

y Novela 110: la libertad está justificada por la incertidumbre y el peligro, como en todo los contratos aleatorio.

sonos que, fiadas en la certeza del pago, hayan suministrado fondos al que sufrió el desastre.

Los dos artículos 2858 y 2859 dice: que ellos se adoptaron atendiendo á los intereses del asegurado.

Respecto al 2860 dice: que en él se estableció el que el seguro pueda estipularse no solo por el mismo dueño de los bienes, sino tambien por cualquiera otro que tenga interes en la conservacion de aquellos; pero previniendo el que en este caso la equidad se opusiera á que un extraño lucrara sin causa con los bienes de otro, recibiendo tal vez una cantidad mayor que la asegurada; así como, el que el dueño de los bienes participase de las ventajas del seguro sin contribuir á los gastos; creyó prudente prevenir en los artículos 2661 y 2862 que en tal caso, solo se permita al asegurado retener sobre la indemnizacion la parte que corresponda á su interes; debiendo entregar al dueño el resto, teniendo este la obligacion de satisfacer al asegurado la parte que en los seguros pagados correspondiera á la cantidad que reciba.

Respecto á los artículos 2868 y 2869 dice: que en estos artículos se ha adoptado una regla análoga á la de condiciones; pues basta que el siniestro sea desconocido por ambas partes, para que no haya dolo y por lo mismo sea válido el contrato.

En cuanto á los artículos 2871 á 2876 dice: que establecido, como está, el principio de que el contrato de seguros no depende en cuanto á su subsistencia de la realizacion del evento previsto, era una consecuencia forzosa admitir igualmente que una vez vencido el término ó sobreviniendo el accidente, no tuviese derecho alguno el asegurado para reclamar la devolucion del precio; así como tambien era necesario conceder al asegurador derecho para cobrar las pensiones no vencidas, como parte del precio estipulado; pero que como las partes pueden modificar por convenio todo lo relativo al precio, le pareció conveniente prevenir en los citados artículos, en términos claros y precisos, todas las cuestiones que sobre el referido contrato de seguros puedan ofrecerse.

Acercas del artículo 2877 dice: que la enumeracion que este artículo contiene, es tan amplia como puede desearse; puesto que con excepcion de lo ilícito y contrario á la moral, todo lo demás ya sea cosa ó derecho, puede ser materia del seguro.

En cuanto á los artículos 2879 á 2882 dice: que el riesgo á que quedaria expuesto un individuo, cuya vida fuese asegurada por otro sin su consentimiento justifica la prescripcion del primero de estos artículos, y los principios de moral y de conveniencia pública la de los tres restantes.

Acercas del artículo 2886 dice: que el fraude

ARTICULO 1697.

Tambien pueden asegurarse mutuamente dos ó mas propietarios el daño fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos. Este contrato tiene el nombre de seguros mútuos; y cuando en él no se ha pactado otra cosa, se entiende que el daño debe ser indemnizado por todos los contrayentes, en proporcion de los bienes que cada uno tiene asegurados (1).

El caso de este artículo suele ser mas frecuente en los seguros contra incendios; y se diferencia del artículo anterior, en que aqui no hay premio ó precio por la aseguracion; es mas bien una sociedad para un objeto determinado.

En proporcion: porque es una sociedad, y así se ha establecido para todas en el artículo 1583.

ARTICULO 1698.

Cuando el daño ha sobrevenido, debe el asegurado ponerlo en noticia del asegurador en el caso del artículo 1696, y de los demás interesados en el caso del artículo 1697, dentro de los tres días desde que sobrevino; y si no lo hiciera, no tendrá accion contra ellos.

La prueba de haber ocurrido el daño por caso fortuito y sin culpa del que lo experimentó, incunbe á este (2).

que podria cometer el que tuviese asegurado un derecho litigioso, hizo necesaria la adopcion de este artículo, que no permite el cobro de la indemnizacion, sino cuando la pérdida del derecho sea del todo inculpable por parte del asegurado.

Respecto á los artículos 2888 á 2890 dice: que las reconocidas ventajas del seguro no son bastantes para negar que ofrecen un estímulo demasiado poderoso al fraude, y que cuando éstos deben producir en el asegurado, si no un abandono completo, sí por lo menos mucha negligencia en el empleo de los medios necesarios para evitar un desastre; y por lo mismo, queriendo, pues, evitar, en cuanto sea posible, esos inconvenientes, le pareció necesario adoptar la prescripcion de los citados artículos.

En cuanto á los demás artículos de este capítulo dice: que siendo ellos de reconocida justicia no necesitan exposicion especial.—N. de los EE.

1 Véase la nota anterior, en que están consignados los artículos 2850 y siguientes que concuerdan con este.—N. de los EE.

2 Véase la misma nota en que están consignados los artículos 2863 y siguientes que concuerdan con este.—N. de los EE.

Es el 1290 Austriaco.

Tres días. Es preciso fijar un término corto por la dificultad que en otro caso habria para la estimacion del daño, y para averiguar si provino de puro acaso ó de culpa del propietario.

La prueba, etc. Porque es actor ó demandante y afirma alegando el caso fortuito, artículo 1196.

ARTICULO 1699.

Es nulo el contrato de seguros si al tiempo de celebrarlo tenia conocimiento el asegurado de haber ocurrido ya el daño de que se le aseguraba, ó el osegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados (1).

Es el 1291 Austriaco.

En el caso de este artículo faltarian todos los requisitos esenciales para la validez del contrato: no habria consentimiento por el error, ni objeto, ni causa del contrato: habria, sí el dolo, previsto en el artículo 952.

“Pero si hubo buena fé, é igual ignorancia de parte de los dos contrayentes, ¿será válido el contrato, aunque la cosa hubiera ya perecido ó estuviera en salvo?” Entiendo que sí: la suerte y la incertidumbre son la parte esencial de estos contratos: en el caso dado, una y otra son iguales para ambos contrayentes: la cosa pudo haber perecido ya, como pudo ya estar fuera de peligro.

CAPITULO III.

DEL JUEGO Y DE LA APUESTA.

Sobre esta materia dije en mi *Código penal* comparado, desde el número 824 hasta el 838, lo siguiente:

“Trátase de este delito en el título 23, libro 12, Novísima Recopilacion: las catorce primeras leyes se hallan refundidas y mejoradas en la 15; de consiguiente solo pueden ser útiles bajo el punto de vista histórico.”

“La primera ley es de don Juan I, en las Cortes de Briviesca, año de 1387; la 15 de don Carlos III, en 1771; y de todas ellas

1 Véase la misma nota en que están consignados los artículos 2868 y siguientes que concuerdan con este.—N. de los EE.

solo se saca en limpio, que, á pesar de los repetidos esfuerzos del legislador y de la sucesiva agravacion de penas durante tres siglos, el mal ha ido siempre en aumento; no se ha hecho, pues, mas que aplicar un remedio añejo á un mal inveterado.”

“La legislacion Romana fué muy severa en este particular. Los jugadores de profesion á juegos de azar quedaban *infamados*; los tales juegos eran prohibidos aun en las casas particulares; no se concedia reparacion legal por las injurias y golpes, y ni aun la accion de hurto á los que proporcionaban su casa para ellos; podia reclamarse lo perdido ó pagado, no solo por los perdidosos, sino por el fisco á falta de otro reclamante.”

“*El Fuero Juzgo* y las Partidas guardan un absoluto silencio sobre este delito. Unicamente en la ley 6, título 14, Partida 7, se copia la disposicion Romana, denegando al que recibe en su casa á los tahures para jugar en ella toda accion por la injuria ó hurto que contra él cometan los mismos: pues que debia presumir que los tales son *ladrones*. En la ley 10, título 16 de la misma Partida, se habla de los jugadores, pero tan solo de los que engañan con dados falsos ó en otra manera semejante: por manera, que de esta misma ley se infiere, que ningun juego, ni aun el de dados, estaba entonces prohibido.”

“Estraño parece este silencio respecto de los juegos y jugadores, adoptándose al mismo tiempo la parte mas severa de la legislacion Romana contra los dueños de las casas que admitian á los tahures, y calificando á estos de ladrones: se vé, pues, que nuestras leyes no prohibian ningun género de juego, y solo castigaban el dolo ó engaño cometido en el mismo.”

“Semejante silencio puede tal vez explicarse por nuestro origen germánico tan fresco al formarse el *Fuero Juzgo*, y que se hacia aun sentir al redactarse las Partidas.”

“Los Germanos, segun *Tácito*, número 24 de *morib. Germ.*, estaban como hechizados con el juego: “ellos se entregan, dice aquel autor, al azar de los dados como á una ocupacion seria, aun cuando no se hallen toca-

dos del vino; y lo hacen con tal furor por la ganancia ó pérdida que si llegan á perder, ponen al juego su libertad y su propia persona. El perdidoso se entrega á una esclavitud voluntaria, y aun siendo mas jóven y fuerte que el ganancioso, se deja atar y vender; y la fidelidad á tan infame pacto es calificada por ellos de punto de honor: "ea est in re prava pervicacia: ipsi fidem vocant."

"Todo juego, segun los escritores de derecho natural, es ilícito como una donacion reciproca hecha bajo cierta condiccion; y haciendo abstraccion de las leyes civiles, cualquiera puede disponer de la propiedad como mejor le plazca."

"El juego, como simple distraccion y recreo, nada tiene de ilícito ni odioso: pero esto no se verifica en los de azar que ni ejercitan el espíritu ni el cuerpo, ni son propios para el esparcimiento: su móvil y objeto no es otro que una codicia desordenada y funesta: en los primeros debe limitarse el legislador á evitar el abuso y excesos, habida consideracion á la cantidad y á las personas: los segundos, de un origen siempre reprehensible y de consecuencias desastrosas, deben ser proscritos enteramente."

"En estos juegos no se puede ser feliz sino con el infortunio de otros: todo sentimiento natural se halla ahogado, y todo vínculo social roto entre los jugadores. Cada uno de ellos forma el voto inhumano é impío de prosperar á expensas de los otros, y se ve reducido á maldecir la buena suerte de ellos y á no complacerse sino en su ruina."

"Hé aquí la pintura que hace del juego un arador y filosofo: "El juego, este ministro ciego y furioso del azar que coloca entre dos hombres sobre un monton de oro la mas espantosa alternativa, la felicidad ó la desdicha, la fortuna ó la miseria, el delirio de la alegría ó la desesperacion; que devora la sustancia de las esposas y de los hijos; que seca todos los manantiales de la ternura, del amor, de la amistad, de la gratitud y de la probidad; que engendra, alimenta, exalta y justifica todas las pasiones, todos los

vicios, todos los excesos, y que no tiene para reemplazar todo lo que traga sino venenos y puñales: este monstruo antisocial, por mas que afecte la figura y continente de un contrato, no merece ser protegido ni aun tolerado por las leyes."

"Todos salimos con el corazon destrozado despues de ver sobre la escena los Treinta años de un jugador; y las leyes serán ménos puras y morales que el teatro?"

"Respeto el silencio del Código penal de 1822 sobre este punto, que tal vez provino de creerse que correspondia á un nuevo Código ó reglamento de policia: respeto igualmente la opinion de los que dicen que esta es una de las acciones que no deben castigarse: ¿no me será permitido abundar en la mia?"

"Se dirá que el juego es uno de los inconvenientes inseparables de las grandes sociedades, uno de los males incurables contra los que no hay sino paliativos, que en algunos paises se dan en arriendo por el gobierno las casas públicas de juego, y que de esto mismo se encuentran pruebas ó vestigios en las leyes 2, 3 y 5 del dicho título 33; sea enhorabuena; pero en Francia han sido suprimidas y lo fueron ántes entre nosotros por inmorales y perniciosas: y porque no pueda estirparse de raiz un mal, ¿debe el legislador descuidar los medios de atenuarlo? "No debemos sobre esto acusar nuestras leyes, dice un jurisconsulto ingles, sino la negligencia de los magistrados en ejecutarlas."

Quando yo escribia esto no se habia publicado el Código penal: en su artículo 260 solo se castiga á los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite ó azar: en el 261 á los que en el juego usaren de medios frudulentos para asegurar la suerte, y el número 2 del 482 al que tomase parte en juegos de envite ó azar en casas destinadas á este objeto: la difunta Dieta ó Asamblea nacional de Francfort, prohibió en toda Alemania las casas públicas de juego despues de publicado nuestro Código penal.

ARTICULO 1700.

La ley no concede accion para reclamar lo que se ha ganado en un juego de suerte, envite ó azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, excepto en caso de fraude (1).

1 La ley no concede accion alguna para reclamar una deuda contraida en juego prohibido. —Se considerarán prohibidos para los efectos del artículo que precede, todos los juegos en que la ganancia ó la pérdida dependan exclusivamente de la suerte, sin intervencion del ingenio ó de medios lícitos conocidos de ambas partes. —El que ha perdido en un juego, no puede repetir lo que ha pagado voluntariamente, á no ser: —1º En caso de dolo ó de fraude de la otra parte; ó en cualquiera otro caso en que el contrato no debiera producir efecto segun las reglas generales; —2º Cuando la cantidad ó cosa que se pagó, se hubiere perdido en juego prohibido. —Si una persona juega y pierde dinero ajeno, ignorándolo el dueño, puede este demandar la suma perdida. —Arts. 2900, 2901, 2904 y 2905, tít 16, cap. 3, lib. 3, cód. civ. vigente.

La comision, al tratar del juego y de la apuesta, dice: que si hubiera considerado esta materia por las solas reglas de la moral y de la conveniencia pública, la habria omitido ó sujetado por lo ménos á severas prohibiciones; pero considerando que el juego existe de un modo inevitable, y que en muchos casos se disfraza con el pretexto de diversion honesta, se propuso reglamentarlo en los artículos 2900 á 2910, combinando, en cuanto fuese posible, el uso de una libertad bien entendida con los principios de equidad.

El artículo 2900 dice: que en este se niega la accion para reclamar una deuda contraida en juego prohibido; puesto que repugnaria que la autoridad de los tribunales sirviese para asegurar los efectos de un hecho ilícito.

Respecto del artículo 2901 dice: que no siendo posible hacer una enumeracion exacta de todos los juegos prohibidos y distinguirlos de los ilícitos, siguiendo el ejemplo de los códigos modernos, creyó conveniente adoptar la base contenida en este artículo; y como aun en los juegos permitidos puede haber excesos en las apuestas le pareció limitar estas á la cantidad de cien pesos, segun está prescrito en la fraccion 9ª del artículo 5º del bando sobre juegos prohibidos, de 17 de Endro de 1861.

En cuanto al artículo 2904 dice: que como en el juego de buena fé es igual el peligro para los interesados, es evidente que al pagar el que pierde, no hace otra cosa mas que cumplir con una obligacion de derecho natural; la cual segun las doctrinas admitidas generalmente en derecho, basta para que se niegue la repetición de lo pagado; y por lo mismo así lo previno en este artículo; exceptuando el caso de dolo y el en que la cosa que se pagó, se hubiere perdido en juego prohibido. —N. de los EE.

El juego y la apuesta son los dos contratos ménos favorables entre los aleatorios.

El artículo 1965 Frances niega tambien la accion, y aunque habla en general del juego no debe entenderse sino de aquellos cuyo único elemento es el azar; discurso 86, en que Mr. Portalis explica tambien la diferencia entre el juego y los demas contratos aleatorios; el 1966 exceptúa los juegos que se dirijen á la destreza y ejercicio del cuerpo, concediendo sin embargo á los tribunales desechar la demanda cuando les parezca excesiva la cantidad; el 1967 niega accion para repetir lo pagado voluntariamente, salvo el caso de haberse ganado con fraude.

El Código Napolitano ha copiado los tres artículos Franceses en los suyos 1837, 1838 y 1839, y tambien el Sardo en los 1999, 2000 y 2001, añadiendo ambos á la excepcion de fraude la de menor edad, pero simplemente y sin la modificacion de nuestro artículo.

Los artículos 1825, 1826 y 1828 del Código Holandes son literales de los tres Franceses; y en el 1827 se dice que no pueden eludirse por novacion las disposiciones anteriores.

Los 1449 y 1450 de Vaud copian los 1965 y 1967 Franceses, omitiendo la excepcion del 1966.

El Código Bávaro, capítulo 12, libro 4, prohibe los juegos de suerte; niega accion para repetir lo ganado, la concede para reclamar lo pagado, y declara nulas todas las obligaciones simuladas que procedan de pérdidas de juego.

Permite los juegos de destreza y les da accion civil, salvo si la pérdida fuere excesiva.

El Código Austriaco en sus artículos 1271, 1272 y 1273 comprende en las mismas disposiciones las apuestas hechas de buena fé, y los juegos, bien sean autorizados ó de suerte; no hay accion para repetir lo ganado, ni para reclamar lo perdido.

Lo mismo dispone de los juegos el Código Prusiano en sus artículos 577 y 578, parte 1, título 9.