corrobora igualmente la afirmación de los modernos escritores, según la cual en los tiempos más remotos de la historia del hombre, y coexistiendo con la venganza, (para los enemigos exteriores), se conoció el castigo expiador, en el recinto de cada uno de los grupos sociales, para los enemigos interiores (1).

Núm. 504: También en este romance ensalza la idea del talión como norma de la medida penal.

. . . . . .

De más de esto es ley que muera
El hombre que á otro mata
Y pues ello hace el daño
Ello el daño satisfaga.

. . . . . .

(1) V. Tarde: *Les transformations du droit* cap. I; *La Philosophie penale.* Saleilles: ob. cit., cap. II. – En la imposibilidad de transcribir ninguno de los versos de este romance, por ser todos de igual interés para nuestros fines, remitimos al lector a él.

Núms. 691, 692, 693 y 694: ¿La retribución es venganza? No son pocos los pensadores que así lo han creído y que en dicha creencia se han fundado para desechar de plano la teoría de la justicia absoluta como fundamento del derecho de penar (1).

Pues bien, en los romances que en este lugar mencionamos se trata del duelo acaecido entre Mudarra y Ruy Velázquez, a consecuencia del cual murió aquél, y se alude muy directamente a la venganza, cuyo sentimiento aparece repetidamente identificado con el de justicia.

Remitimos por otra vez más al lector al texto de este romance en la imposibilidad de reproducir el pensamiento de este último mediante la sola transcripción de algunos versos.

Núm. 874: Es una famosísima poesía de las más bellas de cuantas forman parte del *Romancero del Cid*, poesía grande y profunda, en la que brillan ideas de sumisión a Dios verdaderamente sentidas y severas, nacidas de consideraciones de la más alta moralidad.

Alude muy directamente al origen filosófico del derecho de castigar y fiel a la más pura creencia cristiana lo pone en Dios, principio de todas las cosas, y hace en tal virtud de la justicia humana una emanación directa de la Justicia Divina (2).

Dice así:

. . . . . .

Faced justicia y castigo.
Si Dios es justo, y el home
Tan obligado á servillo
En cuanto más le imitare,
Será más justo y más digno.

***

Frente a estos romances que conceden a la penalidad un carácter marcadamente absoluto, hallamos en la colección algunos otros que, a la inversa de los estudiados, tratan de realzar la naturaleza estrictamente utilitaria del ministerio punitivo.

No son en verdad muy abundantes. Por el contrario apenas hemos podido hallar algunos; hecho éste que pone de manifiesto de modo muy ostensible la vivísima repugnancia que en todos los tiempos ha mos-

(1) Así Fonillée: *La sciencie sociale contemporaine*, Paris, 1885, IV. Guyau: *Esquisse d'une morale sans obligations et sans sanction*, 1890, III. Alimena: *Principii...* pág. 88 y sig.

(2) V. Carrara: *Programma.....* 5.ª ed., vol. I, parrs. 13, 15, 21, etc. Aramburu: *La nueva ciencia penal*, 1887, pág. 72.

trado el espíritu popular en aceptar una función penal que meramente se proponga la utilidad del organismo social. (1)

Núm. 995: Es este uno de los romances dedicados a narrar la sentencia y muerte de don Alvaro de Luna, y en él se reconoce y menciona, en palabras del Rey consignadas en la sentencia, y se confirma luego en los labios del condestable, el fin intimidador del castigo.

En la orden de ejecución del fallo dada por el Rey, se dice así:

. . . . . .

Y en un alto cadalso
luego su cabeza corten
y en una escarpia la enclaven
porque escarmiento se tomen.

. . . . . .

Y después en las reflexiones en que se sume el condestable al conocer su cāstigo, agrega:

. . . . . .

Razón es que muera yo
para que tomen los hombres
de mi caída escarmiento.

. . . . . .

Como podemos considerar, resuélvese en estos versos en forma atrevidísima y cortando por lo sano—digámoslo así—una de las dificultades más graves que a la doctrina intimidadora acompaña.

Por distintos escritores (2) se ha procurado poner de relieve la profunda injusticia que entraña la aplicación del criterio intimidador de la penalidad, toda vez que según él se castiga al hombre no por lo que hizo sino para evitar que otros hagan, contraviniendo la sana doctrina según la cual jamás debe ser considerado el individuo como medio para ningún fin. (Kant, Ellero.)

El romance—repetimos—contesta a esta objeción resolviendo el problema de modo radical. Prescinde en absoluto de toda idea de justicia y colocándose en un terreno francamente antiindividual (por no

(1) Tómese la expresión *organismo social* con las mayores reservas. A este efecto v. Espinas: *Des societés animales*, Paris 1878, págs. 137-133. Spencer: *Principes de sociologie*, vol. 2.° parr. 42 y sigs. Aristóteles en Espinas: ob. cit. Introduction historique *Gumplowis*. En Vaccaro: *Genesi e funcione delle leggi penali*, 1899, pág. 26 y sigs. Letourneau: *L' evolution du mariage et de la famille*, Paris, 1888, pág. 44.

(2) Roder: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, trad. española, Madrid, 1877, pág 97. Berner: *Tratato di diritto penale*, trad. italiana, 1887. pág 7.

decir social), proclama, sin embajes ni rodeos de ningún género, que la razón de la pena está en la necesidad de que los hombres tomen escarmiento del castigo ajeno.

Núm. 1.009: También este romance toma por asunto la muerte del condestable D. Alvaro de Luna, y tambien, como el anterior, muestra gran empeño en afirmar el fin intimidador de la penalidad. Todas las reflexiones que hemos tenido a bien hacer a propósito del romance número 995, pueden repetirse en este lugar como comentarios a los siguientes versos:

. . . . . .

Por ella tomen ejemplo
Los de alto estado y cima.

. . . . . .

Núm. 1.202: Trata de la ejecución capital de D. Rodrigo Calderón, marqués de Siete Iglesias, y asimismo señala con especial interés el carácter acendradamente ejemplar de la pena. ¡No en vano refiérense estos romances a hechos históricos acaecidos durante esa gran edad intimidadora que coincide con el predominio de las monarquías absolutas (1).

Los versos que merecen transcripción por su especial interés, son los siguientes:

. . . . . .

Llegado que sea al suplicio
De un funesto cadahalso
Sea á manos del verdugo
En público degollado.
Para que de ejemplo sirva
Así al bueno como al malo.

Varias son las ideas que vemos comprendidas en estos versos. En primer término se reconoce y afirma el fin utilitario de la pena («para que de ejemplo sirva»). Además, hay algo más interesante y es que la ejemplaridad penal lo es tanto para los malos como para los buenos (2). Finalmente para lograr convenientemente dichos fines, precisa dar publicidad al castigo (3).

(1) En este sentido v. Tarde: *Les transformations du droit*, 1895, cap. I. Saleilles: ob. cit. cap. II. Cuche: *Traite de sciencie et de legislations penetentiaires*, 1905, cap. I. Vidal: ob. cit., pág. 12 y sigs.

(2) No es otra la idea que domina en los escritores de los autores de la *tercera escuela*. La pena refrena a los malvados, dirige a los vacilantes, tranquiliza a los buenos y refuerza el sentimiento de la responsabilidad moral: v. Carnevale: ob. cit., párr. 28.

(3) De este extremo, nos ocuparemos en otro lugar.

Núm. 1.326: En este romance de verdadera exaltación religiosa, también se reconoce el carácter utilitario *(punitur ne pecetur)* de la pena. Trátase en sus versos de un sacrilegio cometido por «los siete judíos de Roma», que por tan grave delito son condenados a muerte, y dicen así:

La justicia ha decretado
Que les quitasen la vida.
Para escarmiento de cuantos
Judíos hubiera en Roma.

Según vemos en el romance, se afirma de modo clarísimo la intimidación, la ejemplaridad como fin verdaderamente específico de la penalidad; mas lo curioso realmente es que revela como la más concreta expresión de la función penal, la prevención colectiva (1). Para el poeta el castigo se dirige principalmente a los predispuestos y a apercibirles encamina la justicia penal.

De otra parte, es también interesante la idea del romance pretendiendo dirigir la pena a la voluntad de los que particularmente puedan sentir el impulso del motivo criminal. La génesis del delito a que este romance se refiere está en el fanatismo religioso, propio de los judíos, fanatismo que decidió el sacrilegio. Pues bien, lógico es que la pena procure cohibir especialmente a los secuaces de dichas creencias, ya que éstas fueron las que dieron nacimiento a la fuerza delictiva, cuya reaparición se quiere evitar.

***

Ahora bien, frente a los romances ya estudiados que encarnan las más opuestas doctrinas relativas a la solución del intrincado problema sobre el fin de la pena, hallamos otros que representan la tendencia media o armónica en tan interesante cuestión.

La teoría mixta o ecléctica ha atravesado en la historia científica del derecho penal dos grandes manifestaciones. Caracterízase la primera por el explícito reconocimiento que otorga a la virtual autonomía de los principios jurídicos y utilitario, cuya fusión pretende operar. Para esta doctrina lo justo y lo útil son expresiones que acompañan a conceptos distintos. Ambas nociones son substancialmente diversas. Mas lejos de

(1) Así Feuerbach: *Trattato* 1847: párrs. 8 y sigs. Romagnosi: *Génesi di diritto penale.* En Berner: ob. cit., pág. 9. Y sobre todos los escritos de la *tercera escuela*, v. Carnevale: *Critica penal*, pág. 89. Alimena: *I limiti...* vol. 1.°, pág. 5; *Principii...* págs. 117 y sigs. *Nota polemiche intorno alla teoriá della imputabilitá*, pág. 5. Dubuisson: *Teorie de la responsabilité* en Archives de l' Anthropologie criminelle, 1898. Impallomeni: *Il principio specifico della penalità* en *Rivista penale*, Marzo, 1890. Laudry: *La responsabilité penale*: París, 1902.

haber inconveniente, es por contrario perfectamente compatible la unión de las mismas en la función del derecho penal (1).

De la segunda manifestación de la teoría mixta nos ocuparemos algunas cuartillas después.

Núm. 382. Responde este romance a la primera de las tendencias mencionadas y en tal virtud pretende resolver el problema del orígen filosófico del derecho penal mediante la unión armónica de las teorías absolutas y relativas, a la manera como consta en los siguientes versos:

. . . . . .

Más par dar á él castigo
y á otros escarmentar
le mandó salir del reino
y que en él no pueda estar.

. . . . . .

Según podemos apreciar en estos versos, se señala á la pena como función primordial la satisfacción del sentimiento de justicia (*quia peccatum*) lograda mediante la imposición de un castigo que haga padecer el criminal.

Mas el romance desarrolla posteriormente la idea ecléctica al indicar que el mal impuesto al culpable sirve a cumplir los fines de escarmiento (*ne peccetur*), que dan propia substantividad a las teorías relativas.

Núm. 611. Es este otro romance que asimismo consagra la teoría mixta. Mas como no agrega nada nuevo a las ideas contenidas en el romance anterior, vamos a limitarnos simplemente a transcribir los versos que más nos puedan interesar para nuestro objeto, sin detenernos en glosa alguna.

Refiérese este romance a ciertas ejecuciones capitales ordenadas por Acabat, rey moro y dice que se efectuaron

Para castigo y ejemplo

. . . . . .

Núm. 1.330. Uno de los romances que ofrecen mayor interés para el asunto a que venimos consagrándonos en estos instantes es el que lleva por título *Espinela*, de autor anónimo y que figura en la colección consultada con el número señalado.

Como los dos anteriores va también consagrado a la determinación de los fines de la pena, pero, a diferencia de aquéllos, el eclecticismo que sustenta es de índole muy diversa y que por de contado ofrece una originalidad notoria y relevante.

(2) Rossi: ob. cit Carrara: ob. cit. Pessina: ob. cit.

Encarna este romance la segunda manifestación histórica-científica de la teoría mixta, manifestación que se caracteriza, porque lejos de reconocer *a priori*, como la primera, la respectiva autonomía de los principios jurídicos y utilitario, y por tanto de las escuelas que sus inspiraciones reciben, cree, por el contrario, que son substancialmente una misma cosa, si bien considerada desde diversos aspectos.

Ya hace algunos años que Carnevale, recogiendo ideas dispersas y flotantes, lanzó este pensamiento al mundo científico, afirmando que no tenía razón de ser la lucha entablada entre las escuelas jurídica y la utilitaria, que lo jurídico es simplemente el aspecto formal de lo utilitorio y que si en el orígen de su proceso histórico dichos elementos pudieron distinguirse, en la fase civilizada de las sociedades, se ha operado la fusión en forma tal, que es punto menos que imposible concebir la separación (1).

De esta suerte se ha operado en nuestros días una especie de eclecticismo diverso de aquel otro, que comenzando en Albberg y Rossi termina en Pessina.

Pues bien, con intuición realmente genial se adelanta a esta solución el romance que estudiamos diciendo así:

Donde la justicia recta
Castiga haciendo justicia
Para que tomen enmienda.

. . . . . .

Como puede verse, en estos versos se afirma expresamente que el fundamento del magisterio penal está en la utilidad (para que tomen enmienda), y recalcando el concepto dice: «que la justicia recta castiga haciendo justicia»... «para que tomen enmienda».

Lo utilitario y lo jurídico son para el autor de este romance una misma cosa. La sociedad castiga ante todo y sobre todo para lograr el escarmiento (utilidad), y cuando procede de esta manera procede con justicia. Luego la justicia y la utilidad son una misma cosa: lo útil es el contenido de lo justo; lo justo es el aspecto formal de lo útil. ¡Extraordinario es en verdad que el mero espíritu de intuición popular haya podido dar con una idea que, aunque equivocada en nuestro sentir, ha necesitado en el terreno científico para salir a la luz una gestación de largos años!

(1) Carnevale: *La cuestión de la pena de muerte*, trad. esp. sin fecha, págs. 175 y sigs. Ferri: ob. cit. pág. 315. Tarde: *La Philosophie penale*, pág. 150. Gauckler: Archives de l' Antropologie criminelle, t. 8.°, págs. 456 y sigs. Alimena: *I limiti*, vol. I, pág. 114. Guyau: ob. cit., págs. 148 y sigs.

II

B):—Romances que hacen relación a circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal.

Una vez terminado el estudio de los romances que más o menos directamente se refieren al fundamento del derecho de castigar, pasamos en esta segunda sección de nuestro trabajo a la exposición y examen de otros no menos interesantes, que, según acabamos de mencionar, se relacionan con determinadas circunstancias de agravación de la responsabilidad penal.

Y desde el primer instante llama nuestra atención de un modo preferente una serie, bien larga por cierto, de romances dedicados a la alevosía, que no han podido por menos de inspirarnos no escasa curiosidad.

El uso de la insidia en el delito ha sido considerado en todos los tiempos y por todos los escritores como una nota agravante de la responsabilidad criminal. La unanimidad en la apreciación de esta circunstancia es tal, que creemos supérflua detenernos en este sitio, como hemos hecho en otros lugares, en la indicación de bibliografía o fuentes legales que corroboren nuestra afirmación. El gran relieve visible, tangible, de la alevosía, la hizo conocer a los primitivos pueblos y la hizo objeto de sanción especial en sus primeras legislaciones (1).

Mas, sin embargo, la exacta determinación de la alevosía así en sí mismo como en los diversos elementos que la integran, las relaciones que pueda tener con la traición y otros pormenores análogos, han constituído en nuestra histórica legislación un magno problema. Desde las partidas hasta la reforma del Código penal de 1870, hoy vigente, nuestra legislación en materia de alevosía ha sido desordenada y caótica y víctima de constante vaivén, como si en ninguno de sus instantes la hubiese presidido un criterio definido ni la hubiese inspirado una orientación científica.

(1) V. Alimena: *La premeditazione*, pág. 29.

La ley de Partidas definió la traición diciendo que consiste en «traer un ome a otro so semejanza de bien a mal»; y después de manifestar «que puede ser de catorce maneras agrega «e sobre todo decimos que «quando algunos de los yerros sobredichos es fecho contra el Rey o contra su señorío o contra pro-comunal de la tierra es traición, e quando es fecho contra otros omes es aleve, segund fuero de España» (1).

De modo que para el código Alfonsino la traición es un término genérico, que hace relación a una manera general de ejecutar el delito y cuya esencia estriba en la deslealtad, en la perfidia, en la vileza, traición que en su sentido estricto se distingue de la alevosía únicamente por el objetivo que persigue, pues la primera afecta al orden político, mientras que la segunda se refiere al orden de las relaciones particulares o privadas.

Mas es lo cierto que a pesar de la distinción expuesta, que como puede apreciarse desde luego es de índole clara y sencilla, las leyes de Partidas confundieron frecuentemente en su texto ambos conceptos, usando las voces *traidor* y *aleve* indistintamente y llamando traidores a los asesinos. De esta suerte la alevosía se identificaba con la perfidia y se confundía con la traición.

Sin embargo, por la ley del Fuero Real volvieron a distinguirse en los mismos términos que en las leyes de Partidas, haciendo de la *traycion* el modelo de la deslealtad y penándola más gravemente que a la *alevosía* (2).

Posteriormente, ya en nuestra legislación del siglo XIX, se dió un nuevo concepto de la alevosía por el cual se trocaron las cosas, pues se hizo de la alevosía un término genérico que comprendía a la traición como el todo a la parte. Si en las Partidas la traición fué un concepto amplio comprensivo de la alevosía, en los códigos penales de 1848 y 1850 ocurrió precisamente lo contrario: la alevosía comprendió a la traición y a la seguridad en el obrar, elementos estos dos últimos que ya en forma copulativa (Código de 1848), ya en forma disyuntiva (Código de 1850), formaron el contenido de dicha circunstancia.

Según puede verse por este ligerísimo recorrido histórico, la determinación de la alevosía ha sido de una dificultad realmente grave en

(1) Ley 3, tit. 27. Part VII.

(2) Todo ome que matare á otro á traición ó aleve, arrástrenle por ello, é después enfórquenlo: é todo lo del traydor hágalo el Rey, y del alevoso ha ya la meitad el Rey, é la meitad los herederos: é si en otra guisa lo matare sin derecho, enfórquenlo, é todos sus bienes herédenlos sus herederos, é no peche el homecillo *Fuero Real*. Ley 2.ª tit. 17. lib. IV.

toda nuestra legislación histórica, hecho en apariencia inexplicable dado el relieve verdaderamente tangible de esta circunstancia.

Al fin parece que todas las dudas se han desvanecido en nuestros días mediante la nueva definición clara, concreta y gráfica que de ella da el Código penal vigente. (1)

Ahora bien, la misma inseguridad, la misma falta de criterio que en la determinación de la alevosía hemos lamentado hallar en nuestra legislación histórica, es la que también nos llama la atención al penetrar en el examen de la serie de romances cuyo estudio comenzamos en este lugar.

Y en verdad que el fenómeno tiene perfecta explicación. Más pobre y atrasado en el dominio de la ciencia que otras ramas jurídicas, el derecho penal no ha tenido hasta los tiempos modernos otra fuente que la inspiración popular. Y si la conciencia social no había dicho en el transcurso de los siglos en qué consistía exactamente la alevosía, claro es que ni las leyes ni la poesía popular podían servir de expresión a ideas que fueron objeto de conquistas mucho tiempo después.

Veamos, pues, lo que los romances nos dicen.

Núm. 34: La alevosía en nuestro entender consta de dos elementos perfectamente apreciables. Uno es de índole subjetiva, es decir que hace relación a un estado particular de ánimo del agente. Este elemento es la deslealtad, la perfidia, la falta de aquella sinceridad indispensable al buen orden de las relaciones humanas. Pero hay otro elemento de índole objetiva a que nuestro Código penal, como tantos otros, hace referencia, para dar un criterio práctico en la apreciación de la circunstancia que estudiamos, y es el del empleo de medios que tiendan a asegurar la ejecución del hecho sin riesgo para el agente de la defensa que el ofendido pudiera hacer.

Este segundo elemento da la nota tangible, visible, exterior de la alevosía. Más bien que otro elemento es el mismo que la deslealtad tal cual se manifiesta en el delito y por sus medios de realización.

Pues bien, el romance que consideramos alude a este segundo elemento de un modo muy directo, como podemos ver en los siguientes versos:

No me tengas por traidor,
Pues que te aviso y te hablo
Pon mano á tu cimitarra
Si presumes de esforzado.

(1) Art. 10, núm 2.

La alevosía (o traición, pues observaremos cómo constantemente se confunden) va caracterizada en este romance por el hecho de proceder el actor de tal suerte que el agredido no se aperciba de la agresión o se vea menoscabado en su defensa.

Núm. 69: En este romance tampoco se hace uso de la voz alevosía, sino de la de traición, y por este concepto se entiende la idea que dan las palabras siguientes:

Y como lo falso opones,
A la verdad de que huyes,
Oropel de la nobleza
te llaman. . . . . .

La traición o (alevosía) es en esta poesía algo equivalente a la deslealtad, al fingimiento, a la mentira, a la falsedad. Judas vendiendo a Cristo es el prototipo del traidor.

Núm 345: A la inversa de los dos anteriores este romance, como todos los que le siguen, hablan ya de la alevosía y de la traición conjuntamente y como si fueran una misma cosa. Trátase de Periana y del caballero Febo y describe la pesadumbre que la primera sufre por el desaire amoroso que el segundo le ha hecho, faltando a la palabra empeñada.

En sus más interesantes versos se expresa así:

Mirando la alevosía.
Pues le faltó la palabra,
Que en razón cumplir debía.
Con la gran ira que lleva
Con voz alta en demasía
Le llamaba de traidor
Perro y falso le decía.

Y más adelante exclama Periana:

Cielo, duélete de mi
y aqueste falsario envía
A las furias infernales
A pagar su alevosía.
. . . . . .

De prima visu se infiere de los versos transcritos la confusión de los términos alevosía y traición en el pensamiento del poeta... «mirando la alevosía»... dice «le llamaba traidor» o lo que es lo mismo que para el poeta la alevosía es el elemento esencial y único de la traición, elemento que se da la mano con la deslealtad, con la burla o desprecio a la palabra empeñada.

Núm. 346: Versa este romance sobre el mismo asunto que el 345 (que no en balde son del mismo autor) y como él abunda en el mismo linaje de ideas.

Dice así:

Desleal, perro, malvado,
Traidor, de mala canalla,
Sin fe, falso y alevoso
Sin virtud, sin Dios, sin alma.
¡Malvado! ¿Qué te movió?
A dejar desamparada
A la que tanto te quiso
Y con firmeza te amaba?

También en estos versos se confunden la alevosía y la traición, y también ambos conceptos se identifican con la deslealtad.

Núm. 377: Abunda en las mismas ideas que los anteriores:

¿Qué es esto, traidor malvado?
Que la fe que tu me distes
Házmela muy mal guardado
Dijistes que estarías solo
Y hállote acompañado.

Núm. 603: Una idea sumamente curiosa, y que demuestra la desorientación que constantemente ha reinado en punto a la distinción entre traición y alevosía, encontramos en este romance. La traición a la Patria que desde las Partidas hasta los más recientes códigos constituye la verdadera traición es llamada aquí alevosía pues de «aleve, malvado» es calificado el célebre conde don Julián por haber realizado aquel acto que dió a los árabes el dominio de España.

Núm. 655: Una vez más aparecen en este romance confundidas la alevosía y la traición. El Rey increpa a Bernardo el Carpio en estos términos:

Mal venidos seais, le dice
Alevoso á mi presencia
Hijo de padres traidores.
. . . . . .

Y luego agrega:

Aunque no haya que admirarse
si el traidor traidor engendra.

Núm. 676: Descríbese en sus versos la traición de Ruy Velázquez, de la que fueron víctimas sus sobrinos los infantes de Lara, y dice de este modo:

Don Ruy Velázquez traidor
El mayor que ser podría
¡A tus sobrinos infantes
A la muerte los traía!
Mientras el mundo durare
Durará tu alevosía,
Y la falsedad que has hecho.

Identifícanse como puede verse, la traición y la alevosía, la falsedad, la mentira y el fingimiento.

Núm. 678: Dedicado al mismo asunto que el anterior, Ruy Velázquez es llamado en él indistintamente falso, malvado, traidor y aleve.

Núm. 684: Por vez primera vemos usada en el romancero la expresión «cobardía», como nota integrante del concepto traición.

Dice así:

que un traidor siempre es cobarde.

Es la cobardía una circunstancia que degrada y descalifica al hombre porque rebaja la dignidad y los prestigios del sexo; y reviste tal fealdad moral que agrava la índole del delito en que concurre.

La traición siempre es «cobardía», dice el romance, y en efecto así es. Si la deslealtad es la nota subjetiva de la alevosía hemos dicho que el hecho de obrar previniendo el riesgo (que es en substancia la cobardía) constituye su nota exterior u objetiva.

Núm. 716: Habla este romance de la muerte de García I de Castilla, realizada por los Velas, y describe cómo se verificó la traición. El disimulo, el fingimiento, la astucia fueron los elementos de que los asesinos se valieron para la ejecución del hecho.

Alude posteriormente a la alevosía en los versos siguientes:

Gran pesar tomó el infante
de traidor lo está llamando,
Los condes como alevosos
Grandes feridas le han dado.

De esta suerte puede observarse que para el autor de este romance la traición y la alevosía son una misma cosa toda vez que juega indistintamente uno y otro vocablo para la expresión de un mismo concepto.

Núm. 717: Dedicado al mismo asunto y en los mismos términos que el anterior, damos por repetida la glosa que tuvimos por conveniente hacer.

Núm. 865: Este romance, de cortas estrofas, contiene en estilo viril el valiente apóstrofe que hace Ordoño a los yernos del Cid, en

venganza de la injuria de que hicieron víctimas a los hijos de Rodrigo de Vivar.

Núm. 806: Hasta ahora, según hemos visto, son la deslealtad, la cobardía, el fingimiento, la mentira... las notas que para caracterizar a la traición hallamos en todos los romances.

Pero es el caso que en el núm. 806, encontramos un nuevo concepto que no ha podido por menos de llamar nuestra atención, dado lo mucho que acerca de su inteligencia se ha discutido por los comentaristas de nuestra histórica legislación.

En nuestros códigos penales de 1848 y 1850 se definió la alevosía, ya diciendo que la hay «cuando se obra a traición y sobre seguro» (1), ya «cuando se obra a traición ó sobre seguro» (2).

Pues bien, en este romance expresamente se califica como traición el hecho de obrar sobre seguro. ¿Y qué entiende por obrar sobre seguro? El hecho de dar muerte a una persona engañándola previamente para asegurar la ejecución sin riesgo para el autor del delito..., es decir algo de lo que quiso decir la Novísima Recopilación y que mejor expresado y concretado se dice en el vigente código penal.

Núm. 887: Es tan curioso como el que lleva el número 865. Hácese en él constar la carta que el Rey dirige al Cid, refiriéndole la batalla y victoria de sus campeones contra los condes de Carrión, y vislúmbrase en ella el interés que el Rey muestra en equiparar la traición a la cobardía.

Por lo demás, como tantos otros ya examinados, confúndense en este romance los conceptos alevosía y traición.

Núm. 943: Es muy poco interesante, pues sólo hace ligeras reflexiones sobre puntos ya mencionados en otros lugares.

Núm. 964: Dedicado a la descripción del desafío habido entre Pazo Rodríguez y Ruy Pérez de Viedma, en tiempos de Alfonso XI, ofrece para nosotros un interés relevante en la idea contenida en los siguientes versos:

Traidor sois, Pazo Rodriguez
El mayor que ser podía
Porque siendo natural
De los reinos de Castilla,
Vasallo del Rey Alfonso
Hicístele alevosía.

Conocemos ya la distinción que las leyes de Partidas hicieron entre la alevosía y la traición y sabemos que si la primera se refería a hechos

(1) Art. 10, núm. 2, C. P. de 1848.
(2) Art. 10, núm. 2, C. P. de 1850.

realizados contra particulares, la segunda sólo comprendió los que afectaban al «Rey, su señorío ó procomunal de la tierra».

Pues bien, en los versos transcritos se puede observar que la traición se hace radicar en una deslealtad para con el Rey, como si el poeta se hallase de completo acuerdo con el espíritu que informó a la legislación alfonsina. Mas si hasta aquí ello es lo cierto, no lo es tan pronto como se investiga con más profundidad y detenimiento en el romance estudiado. Véase si no cómo a la traición se le asigna la nota alevosa identificándola con ella y dando al traste por entero con el criterio distincionista admitido por las leyes del Rey sabio.

Núm. 1.094: Falto de interés y de originalidad para nuestros fines, limítase este romance, (en donde se contiene la historia de Abindarráez, Jarifa y Rodrigo de Narváez), a confirmar una vez más, la opinión según la cual, la alevosía, la traición y la deslealtad, son una misma cosa.

De lealtad eran sobrada
No cierto de alevosía.

Núms. 1.217 y 1.218: Insístese en estos romances en la idea de la deslealtad como característica de la alevosía, pues de alevoso se califica en él el hecho de la mujer que falta a la fidelidad conyugal.

Ahora bien; despréndese de cuanto llevamos expuesto, que la misma anarquía e incertidumbre que constantemente hemos observado en nuestra histórica legislación respecto a la determinación de los elementos que integran la alevosía y de sus diferencias con la traición, se hace también notar en la opinión pública tal cual se ha podido revelar en la historia de la poesía popular. Es nota común a todos los romances estudiados, la confusión de la alevosía y la traición, como se ha podido comprobar ya por el juego indistinto que de ambos vocablos hacen los poetas, ya por el uso de los mismos elementos (deslealtad, fingimiento, vileza, cobardía...) para caracterizar una y otra circunstancia. Son asimismo estos elementos los que en mayor o menor proporción, según las épocas y los códigos, pero en una cierta proporción siempre, han sido barajados en la historia de nuestro derecho penal. La incertidumbre de la opinión y de las leyes han recorrido, pues, caminos paralelos, y aunque el éxito no ha acompañado a los propósitos, sí han servido al menos para sacar a luz preciadísimos materiales que mejor combinados con los progresos de los tiempos, han dado fruto en nuestros días a una más sabia doctrina y expresión legal.

Núm. 199: Prosiguiendo el estudio de los romances que hacen alusión a circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, nos encontramos con el que lleva el número 199, en donde pretendemos

descubrir perfectamente, entre sí relacionadas, dos circunstancias de índole análoga y que son las comprendidas en los números 9 y 20 del artículo 10 del Código penal español vigente. Nos referimos al «abuso de superioridad» y al «respeto que el sexo debil merece».

El origen de donde arrancan estas agravantes parécenos algo complejo. De un lado hay en ellos un exceso en la violencia normal existente en todo delito. De otro puede observarse un exceso de fraude que envilece, maucha y execra. Hay en ellos cobardía, y la cobardía degrada todavía más al criminal. Desde este último punto de vista, ambas circunstancias son hijas de la alevosía y como ésta, aumenta la responsabilidad y el castigo.

La doctrina y las leyes han marchado en este extremo de perfecto acuerdo con el sentir popular, que en ningún instante de su historia ha cesado de exteriorizar su más viva repulsión contra aquellos que ni han tenido valor en el delito, y siempre las han considerado como circunstancias de verdadera agravación de la responsabilidad criminal.

Pues bien, el romance de que nos ocupamos, perteneciente a la sección de «moriscos novelescos» y de autor anónimo, habla de dichas circunstancias, expresándose con esa viva repulsión de que hemos hecho mérito, dice así:

Ni yo amenacé á tu dama
Ni jamás le envié mensaje
Que es vileza amenazar
A quien no puede vengarse.

Según podemos ver, la vileza es en este romance la nota característica de todo hecho criminal en que la víctima es un ser debil, y la vileza, como la alevosía, tiene en la cobardía su fuente más pura.

Carlos García Oviedo.