

CAPITULO XIII

Del contrato de juego y de la apuesta.

1.244. Del contrato de juego ante las legislaciones modernas.—**1.245.** Las leyes relativas al juego se aplican aun á los extranjeros.—**1.246.** Examen de la cuestión de la autoridad de la ley que prohíbe el préstamo para jugar en caso que los jugadores sean extranjeros.—**1.247.** Se examina el caso en que los jugadores sean ciudadanos de la misma patria: autoridad del estatuto personal.—**1.248.** De los asuntos relativos al juego.—**1.249.** Autoridad de la ley que prohíbe las loterías extranjeras.—**1.250.** Examen del caso en que el billete de lotería haya sido vendido en el extranjero en donde no esté prohibida su venta.—**1.251.** Nuestra opinión acerca de la acción judicial á consecuencia de un billete de lotería adquirido en el extranjero.—**1.252.** Examen de la doctrina contraria y de la jurisprudencia.

1.244. El contrato de juego es uno de aquellos que se conocen como de suerte ó aleatorios, con cuya denominación se designan todas aquellas convenciones por virtud de las cuales el beneficio de los dos contratantes ó de uno solo de ellos depende de un suceso incierto. Tales son el contrato de seguro, el préstamo á riesgo, el juego, la apuesta, el contrato vitalicio y otros análogos.

El contrato de juego consiste en el convenio hecho entre dos jugadores, por el que acuerdan que el que pierda pagará al otro una suma en metálico ú otra cosa determinada. Este contrato es aleatorio y bilateral, puesto que cuando un vencedor recibe la suma ó la cosa convenida sin pagar nada en cambio, no la recibe gratuitamente, sino como precio del riesgo que ha corrido de pagar la misma suma ó dar al otro la misma cosa si hubiera sido vencido.

El juego ha sido severamente prohibido por las leyes de los diversos países desde el tiempo de la legislación romana. El jurisconsulto Paulo recuerda un senadoconsulto que prohibía jugar dinero á cualquier clase de juego, exceptuando únicamente los que se refieren á ejercicios corporales que pudieran ser útiles en la guerra (1).

En las legislaciones modernas han prevalecido los mismos principios. El legislador italiano reconoce como eficaz la obligación contractual únicamente respecto de los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, y cuando la suma comprometida en tales juegos parezca excesiva, podrá la autoridad judicial rechazar la demanda (art. 1.083). Respecto á cualquier otro juego podrá el legislador no conceder acción alguna al vencedor para obtener del que haya perdido el pago de la suma correspondiente ó de la apuesta. Supone además que el que haya perdido no puede repetir cuando haya pagado voluntariamente, con tal que por parte del vencedor no haya habido dolo ó fraude, y el que haya perdido no sea menor de edad, ó se halle en estado de interdicción ó inhabilitado.

1.245. La cuestión que puede surgir apropósito de este contrato en sus relaciones con el derecho extranjero, podrá plantearse en la hipótesis de que los jugadores sean extranjeros ó que la acción para obligar al que haya perdido á pagar la deuda de juego se ejercite en el país extranjero en que se halle y en donde rija una ley distinta.

Parece evidente que las leyes que prohíben el juego á interés tratan de prevenir los peligros sociales que pueden ser consecuencia de una especulación inmoral, y por consiguiente no puede desconocerse la autoridad territorial de dichas leyes respecto de todos aquellos que intentan ejecutar un acto prohibido, y no debe hacerse distinción entre ciudadanos y extranjeros sin tener para nada en cuenta la conformidad ó la diversidad de las leyes de su patria.

(1) *Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere; praeter quam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat.* L. II, § 1.º Digesto, *De aleatoribus*, XI, 5.

Deberá, en efecto, prevalecer el principio de que las leyes de policía y las que tienden á proteger el orden público y las buenas costumbres, tienen autoridad imperativa en el territorio y obligan, por consiguiente, á cuantos en él se hallan. Disponiendo la ley italiana de un modo tan absoluto en el art. 1.802 del Código civil, que «no se concederá acción alguna para el pago de una deuda de juego ó de apuesta», dado el caso de que el juego haya tenido lugar entre dos extranjeros y que la ley de su patria no prohíba la acción para el pago de dicha deuda, es evidente que no podrá permitirse al que haya ganado entablar acción alguna por este concepto ante los Tribunales italianos, invocando para sostenerla la ley de su patria (a). El Tribunal no podría admitir dicha instancia porque el legislador declaró inadmisibles por sí misma la acción, y según los principios generales del derecho y los consagrados en el art. 12 de las disposiciones generales de las leyes, á nadie es lícito invocar las leyes extranjeras para derogar las territoriales prohibitivas, que se refieran de cualquier modo al orden público ó á las buenas costumbres. Lo mismo sucedería en Francia, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 1.965 y 1.966 en relación con los 3.º y 6.º del Código civil.

Con arreglo á los mismos principios deberá resolverse toda cuestión relativa á los hechos relacionados con el juego.

1.246. El Código portugués en su art. 1.542 dispone que «las deudas del juego no pueden reclamarse judicialmente.... La restitución del dinero prestado para juegos de azar en el mo-

(a) Las disposiciones de los arts. 1.802 á 1.804 del Código italiano son muy análogas á las consignadas en el español, arts. 1.798 á 1.801. Sin embargo, hay una diferencia de verdadera importancia, aunque á primera vista parezca de escasa monta. El legislador italiano prohíbe *en general* el juego, exceptuando concretamente los que contribuyen al ejercicio corporal, etc. El español habla de los *juegos de suerte, enñite ó azar*, y esto ya limita extraordinariamente la extensión de la prohibición, exceptuando todos aquellos en que entra por mucho la habilidad ó el cálculo del jugador. Hay muchos juegos en que, pareciendo de verdadero recreo y estando autorizados por la ley, se cruzan sumas fabulosas, y en España esto es lícito y nadie puede prohibirlo mientras la ley no se modifique.

mento en que se está jugando tampoco puede ser reclamada». Ahora bien, suponiendo que dos italianos jueguen en un país en donde rija el Código portugués, y que un tercero extraño al juego, y también italiano, prestase dinero para jugar á uno de los jugadores, no podrá invocar la ley italiana para ejercitar ante los Tribunales portugueses la acción correspondiente para que se le devuelva el dinero prestado.

Aunque en la hipótesis propuesta anteriormente se tratase de ciudadanos de la misma patria, y según los principios generales del Derecho pueda sostenerse que en lo concerniente á sus obligaciones personales, no pueda prohibirse á los mismos invocar la autoridad de su estatuto personal, considerando que la ley que niega la acción en juicio por causa de juego, tiene por objeto proteger el derecho, los intereses sociales y la moral pública, y que no puede desconocerse su autoridad territorial *erga omnes*, síguese de aquí que, del mismo modo que se negaría la acción judicial á los ciudadanos portugueses, deberá también negarse á los extranjeros de cualquier país. No se trataría, en efecto, en este caso, de determinar la autoridad de la ley respecto de la obligación personal y de su validez jurídica; pues bajo este aspecto se podría sostener que, tratándose de italianos, la cuestión judicial en que interviniesen, en cuanto concierne á sus relaciones obligatorias, debería regirse por la ley italiana, y que, según ésta, el que hubiese tomado á préstamo una determinada suma para apostar ó jugar, estaría obligado á restituirla al que se le hubiera prestado, y tendría, por consiguiente, acción para repetirla (a).

En efecto, el legislador italiano excluye que las relaciones que se derivan del juego ó de la apuesta puedan ser materia de contrato eficaz entre los jugadores ó los que apuestan, y niega, por tanto, cualquier acción judicial para exigir el cumplimiento de las obligaciones que puedan nacer de ellas. Pero en el Código italiano no existe disposición alguna parecida á la sancionada en el art. 1.542 del Código portugués, y lo mismo puede decirse del Código francés, que está en esto enteramente con-

(a) Véase la nota (a) puesta al párrafo siguiente.

forme con el italiano. Dispone el legislador que las convenciones relativas al juego á interés no pueden ser materia de contrato civil *entre los jugadores*, pero no dice que no pueda existir obligación civil por la deuda contraída por un jugador con el que le haya prestado una suma para jugar.

Los jurisconsultos italianos (1) sostienen, pues, que aquél que haya suministrado una cantidad para el juego, tiene acción para repetirla, porque no puede entenderse que el contrato sea nulo por haberse fundado en causa ilícita. El que da dinero, aunque el prestatario lo tome para jugar, no contrata, en efecto, por causa ilícita, puesto que la ley no prohíbe al que recibe la cantidad prestada jugar, ni apostar ni pagar voluntariamente lo perdido. En el supuesto, pues, de que aquel que haya prestado la suma sea extraño al juego, de tal modo que no se le pueda considerar como partícipe ni como socio, sino como un tercero no empeñado en la partida, la cuestión jurídica entre él y aquél á quien haya prestado la suma para jugar no puede reputarse como concerniente al juego ni á las deudas contraídas por este concepto (a). Tales, dice Zacarias (2), deben considerarse las deudas que resultan directamente de una convención para el juego ó la apuesta, pero no las obligaciones con-

(1) V. Mirabelli, *Contratos especiales, Del juego*, § 12.

(a) Ahora cabe preguntar: y no pudiéndose considerar este acto de préstamo como inmoral ni como contrario á las leyes de orden público en general, ¿deberían con razón negarse los Tribunales portugueses á entender en un litigio en que un italiano, un francés ó un español reclamase la suma prestada á otro ciudadano de los citados países, aunque éste la hubiese pedido para destinarla al juego?

A juicio nuestro, con arreglo á los principios generales de la moral y del derecho, no deberían oponer semejante negativa los Tribunales portugueses, no siendo ésta, como no lo es, una cuestión que se considere en sí misma como de interés social ni de orden moral en casi ninguno de los Códigos de los pueblos más cultos. Claro es que, si se niegan, no hay medio alguno de obligarlos; pero aquí hablamos en teoría; no en el campo del derecho positivo, de lo que es, sino en el de los principios racionales, de lo que debe ser.

(2) Zacarias, *Curso de Derecho civil francés*, por Aubry y Rau, § 386. Confr. Colmar, 20 Enero 1848 (Sirey, 1842, 2.º, 492).

traídas para procurarse los medios de jugar ó de apostar. La cosa sería distinta si el préstamo se hiciese por el jugador, porque en este caso, como observa Troplong, el préstamo se confundiría con el juego mismo, puesto que serviría para fomentar la pasión del jugador y para satisfacer la del prestamista (1).

1.247. De todo lo dicho se deduce que pudiendo considerarse válida la relación contractual según la ley italiana y debiendo ésta regular las obligaciones personales contraídas por italianos en el asunto jurídico realizado bajo el imperio del Código portugués, puede admitirse, en el caso propuesto, la obligación civil por parte de aquél á quien se haya prestado la suma para apostar ó jugar; mas á pesar de esto no podría ejercitarse la acción judicial ante los Tribunales portugueses, porque no concediendo la ley acción civil por razones de interés social y de orden público, no podría el Tribunal portugués admitir la instancia ni resolverla (a). Por lo demás, esto no impediría que la acción pudiera plantearse ante los Tribunales italianos, porque existiendo, según la ley italiana, la obligación civil por las razones expuestas; y debiendo regirse el fondo de las obligaciones personales de aquellos que sean ciudadanos del mismo Estado por la ley de su patria, y debiendo reputarse eficaz la obligación, deberá admitirse en Italia la acción no prohibida, por parte del tercero que no estuviera empeñado en la partida.

La solución de la cuestión propuesta sería completamente distinta cambiando los términos de la hipótesis, esto es, suponiendo que las personas empeñadas en la partida de juego fuesen portuguesas y que el tercero no empeñado en ella en nuestro país, hubiese prestado dinero para jugar y quisiera proceder ante los Tribunales italianos para obtener la restitución de la suma prestada. En tal caso opinamos que la acción sería inadmisibile no sólo ante los Tribunales portugueses, sino también ante los italianos, y decimos esto, porque habiendo dispuesto nuestro legislador en el art. 9.º de las *Disposiciones generales* de

(1) Troplong, *Des contrats aleatoires*, núm. 66 y siguientes.

(a) Véase lo que á este propósito decimos en la nota (a) puesta al párrafo anterior.

las leyes que la naturaleza y los efectos de las obligaciones, si los contratantes extranjeros pertenecen á una misma nación, se reputen reguladas por su ley nacional, no puede admitirse obligación civilmente eficaz en el caso anteriormente indicado, porque así se halla sancionado por la ley nacional de las partes contratantes. Debería, pues, rechazarse la acción, porque según la ley portuguesa deberá reputarse nula por motivo de tener causa ilícita (a).

De lo dicho se sigue que puede admitirse la autoridad del estatuto personal respecto de las obligaciones que nacen del juego ó de la apuesta cuando los contratantes sean ciudadanos del mismo país, en el supuesto de que sólo se trate de si existe ó no relación contractual; si la obligación que nace de la deuda del juego puede reputarse civil ó natural; si puede ó no admitirse obligación civilmente eficaz á consecuencia de actos realizados para procurarse medios de jugar ó de apostar; mas en lo concerniente á las acciones para el pago de débitos originados

(a) No conocemos sentencia alguna de los Tribunales italianos cuyos fallos constituyan doctrina legal, que hayan aplicado el contenido del párrafo segundo del art. 9.º de las *Disposiciones generales* en la parte relativa á la cuestión de que se trata; pero nos inclinamos á creer que no han de ser los Magistrados italianos de la misma opinión que el ilustre tratadista Mr. Fiore.

Es exacto que en el citado art. 9.º existe la disposición que se indica; pero creemos que no han de darle esa interpretación los Tribunales. Si ante ellos presentase un portugués una demanda contra un compatriota para el cumplimiento de una obligación contraída y lícita en Italia que, por la índole del préstamo, es donde debía ejecutarse dicho cumplimiento, estableciendo el art. 3.º del Código civil que los extranjeros disfrutan en el reino de todos los derechos civiles que los ciudadanos, y por tanto, el de demandar ante los Jueces á sus deudores, y siendo el contrato lícito en donde se había celebrado y debía cumplirse..... repetimos que nos parece poco probable que siguieran la doctrina mantenida en el texto.

No pudiendo entrar aquí en el fondo de la cuestión desde el punto de vista de las doctrinas del Derecho internacional aplicables á la materia, nos limitamos á hacer esta breve indicación, sin más valor ni otras pretensiones que la de una sencilla manifestación de nuestro criterio en el punto concreto de que se trata.

á consecuencia del juego ó de la apuesta, debe aplicarse siempre la ley territorial, considerando la autoridad de ésta como absoluta é imperativa *erga omnes*, así como de cualquiera otra ley que se proponga proteger los intereses sociales y las buenas costumbres (1).

Cuando los jugadores sean ciudadanos de distintos países, deberá aplicarse la ley del lugar en que el acto se haya realizado para decidir cualquier cuestión referente á las relaciones contractuales que se derivan del juego ó de la apuesta, y siempre la *lex fori*, para decidir acerca de la admisibilidad de la acción para obtener judicialmente el pago de las deudas de juego ó de apuesta (a).

1.248. Los principios expuestos deberán aplicarse á cualquier clase de juego de azar, y por consiguiente, á los juegos de Bolsa y á cualesquiera otros análogos. Por tanto, si en Italia, por ejemplo, se quisiera constituir una sociedad para fundar y administrar una casa de juego en país extranjero en donde se tolerasen dichos establecimientos, la mencionada sociedad sería nula por ilícita y ninguna de las cuestiones relativas á ese asunto podría dar lugar á una acción judicial. El legislador considera el juego contrario á la moralidad pública y declara punible al que lo mantiene en lugar público (2). Parece, pues, evidente que cualquier negocio relativo á aquello que se reputa como fuente de un peligro social no puede tener sanción judicial aunque tenga por objeto dar cumplimiento á un pacto delictivo hecho en país extranjero (3).

(1) Hallamos consagrados estos principios en la sentencia dictada por el Tribunal de Bruselas, Sala 5.ª, en 19 de Diciembre de 1890 y 29 de Mayo de 1891 (*Journ. des Tribunaux*, 1890, pág. 54; 1891, página 816): «Los motivos que han determinado á los autores del Código á proscribir toda acción por deudas de juego, se fundan en consideraciones de moralidad, de interés social y de orden público; el Juez está obligado á rechazar esta acción cuando se interponga ante él, sea cualquiera el país donde el juego haya tenido lugar y los efectos que las leyes vigentes en el país le atribuyan.

(a) Véase la nota (a) inserta anteriormente.

(2) Arts. 484 á 487 del Código penal.

(3) Véase en este sentido la sentencia del Tribunal de apelación

Pero, ¿qué deberá decirse de las loterías?

1.249. La lotería representa una especie de juego que consiste en el azar, ó de perder el dinero pagado por adquirir un billete, ó de obtener por suerte la ganancia que resulte del premio más ó menos considerable; y siempre mucho mayor que el precio del billete.

Las leyes de diversos países prohíben terminantemente las loterías, aun las que consisten en la venta de inmuebles; de muebles ó de mercancías efectuada con un beneficio atribuido por suerte á los compradores para excitarlos á adquirir con la esperanza de esta ganancia. En Francia fueron prohibidas toda clase de loterías por la ley de 21 de Mayo de 1836. En Italia se proveyó á esto por la ley de 27 de Septiembre de 1863, y el decreto-ley de 21 de Noviembre de 1880 declaró prohibida en el reino la venta ó la distribución de billetes de loterías establecidas en el extranjero ó de títulos de empréstitos extranjeros con premios, aunque éstos representen el reembolso de capitales y el pago de intereses más ó menos crecidos, y declaró del mismo modo prohibidas las suscripciones para aquellas loterías y empréstitos.

Por virtud de estas disposiciones entendemos que el acto jurídico relativo á la venta y á la distribución de billetes de loterías extranjeras y á cualquiera otra clase de operaciones prohibidas, siempre que se realicen en el lugar donde se halla en vigor la prohibición, debe considerarse nulo y de ningún valor ni efecto, porque falta la causa lícita para obligarse. También es evidente que no podrá admitirse la acción judicial respecto á las operaciones relativas á las loterías prohibidas por la ley territorial, porque, dada la autoridad imperativa de la ley respecto de los hechos realizados en el lugar en que aquélla rige, faltando por consecuencia de la prohibición la causa lícita de obligarse, no podrá prosperar ninguna acción judicial por virtud del contrato fundado en causa ilícita. Aunque fuesen ciudadanos del mismo Estado los ciudadanos que hubiesen vendido

de París de 22 de Febrero de 1849 (*Journal du Palais*, 1850, páginas 137 á 139).

ó distribuido el uno y adquirido el otro los billetes de lotería extranjera en Italia, el acto estaría siempre prohibido y debería reputarse ineficaz como contrato civil, porque la validez ó la nulidad del acto no sería consecuencia de la capacidad para obligarse de las partes contratantes, por lo cual pudiera invocarse su estatuto personal, sino que el acto jurídico estaría condenado por la disposición de la ley territorial, que declarando ilícito *per se* dicho acto, lo declara al mismo tiempo incapaz de producir efectos civiles.

1.250. La duda puede surgir en la hipótesis de que la venta de billetes de lotería se haya efectuado en un país en donde no esté prohibida por la ley y que la acción judicial se haya ejercitado en el domicilio del deudor, en donde rija la ley que prohíba la venta de dichos billetes. En tal caso, ¿deberían aplicarse los mismos principios expuestos respecto de la obligación procedente del juego? O lo que es lo mismo, ¿deberá entenderse que así como no sería admisible la acción judicial cuando el billete de lotería se hubiese vendido y adquirido en el territorio, tampoco debería serlo cuando se hubiese hecho la venta en país extranjero en donde, no existiendo la prohibición, haya nacido la relación contractual con causa lícita según la *lex loci contractus*?

Conviene observar que las leyes que prohíben las loterías se fundan siempre en razones de moralidad pública. Se pretende, en efecto, con ellas evitar las especulaciones excitadas por malas pasiones que impulsan á exponer una cantidad fiada á la fortuna y al azar para enriquecerse, en vez de acostumbrarse más bien á considerar el trabajo provechoso como la verdadera fuente de la riqueza. Es indudable que la prohibición por la ley produce el efecto de hacer ilícita cualquier convención relativa á la lotería y concluída en donde impera la ley que la prohíbe. Siendo la causa lícita para obligarse uno de los requisitos esenciales para la validez de un contrato (1), es evidente que, dada la prohibición de la ley, tendrá la convención tacha de nulidad y no podrá producir efecto alguno jurídico á consecuencia de lo que

(1) Art. 1.104 del Código civil italiano y 1.108 del francés.