

Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en homenaje a Enrique Gacto Fernández. Madrid: Dykinson, 2015. 404 pp. ISBN: 978-84-9085-362-7

I. El anuncio de la eminente jubilación del profesor Enrique Gacto fue recibido con tristeza y sentido como una mala noticia por muchos historiadores del derecho y de otras disciplinas históricas que durante años nos hemos ido formando como historiadores y muy especialmente como universitarios, a partir de la lectura de los numerosos trabajos publicados por el profesor Gacto en su dilatada trayectoria en la Universidad española, y del contacto personal en todas las ocasiones en las que la vida universitaria nos ha permitido compartir con él momentos en oposiciones, congresos, reuniones y otras actividades. La calidad profesional y, sobre todo, humana del profesor Gacto ha ejercido una influencia muy positiva sobre muchos de nosotros, motivo por el cual siempre le estaremos agradecidos.

Pero como casi todo en esta vida tiene un lado provechoso, la jubilación de Enrique Gacto también ha tenido como contrapartida positiva que un grupo de sus más directos compañeros, discípulos y colaboradores haya publicado un libro, editado por Enrique Álvarez Cora, como homenaje a su magisterio y a su importante y decisiva contribución a la Historia del Derecho en España en las últimas décadas.

II. La naturaleza y razón de ser de este volumen determina que se abra con un primer texto en el que el profesor Juan Antonio Alejandre presenta al homenajeado ante los lectores¹. Como el propio autor indica en el título, se trata de unas simples anotaciones pero lo cierto es que no se podía decir más ni mejor en un espacio tan limitado. Quien no conozca la trayectoria de Enrique Gacto en la Universidad española obtendrá, con la lectura de estas páginas, una imagen exacta de su dedicación a la Historia del Derecho, primero como alumno, y más tarde como docente e investigador, al compás de su paso por las Facultades de derecho de Salamanca, Sevilla, Complutense, Extremadura y Murcia.

En el texto del profesor Alejandre destaca de manera especial la atención sobre la faceta investigadora de Enrique Gacto en la que sus estudios sobre el Derecho de familia, la dimensión jurídica de la Inquisición, el Derecho mercantil, el Derecho penal, el Derecho procesal y los contenidos jurídicos diseminados en la literatura española constituyen, desde hace mucho tiempo, un referente imprescindible para cualquier estudioso que se aproxime a estos temas.

Y, como docente, el autor de estas anotaciones sobre la biografía del homenajeado, destaca el interés que Enrique Gacto ha tenido siempre por la docencia. Una preocupación que se ha concretado no solo en sus clases cotidianas ante los alumnos de las Facultades de Derecho de cuyos claustros ha formado parte, sino también en la publicación, junto con otros historiadores del derecho, de algunos manuales de Historia del Derecho que han terminado por convertirse en obras de referencia de esta disciplina.

III. La mayor parte de los trabajos incluidos en el volumen, con la excepción de los firmados por los profesores José María García Marín² y Manuel Torres Aguilar³ a los que volveré más adelante, no son sino análisis de distintas instituciones vinculadas a

¹ Juan Antonio ALEJANDRE GARCÍA, «Enrique Gacto Fernández: anotaciones para una biografía», pp. 13-23.

² José María GARCÍA MARÍN, «Sobre parcialidades y abusos en el régimen municipal de los siglos XVI y XVII», pp. 187-209.

³ Manuel TORRES AGUILAR, «Algunas referencias normativas sobre la educación en la legislación real de la Edad Moderna», pp. 389-404.

los campos del Derecho penal y del Derecho procesal, dos de los ámbitos a los que Enrique Gacto ha dedicado mayor atención en su trayectoria investigadora⁴. De modo que la mayor parte de estas aportaciones se integran en la línea de investigación del estudio de los delitos a lo largo de la Historia del Derecho español, en la que se han involucrado Enrique Gacto y su entorno desde hace varios años. Pero al mismo tiempo, algunos de estos estudios también tienen conexión con otras dos instituciones, la de la familia y la de la Inquisición, que también han reclamado la atención de Enrique Gacto en distintos trabajos.

El delito de injuria es el tema elegido por el profesor Enrique Álvarez Cora para rendir homenaje a su maestro. Y más aún, su interés se centra principalmente en la construcción teórica del delito de injuria en Castilla entre los siglos XVI y XIX⁵.

En el texto, y siguiendo el camino que tantas veces ha marcado Enrique Gacto en sus trabajos, el profesor Álvarez Cora se aproxima al delito de injuria a partir del manejo exhaustivo de la doctrina y de la tratadista castellana de los primeros siglos de Época Moderna pero sin olvidar la legislación, tanto la medieval encarnada fundamentalmente en el *Fuero Real* y en *Partidas*, como la promulgada en Época Moderna por sucesivos monarcas.

El grueso del estudio se centra en los aspectos estrictamente penales del delito de injuria, lo cual no impide que Enrique Álvarez Cora también se interese por los aspectos procesales a él vinculados a través del análisis de la *actio iniuriarum*.

El examen realizado por el profesor de la Universidad de Murcia muestra cómo la construcción doctrinal del delito de injuria elaborada en los siglos XVI y XVII tuvo como base la regulación contenida en el *Fuero Real* y en las *Partidas*. Una doctrina, considerada clásica, que en el siglo XVIII continuaba utilizándose sin perjuicio de que para estas fechas hubieran tomado cuerpo ciertas «deformidades conceptuales o estructurales» en relación a este delito, como puede ser la confusión de la injuria con otros tipos delictivos. Una coexistencia que aconseja recurrir a la práctica judicial castellana con el fin de verificar el modo en que en el siglo XVIII convivieron la teoría clásica sobre la injuria con las novedades introducidas con posterioridad.

El trabajo se cierra con el repaso de los elementos y de las penas de la injuria en el marco de la Codificación española.

La profesora María José Collantes de Terán nos introduce en el delito de incesto, en la teoría y en la práctica castellana de los siglos XVIII y XIX, tomando como referencia un proceso abierto de oficio por incesto y adulterio en 1763 en la villa de Bilbao⁶.

La combinación de la teoría y de la praxis marca el contenido de este trabajo, en el que, al mismo tiempo, también quedan unidas dos de las líneas de investigación que más han interesado al profesor Enrique Gacto. Me refiero a la de la familia castellana,

⁴ Así los trabajos firmados por Enrique ÁLVAREZ CORA, «La teoría de la injuria en Castilla (siglos XVI-XX)», pp. 25-160; María José COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «Incesto. Teoría y práctica en Castilla en los siglos XVIII y XIX», pp. 161-186; Antonio M. GARCÍA-MOLINA RIQUELME, «La tortura en el Tribunal de la Inquisición de México», pp. 211-258; Julián GÓMEZ DE MAYA, «La *Venus ática*: el delito de sodomía en el pensamiento ilustrado liberal», pp. 259-291; Miguel PINO ABAD, «El tránsito de la penalización a la reglamentación de los juegos de azar en España», pp. 293-320; Victoria SANDOVAL PARRA, «El crimen de suicidio según la literatura jurídica y teológica del siglo XVI», pp. 321-359; María Jesús TORQUEMADA SÁNCHEZ, «Sentencias y otros documentos sobre los solicitantes en la Bancroft Library», pp. 361-388.

⁵ ÁLVAREZ CORA, «La teoría de la injuria en Castilla».

⁶ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, «Incesto. Teoría y práctica».

muy presente en sus inicios en la Universidad, y a la del Derecho penal que reclamó su atención algunos años más tarde.

María José Collantes de Terán realiza el estudio teórico del incesto tomando como punto de partida la legislación, para a continuación completar la reflexión con el recurso a la doctrina. Un esfuerzo de combinación ineludible si se tiene en cuenta que en la segunda mitad del siglo XVIII y en el XIX el marco normativo de las *Partidas* no resultaba ya el más apropiado, lo que provocó que tanto los juristas como los tribunales se vieran obligados a actualizar el antiguo derecho para adaptarlo a la nueva realidad social. Siendo precisamente el resultado de esta renovación la que finalmente habría de incorporarse al Código penal de 1848 en materia de incesto.

En el marco de la Codificación penal la autora presta una atención preferente al texto de 1848, siendo menor la otorgada a los códigos de 1870, 1928, 1932 y 1944. Una opción que se justifica porque fue precisamente en el Código de 1848 donde por primera vez en el derecho español se definió el incesto no ya como un delito, sino como una agravante del delito de estupro. Una tendencia que se consolidó a partir de entonces en el derecho español hasta llegar al código penal actualmente en vigor, en el que la expresión «incesto» ha desaparecido y su antiguo contenido queda definido como una circunstancia agravante de algunos delitos contra la libertad sexual.

Unas páginas más adelante, en el capítulo firmado por el profesor Antonio García-Molina Riquelme, la Inquisición se convierte en la protagonista principal⁷.

A partir de unos párrafos introductorios que sitúan al lector en lo que era la tortura en la Baja Edad Media y en Época Moderna, Antonio García-Molina se preocupa de conducirlo a la práctica de la tortura en el Tribunal de la Inquisición de México, órgano inquisitorial que el autor conoce perfectamente a partir de estudios anteriores y fundamentalmente de su monografía sobre las penas y penitencias en este tribunal⁸.

Los primeros epígrafes tienen como finalidad el estudio de la normativa sobre la tortura aplicable en el Tribunal mexicano, una normativa en la que se debe tener en cuenta tanto la regulación castellana contenida en el texto alfonsino de las *Partidas* como en las Instrucciones del Santo Oficio, ya fueran éstas generales como las de Sevilla de 1484 y de Toledo de 1561, o particulares del tribunal inquisitorial establecido en el Virreinato de Nueva España. En estos textos, en los que se define el procedimiento inquisitorial, el autor identifica algunas diferencias significativas entre el procedimiento particular seguido en el Santo Oficio y el propio de la jurisdicción ordinaria pero también entre el procedimiento utilizado en la actividad del Santo Oficio en la metrópoli y el adoptado en el Tribunal mexicano.

Cubierta esta primera parte del estudio, García-Molina vuelve la mirada a la doctrina de los autores, a las obras que posibilitaron la armonización de la legislación particular del Santo Oficio con el Derecho Común y la práctica cotidiana de los tribunales; lo que le permite referirse a las principales cuestiones abordadas por los tratadistas en sus obras. La acreditación de los indicios contra los reos, la determinación de los indicios que podían permitir a los inquisidores acordar la tortura, la exclusión de los nobles, ricos hombres, letrados, mujeres, embarazadas y menores de 14 años como sujetos pasivos del tormento, los diferentes tipos de tormento que se podían infligir, el momento en que se podía entender que un acusado había sido suficientemente torturado son solo algunos de los problemas discutidos por la doctrina y abordados por el autor.

⁷ GARCÍA-MOLINA RIQUELME, «La tortura».

⁸ GARCÍA-MOLINA RIQUELME, *El régimen de penas y penitencias en el Tribunal de la Inquisición de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

Los últimos apartados del capítulo quedan reservados para el estudio de algunos temas particulares como son las clases de tormento, los trámites procesales de la tortura establecidos por el estilo del Santo Oficio, los verdugos responsables de la ejecución material de la tortura, el tormento sobre la «intención», la tortura de los testigos, la relación del tormento y la locura y los embrujos y sortilegios para evitar el dolor.

La visión que los pensadores ilustrados y liberales tuvieron del pecado nefando o sodomía es el tema central del trabajo presentado por Julián Gómez de Maya⁹. Una elección que le permite retornar al estudio de este delito al que ya se aproximó hace unos años y cuyos resultados se publicaron en el 2013 en el *Anuario de Historia del Derecho Español*¹⁰.

En este nuevo trabajo Julián Gómez de Maya aborda la *Venus ática* desde una perspectiva bien distinta de la que orientó su anterior trabajo. Si entonces se interesó por el delito de sodomía en el contexto de la Codificación española, ahora, en el análisis que ofrece como homenaje a Enrique Gacto, se sitúa en el campo de las ideas tanto ilustradas, de ahí el empleo de la expresión *Venus ática* tomada de Beccaria, como liberales sobre la sodomía.

En este segundo trabajo, Julián Gómez de Maya se detiene en el estudio del pensamiento europeo que se encuentra en la base de la construcción técnico-jurídica que este delito tendrá en el marco codificador. De modo que a través de su exposición descubriremos las ideas de los autores franceses, italianos, españoles, alemanes e ingleses sobre el tema y percibimos cómo en la literatura europea de los siglos XVIII y XIX convivieron planteamientos partidarios de rebajar la pena prevista para los que cometieren el delito de sodomía junto a otros, defensores abiertamente de su despenalización.

La visión que la sociedad y el derecho han tenido en relación a la práctica de los juegos de azar a lo largo de la historia ha experimentado una notable evolución en la historia que queda perfectamente expuesta en el título del capítulo del que es responsable el profesor de la Universidad de Córdoba, Miguel Pino Abad; ya que en el mismo se expresa cómo desde la antigua concepción del juego como una conducta merecedora de reproche penal se ha llegado al tiempo presente en el que, abandonada la idea de su penalización, se ha optado por sujetar los juegos de azar a reglamentación administrativa¹¹. El mismo autor, hace algunos años, se ocupó precisamente de la regulación penal de los juegos de azar¹².

Tras una introducción en la que repasa, brevemente, la doctrina de los siglos XVII a XIX sobre el juego, se ocupa a continuación, sobre la base de la misma doctrina, de los distintos tipos de juegos definidos por los autores, poniendo de manifiesto cómo el reproche respecto de los mismos no ha sido, en todos los casos, el mismo.

Y a partir de ahí la atención del profesor Pino Abad se vuelca en el análisis del proceso de despenalización de los juegos de azar en España con el repaso del iter legislativo de los proyectos de ley sobre reglamentación del juego de 1912 y 1916 que fracasaron por las reacciones y quejas que suscitaron en distintos sectores de la sociedad española.

La última parte del capítulo tiene por objeto la definitiva despenalización de los juegos en España con el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 y la Ley orgánica de 25 de junio de 1983 y otras disposiciones complementarias.

⁹ GÓMEZ DE MAYA, «La *Venus ática*».

¹⁰ GÓMEZ DE MAYA, «El codificador ante el crimen nefando», *AHDE*, 83 (2013), pp. 139-184.

¹¹ PINO ABAD, «El tránsito de la penalización».

¹² PINO ABAD, «La regulación penal de los juegos de suerte, envite o azar en su evolución histórica», *Rudimentos legales: Revista de Historia del Derecho*, 5 (2003), pp. 127-212.

El trabajo de Victoria Sandoval Parra, profesora de la Universidad de Murcia, permite el acercamiento a otro tipo delictivo particularmente delicado por sus fuertes connotaciones morales y religiosas como es el suicidio¹³.

El estudio está elaborado, fundamentalmente, sobre la base de la doctrina, tanto jurídica como teológica, del siglo XVI, no obstante lo cual la autora también maneja algunas fuentes legales.

La profesora Sandoval se ocupa, en primer término, de presentar la visión que los juristas y teólogos del siglo XVI tenían respecto del suicida a partir de la equiparación del suicidio con el homicidio lo que justificaba una particular concepción moral negativa del suicida que era considerado como homicida de sí mismo y un transgresor del orden divino, del natural y del positivo. Y esto porque el suicidio está prohibido por la ley divina recogida en el Quinto Mandamiento («No matarás»); porque supone un atentado a la ley natural por cuanto choca con la capacidad de raciocinio del ser humano y con el afán de supervivencia de toda especie en la naturaleza; y porque quien se mata a sí mismo está injuriando y, además, perjudicando a la República.

A partir de estas primeras reflexiones, el trabajo, conforme a lo anunciado en el mismo título, se estructura en dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera, la autora presenta el suicidio tal y como lo veían los teólogos del siglo XVI, por tanto, desde la perspectiva de ser considerado un pecado mortal. En la segunda, la atención de la profesora Sandoval bascula hacia el mundo del derecho, aproximándose al tratamiento jurídico del suicidio.

El bloque de los trabajos vinculados con el derecho penal y procesal se cierra con la aportación de la profesora María Jesús Torquemada Sánchez sobre el delito de solicitud en confesión. El trabajo enlaza con la trayectoria investigadora de la profesora Torquemada, quien se ha ocupado en múltiples ocasiones de distintos temas vinculados con la Inquisición, y con uno de los temas a los que el profesor Gacto mayor atención ha dispensado, tal y como señalamos al principios de estas páginas, porque el delito de solicitud debe verse como un delito propio del foro inquisitorial.

No espere el lector encontrar en este capítulo un análisis del delito, el fin perseguido por la autora es otro. La profesora Torquemada nos presenta varios procesos iniciados en el Santo Oficio de la Nueva España por el delito de solicitud a partir de las minuciosas y sorprendentes actas procesales de este tribunal conservadas entre los fondos de la *Bancroft Library* de la Universidad de Berkeley¹⁴.

En concreto la autora presenta veintidós procesos datados entre 1697 y 1817 de cuyo análisis concluye, entre otras cuestiones, la existencia de un elevado grado de homogeneidad en las actuaciones del Santo Oficio en la instrucción de estos procesos, la meticulosidad con la que se practicaban las actuaciones y que los conventos eran el principal lugar donde se cometía el delito.

En este caso el lector se encontrará ante un tipo de delito considerado «oculto» porque la Inquisición hizo todo lo posible para que la población no llegara a conocer la su comisión aún cuando esta actitud supusiera renunciar a la ejemplaridad de las penas.

IV. Y, como anunciamos en las primeras páginas, nos detenemos ahora en las aportaciones que presentan los profesores José María García Marín y Manuel Torres Aguilar en las que los autores se ocupan de dos temas de estudio ajenos al campo penal y procesal.

El profesor García Marín, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, toma como eje de su trabajo la obra del jurista Antonio Fernández de Otero, quien vivió a caballo entre los siglos XVI y XVII, para elaborar un interesante estudio sobre los abusos

¹³ SANDOVAL PARRA, «El crimen de suicidio».

¹⁴ TORQUEMADA SÁNCHEZ, «Sentencias y otros documentos».

y favoritismos que se daban en el régimen municipal castellano de entonces con ocasión de la elección de los oficios concejiles¹⁵. Como digo, la obra de Fernández de Otero es el punto de partida porque la exposición se completa con los contenidos de las leyes del Reino y con la doctrina jurídica y política más representativa de la época.

La compra de los oficios por aquellos que disponían de recursos económicos aunque no fueran dignos y aptos para su desempeño; la revocación de los oficios concejiles, con causa o sin ella; la obligada aceptación del cargo por quienes habían sido designados como oficiales o magistrados y los motivos que podían alegar para excusarse; la controvertida cuestión de la acumulación de cargos en unos mismos individuos y la existencia de excepciones que permitían la compatibilidad de oficios; el procedimiento seguido para la designación de cargos concejiles; los enfrentamientos suscitados en las villas y ciudades castellanas con ocasión de la elección de los oficios; la tendencia hacia la centralización administrativa a la hora de la distribución de los cargos municipales; las condiciones para la reelección de los cargos, por lo general de carácter anual, y su sustitución son los principales temas abordados por el profesor García Marín sobre la base de la doctrina castellana y del profundo conocimiento que el autor tiene de la vida municipal castellana por el tiempo que ha dedicado a su estudio.

El libro homenaje al profesor Gacto se cierra con un estudio sobre el marco normativo de la educación elemental en Castilla en Época Moderna elaborado por el profesor Manuel Torres¹⁶.

En los siglos XVI y XVII la escasa legislación promulgada en relación a las primeras etapas formativas permitió la configuración de unos sistemas educativos elementales marcados por un fuerte componente religioso y doctrinal, lo cual no impidió, sin embargo, que algunos autores, como es el caso de Luis Vives y Nebrija, fueran partidarios de otros modelos en los que disciplinas como la gramática debían cobrar un nuevo protagonismo. Y al mismo tiempo proliferaron los Estudios de Latinidad y Gramática, en los que se concretaba la segunda enseñanza previa al ingreso en la Universidad.

Ya en el siglo XVIII, creció la normativa real con el fin de regular nuevos aspectos de la educación entre los que destaca la educación gratuita para las niñas y el estatuto de los maestros de primera enseñanza así como los requisitos exigidos para su selección y nombramiento. Maestros que quedaron organizados en la Hermandad gremial de Maestros de San Casiano hasta que en 1780 se ordenó su extinción y su subrogación por el Colegio Académico del Noble Arte de Primeras Letras que, sin liberarse de la influencia doctrinal de la Iglesia, se vinculó con planteamientos más abiertos, propios de la Ilustración, hasta el momento en que perdió el monopolio de la enseñanza elemental bajo el reinado de Carlos IV.

V. Y, para terminar estas páginas permítaseme una última consideración. Como las palabras con las que iniciaba este texto podrían inducir a algunos lectores a considerar cierta falta de imparcialidad o de objetividad por mi parte a la hora de valorar el volumen dedicado al profesor Enrique Gacto, animo a todos los que pudieran encontrarse en esta situación a leer el libro. La lectura de los sucesivos trabajos les mostrará que la calidad de los capítulos es elevada y que mi afecto y la deuda de gratitud que tengo contraída con el profesor Gacto en nada ha condicionado el juicio sobre los mismos.

MARGARITA SERNA VALLEJO

¹⁵ GARCÍA MARÍN, «Sobre parcialidades».

¹⁶ TORRES AGUILAR, «Algunas referencias normativas».