

Derecho

D. 11.5 (*De aleatoribus*) y C. 3.43 (*De aleae lusu et aleatoribus*): Precedentes romanos del contrato de juego¹

*Quid enim sors est? idem prope modum
quod micare, quod talos iacere, quod tes-
seras, quibus in rebus temeritas et casus,
non ratio nec consilium valet*².

(Cic., de div. 2,85).

Elena QUINTANA ORIVE
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: El artículo aborda el estudio del régimen jurídico de los juegos de azar en Roma desde la República hasta la época del emperador Justiniano, así como la influencia que el Derecho Romano ha ejercido en esta materia en el Derecho Histórico español y en los códigos civiles contemporáneos.

Abstract: The article broaches the study of the juridical rules concerning the games of hazard in Rome from the Republic until the time of the emperor Justinian, as well as the influence that Roman Law has exerted in this subject on the Spanish Historic Law and on the contemporary civil codes.

Palabras claves: Alea, aleator, leges aleariae, denegatio actionis, juegos de azar.

Keywords: Alea, aleator, leges aleariae, denegatio actionis, games of hazard.

Sumario:

I. Introducción.

II. El régimen jurídico de los juegos de azar en época republicana: las *leges aleariae*.

1. Este artículo desarrolla la comunicación presentada en la *62e session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité* (SIHDA), celebrada en Friburgo (Suiza) en septiembre de 2008, con el tema general del Congreso: «Le contrat dans tous ses états».

2. ¿Qué es la suerte? Algo similar al juego de la morra, de las tabas o de los dados, en que únicamente la ventura o la casualidad es lo que cuenta, no la reflexión ni el raciocinio.

- III. El *edictum de aleatoribus* y el *senatusconsultum adversus aleae lusu*.
- IV. El régimen jurídico de los juegos de azar en época de Justiniano: C. 3.43.
- V. La recepción del Derecho Romano en materia de juegos de azar en el Derecho común y en las legislaciones civiles contemporáneas.

I. INTRODUCCIÓN

El juego de azar (*alea*)³ estuvo en Roma prohibido y moralmente desacreditado desde época antigua salvo durante las fiestas Saturnales que se celebraban en el mes de diciembre⁴, pero pese a dicha prohibición y al desprecio social que suscitaban los juegos de azar⁵, especialmente los dados, gozaron

3. La palabra *alea* designa, en general, todos los juegos de azar y en particular el juego de dados.

4. MARCIAL, *ep.*, 5.84: «*aedilem rogat udus aleator/ Saturnalia transiere tota ...*»; MARCIAL, *ep.*, 11.6: «*unctis falciferi senis diebus, regnator quibus imperat fritillus ...*»; MARCIAL, *ep.*, 4.14.7-9: «*dum blanda uagus alea December incertis sonat hinc et hinc fritillis et iudit tropa nequiore talo*»; Suet., *Oct.*, 71: «*Aleae rumorem nullo modo expavit lusitque simpliciter et palam oblectamenti causa etiam senex ac praeterquam decembri mense aliis quoque festis et profestis diebus*».

5. Sabemos que los juegos de azar que tuvieron mayor difusión entre los romanos y en los que se apostaban mayores cantidades de dinero fueron el juego de los dados (*tesserae*) y el de las tabas (*tali*), así como también el de cara o cruz (*capita aut navia*) que se jugaba con un *as*, o el *par et impar* que consistía en una serie de apuestas sobre el número par o impar de los huesecillos, piedrecitas o nueces que el jugador escondía en su mano cerrada. Por otro lado, también gozaban de popularidad ciertos juegos de mesa como eran el *ludus latruncolorum* (juego de los soldados) parecido al actual juego del ajedrez y el *ludus duodecim scriptorum* (juego de las doce líneas) similar al *backgammon*. Las dos caras del mismo tablero (*tabula*) servían respectivamente para cada uno de los dos juegos (Marc., XIV, 17: «*Tabula lusoria. Hac mihi bis seno numeratur tessera puncto; calculus hac gemino discolor hoste perit*»). Sabemos que el jurista P. Mucio Escévola (cónsul 133 aC) practicaba con destreza el juego de las doce líneas (Quint., XI, 2,38: «*Scaevola in lusu duodecim scriptorum, cum prior calculum promovisset, essetque victus, dum rus tendit, repetito totius certamines ordine ...*»; Cic., *De or.*, I, 50,217; Val. Max., VIII, 8,2). El *ludus latruncolorum* era un juego de reflexión y cálculo que estaba muy difundido entre la población (Macrob., *Sat.*, I, 5,11) y los mejores jugadores gozaban de un notable reconocimiento social como es el caso de un tal Cayo Afranio, *curator civium romanorum* de la ciudad de Auch, en cuyo epitafio se testimonia que era jugador de *latrunculi* (CIL XIII, 444). Sen. *epist.*, 106, 11 y 117,30. SCHÖNHARDT, C., *Alea. Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht*, Stuttgart 1885; TILLEY, A., «*Ludus Latruncolorum*», en *The classical review*, vol. 6, n. 8 (Cambridge 1892) 335-336; MARQUARDT, J., *La vie privée des romains*, vol. II, trad. V. Henry, Paris 1893, pp. 521 y ss.; CARCOPINO, J., *La vie quotidienne a Rome à l'apogée de l'empire*, Paris 1939, pp. 290 y ss.; VÄTERLEIN, J., *Roma ludens. Kinder und Erwachsene beim Spiel im antiken Rom*, Amsterdam 1976; PURCELL, N., «*Literate games: Roman urban society and the game of alea*», en *Past and Present* 147 (Oxford 1995) 3-37; GUILLÉN, J., *VRBS ROMA. Vida y costumbres de los romanos*. II. *La vida pública*, Salamanca 1995, pp. 286 y ss.; FITTÀ, M., *Giochi e gio*

siempre de una amplia difusión entre la población romana como reflejan Juvenal y Marcial en sus obras ⁶.

El calificativo de jugador, *aleator*, era considerado socialmente como algo deshonesto ⁷ y la pasión por el juego se contemplaba como un defecto del carácter de una persona ⁸. Así, por ejemplo, vemos que cuando se trataba de un esclavo jugador (*servus aleator*), esta calificación suponía una disminución de su valor de la misma forma que si se tratase de un esclavo embustero, borracho o ladrón ⁹; además, la inclinación al juego aparece en las fuentes como fundamento para la devolución del esclavo mediante el ejercicio de la *actio redhibitoria* por el comprador a tenor de D. 21.1.19.1 ¹⁰. Asimismo nos

cattoli nell'antichità, o. c., pp. 171 ss.; FITTÀ, M., «Scoperto un quinto reperto del ludus latruncularum», en *Ludica: annali di storia e civiltà del gioco*, n. 10, Treviso 2004, p. 196.

6. La inclinación a los juegos de azar alcanzaba a toda la sociedad romana pero sobre todo a los ricos que llegaban a perder verdaderos patrimonios, dejando incluso sin túnica a sus esclavos (Juv., *Sat.*, I, 89-93); de igual forma Tácito, *La Germania*, cap. 24, nos cuenta la pasión que el juego despertaba entre los germanos que llegaban a apostar a los dados no sólo su patrimonio sino también su libertad personal. También sabemos que los emperadores romanos fueron muy aficionados al juego de los dados: Augusto perdió en una noche en el juego 20.000 sestericios (Suet., *Aug.*, 71); Nerón apostaba siempre cantidades elevadísimas, 400.000 sestericios en cada tirada de dados (Suet., *Nero.*, 30,3); Claudio era un fanático de los dados y escribió un libro sobre los juegos de azar (Suet., *Claud.*, 33,2); Calígula (Suet., *Calig.*, 41); Vitelio (Suet., *Vitelio* 4); Domiciano (Suet., *Domic.*, 21). Podemos mencionar también diversas fuentes epigráficas que muestran la difusión que tenían los juegos de azar: así en el cementerio de San Ciriaco en Roma se encontró una inscripción en honor de Lucilio Vitorino, un artesano (*artifex*) especializado en la fabricación de piezas o instrumentos de juego como son los dados y cubiletes (*CIL VI*, 9927), y que un ciudadano de Pompeya ganó en la ciudad de Nuceria la enorme suma de 855 denarios, equivalente a 3422 sestericios (*CIL IV*, 2119: *Vici Nuceriae / in alea + DCCCLV S / fide bona*). FITTÀ, M., *Giochi e giocattoli nell'antichità*, Milano 1997, pp. 110, 115, 319.

7. Cicerón asimila a los jugadores con otras personas de baja condición como eran los comediantes o los alcahuetes (*Phil.* 8.26: «*Cavet mimis, aleatoribus, lenonibus*»), y también con delincuentes tales como los ladrones y los adúlteros (*Catil.* 2,23: «... *in his gregibus omnes aleatores, omnes adulteri, omnes impuri impudicique versantur*»). Véase también: D. 21.1.19.1; D.17.2.59.1; D. 50.16.225. KURYLOWICZ, M., «Die Glücksspiel und das Römische Recht», en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, pp. 275-277; KURYLOWICZ, M., «*Servus aleator*», en *Studi in onore di A. Biscardi*, vol. IV, Milano 1983, p. 532.

8. Quintiliano (*Inst.* 2.4,22) utiliza la expresión “vicio moral” (*vitium moris*): «*vitia moris ... ut in adulterum aleatorem petulantem*»; también en el Digesto aparece la expresión *animi vitium* para referirse a la inclinación al juego de un esclavo: D.21.1.25.6 (Ulp., l. 1 *ad edictum aedilicium curulium*): *Hoc autem, quod deterior factus est servus, non solum ad corpus, sed etiam ad animi vitia referendum est, ut puta si imitatione conservorum apud emptorem talis factus est, aleator forte vel vinarius, vel erro evasit*. KURYLOWICZ, M., «*Servus aleator*», *o. c.*, p. 530.

9. Cic., *de offic.*, 3.91: «*In mancipio vendendo dicendane vitia, non ea quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum*».

10. D. 21.1.19.1 (Ulp., l. 1 *ad edictum aedilicium curulium*): *Plane si dixerit aleatorem non esse, furem non esse, ad statum numquam confugisse, oportet eum id praestare*. El vendedor de un esclavo responderá si hubiere dicho (*si dixerit*) que el esclavo no era jugador y resultó que sí tenía dicho defecto, *vid.* D. 21.1.4.4. KURYLOWICZ, M., «*Servus aleator*», *o. c.*, p. 532.

refiere Paulo en D.47.10.26¹¹, comentando el edicto, que todo aquél que induzca al juego a un esclavo ajeno será castigado como reo del delito de *servi corruptio* («... *et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse*») ¹².

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS JUEGOS DE AZAR EN ÉPOCA REPUBLICANA: LAS LEGES ALEARIAE

La primera intervención represiva en materia de juegos de azar vino de la mano de diversas leyes, las llamadas *leges aleariae*. En distintas fuentes literarias que contienen pasajes de Plauto ¹³, Ovidio ¹⁴, Horacio ¹⁵ o Cicerón ¹⁶, se menciona la existencia de leyes que desde época antigua reprimían los juegos de azar, si bien dichas fuentes no nos dicen cuales eran estas leyes, ni hacen referencia tampoco al contenido de la prohibición o a las sanciones por ellas introducidas. Seguramente las *leges aleariae* prohibían el juego con dinero y también las apuestas correspondientes ¹⁷.

En este sentido Marciano en D. 11.5.3 menciona tres leyes (la *lex Titia*, la *lex Publicia* y la *lex Cornelia*) ¹⁸ que establecían la licitud de las apuestas rea-

11. KURYLOWICZ, M., «Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen “iniuria”», Labeo 33.3, Napoli 1987, pp. 259 y ss.; GUERRERO LEBRÓN, M., *La injuria indirecta en Derecho romano*, Madrid 2005, pp. 136 y ss.

12. La *actio servi corrupti* es una acción penal, pretoria, *in factum* y perpetua que se da contra aquél que persuada a un esclavo ajeno a realizar alguna acción moralmente reprochable. De lo que se trata es de hacer frente a una disminución del valor pecuniario del esclavo pervertido como consecuencia de un daño que es moral y no físico. Véase BLANCH NOUGUÉS, J. M.^a, *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano* (Prólogo de A. Fernández de Buján), Madrid 1997.

13. Plaut., *Mil. glor.*, 2.2.164: *atque adeo, ut ne legi fraudem faciant aleariae, adcuratote, ut sine talis domi agitent convivium.*

14. Ovid., *Trist.*, 2.471: *sunt aliis scriptae quibus alea luditur artes; haec est ad nostros non leve crimen avos.*

15. Horac., *Od.*, 3.24.58: *seu male vetita legibus alea.*

16. Cic., *Phil.*, 2.23.56: *Licinium Denticulam de alea condemnatum conlusorem suum, restituit; quasi vero ludere cum condemnato non liceret, sed ut, quod in alea perdiderat beneficio legis dissolveret. (...) Hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege, quae est de alea, condemnatum qui in integrum restituit, is non apertissime studium suum ipse profitetur?*

Cicerón reprocha a Marco Antonio el haber liberado a un tal Licinio Denticula *de alea condemnatus* del castigo impuesto por una ley contra el juego de azar, para poder seguir jugando con él.

17. La doctrina sostiene que se trataba de *leges minus quam perfectae*, las cuales no sancionaban con la nulidad el “negocio de juego” prohibido sino que castigarían con multas la violación de la ley. IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, pp. 501-502 [=Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino, 5, Napoli 1984, pp. 2331-2346]; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ... , o.c.», p. 522.

18. Desconocemos la fecha de las leyes mencionadas por Marciano en D. 11.5.3 pero teniendo en cuenta que Plauto refiere la existencia de una *lex alearia* en su obra *Miles gloriosus* (2, 2, v. 164-167: «*Atque adeo, ut ne legi fraudem faciant aleariae, Adcuratote ut sine talis*

lizadas en caso de juegos *virtutis causa*, es decir, los ligados a competiciones deportivas y que dependen del valor y de la habilidad de cada uno, y declaraban la ilicitud de las formalizadas con ocasión de otros juegos: «*in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsonem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet*».

Respecto al procedimiento utilizado en época republicana para la represión de los juegos de azar, podemos suponer, atendiendo a algunos fragmentos de la obra *El Persa* de Plauto (escrita hacia el año 196 aC)¹⁹ y a un pasaje del Pseudo-Asconio²⁰, que el mismo podía tener lugar de dos formas: o bien mediante la intervención de oficio de los ediles que, entre otras funciones, estaban encargados de la vigilancia y represión de los juegos de azar, los cuales impondrían una multa a los jugadores²¹; o bien existía la posibilidad de

domi agitent conuiuuium»), la cual fue escrita en torno al 205 aC, ello ha llevado a la doctrina a considerar que la primera ley de *alea* estuviese ya en vigor a finales del siglo III aC; así, ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, p. 261, la sitúa «ante 204?». Señalamos que dicha *lex* estaría en consonancia también con las primeras leyes suntuarias como la *lex Oppia sumptuaria* del 215 aC –que reprimía el excesivo adorno en las mujeres– y la *lex Orchia de coenis*, del 181 aC –que limitaba el lujo en los banquetes (Macrobio, *Sat.*, 3.16)–. Por lo que hace a la *lex Cornelia de aleatoribus* se duda si fue propuesta como tal por Sila o si se trataba de un capítulo de la *lex Cornelia sumptuaria* (a. 81 aC?), encaminada a limitar el lujo en los banquetes y funerales. ROTONDI, G., *Leges publicae ... o.c.*, pp. 363, 479-480; SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, pp. 189 y ss.; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco d'azzardo: dati e problema», en *Studi per L. De Sarlo* (Milano 1989) pp. 522 y 547; BALTRUSCH, E., *Regimen morum. Die reglementierung des privatlebens der senatoren und ritter in der römischen republik und frühen kaiserzeit*, München 1988, p. 103; RUSSO RUGGERI, C., «Leggi sociale e quadruplatores nella Roma postannibalica», en *Labeo* 47.3, Napoli 2001, p. 361; DÍAZ GÓMEZ, M. J., «El origen histórico del contrato de juego», en *Derecho y conocimiento* 2 (Huelva 2002) 285; RIVIÈRE, Y., «Les quadruplatores: la répression du jeu, de l'usure et de quelques autres délits sous la République romaine», en *Mélanges École Française de Rome* (MEFRA) 109.2, Roma 1997, p. 616; KURYLOWICZ, M., «Leges aleariae und leges sumptuariae im antikem rom», en *Studia E. Pólay*, Szeged 1985, pp. 271-279.

19. Plaut., *Persa*, 1.2.11 ss.=62-74: *Neque quadrupulari me volo ... nam rei publicae causa quicumque id facit magis quam sui quaesti ... si legirupam qui damnet, det in publicum dimidium; atque etiam in ea lege adscribier: ubi quadrupulator quempiam iniexit manum tantidem ille illi rursus inicit manum, ut aequa parti prodeant ad tris viros: si id fiat, ne isti faxim nusquam appareant, qui hic albo rete aliena oppugnant bona*. Véase PAOLI, E., «Nota giuridica su Plauto (Plaut., *Persa* vv. 67-71)», en *Iura* 4 (Napoli 1953) 174-181.

20. Ps. Ascon., in div. 7.24: *Quadruplatores delatores erant criminum publicorum, in qua re quartam partem de proscriptorum bonis quos detulerant, consequebantur. Alii dicunt quadruplatores esse reorum accusatores qui convicti quadrupli damnari soleant, aut aleae aut pecuniae gravioribus usuris foeneratae quam pro aut alius modi aliorum criminum*.

21. MARCIAL, *ep.*, 5. 84: «*et blando male proditus fritillo arcana modo raptus e popina aedilem rogat udus aleator*»; MARCIAL, *ep.*, 14.1.3: «*nec timet aedilem moto spectare fritillo*».

Los ediles mantienen su competencia en este ámbito hasta época imperial; posteriormente dicha función se atribuye en Roma al *praefectus urbi* como responsable del mantenimiento del orden público. POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ... o.c.», p. 522, n. 7; RIVIÈRE, Y., «Les quadruplatores: la répression du jeu, de l'usure et de quelques autres délits ... o.c.», p. 617;

que cualquier ciudadano ejercitase la *actio de aleatoribus* que sería una acción penal privada introducida por una *lex alearia* ²², en virtud de la cual tenía lugar una *manus iniectio pura*, inmediatamente ejecutiva y no *pro iudicato* ²³, contra quien hubiese percibido dinero como consecuencia de haber ganado en un juego prohibido, el cual sería castigado posiblemente al pago del cuádruplo de la suma ilegítimamente percibida que se entregaría al acusador como *praemium*, por lo que los individuos que solían realizar dichas acusaciones eran llamados *quadruplicatores* y no gozaban de ningún prestigio social ²⁴. La competencia para conocer estas denuncias formuladas en principio por cualquier ciudadano correspondería posiblemente a los *tresviri capita-*

FITTÀ, M., *Giochi e giuocattoli nell' antichità*, o.c., p. 108, n. 13; KLEBERG, T., *Hôtels, restaurants et cabarets dans l' Antiquité*, Uppsala 1957, pp. 15-16; CHASTAGNOL, A., *La préfecture urbaine a Rome sous le Bas-Empire*, Paris 1960, p. 265.

22. FRANCISCI, P. de, *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, p. 30; MARTINO, F. de, «I quadruplicatores ..., o.c.», p. 483; RUSSO RUGGERI, C., «Leggi sociali ..., o.c.», p. 377; BLANCH NOUGUÉS, J. M.^a, *La intrasmissibilidad ..., o.c.», p. 229.*

23. RUSSO RUGGERI, C., «Leggi sociali ..., o.c.», p. 378; MURGA, J. L., *Derecho romano clásico II. El proceso*, Zaragoza 1983, p. 148, nos dice que: «Concretamente una *lex Vallia* que, aunque de fecha no muy segura, parece ser sin embargo relativamente tardía, extendió a cualquier ejercicio de la manus iniectio lo que hasta ese momento era propio tan sólo de aquellas manus iniecciones que Gayo (Gai. 4.23) llama puras, es decir, no judiciales, id est non pro iudicato, admitidas más tarde por leyes especiales ...». LEVY-BRUHL, H., *Recherches sur les actions de la Loi*, Paris 1960, p. 309, considera que la *lex Vallia* podría ser de principios del siglo II aC. Una *actio in quadruplum* con legitimación general similar a la introducida en la *lex alearia* estaría también prevista en diversas leyes de época republicana como son la *lex Marcia de usuris* —que castigaba con la pena del cuádruplo a quien hubiese prestado un interés superior al *unciarium foenus*, y que introdujo para este supuesto una *manus iniectio pura* (Gai., 4.23)—; la *lex Furia testamentaria* que acordaba la *manus iniectio quadrupli* contra «*qui plus (sc. quam mille assium) ceperit*» (Gai., 4.23)—; y la *lex Laetoria* —que estableció la prohibición de *stipulari dolo malo* con un menor de veinticinco años— y que, atendiendo a SALVO, S. di (*Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II aC.*, Napoli 1979, p. 304): «*l' ipotesi piú probabile è che l' a.l.l. sia stata una manus iniectio pura*». Véase también SERRAO, F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, pp. 189 y ss.; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ..., o.c.», p. 528, n. 22; RIVIÈRE, Y., «Les quadruplicatores: la répression du jeu ..., o.c.», p. 617; SALAZAR, M., «La represión penal de la usura en la República romana y su evolución», en *Rev. estud. hist.-juríd.* 26 (Valparaíso 2004) 85 y ss.

24. MARTINO, F. de, «I quadruplicatores nel Persa di Plauto», en *Labeo* 1 (Napoli 1955) 33-39; GARCÍA CAMIÑAS, J., «Sobre los “quadruplicatores”», en *SDHI* 50 (Roma 1984) 462 y ss.; RIVIÈRE, Y., «Les quadruplicatores: la répression du jeu..., o.c.», pp. 577 y ss.; RUSSO RUGGERI, C., «Leggi sociali e “quadruplicatores” ..., o.c.», p. 351.

Los *quadruplicatores* eran aquellas personas que ejercitaban una acción para la que estaba prevista la pena del *quadruplum* (Festo, s.v., *quadruplicatores* [Lindsay, 309]: *quadruplicatores dicebatur, qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio*). Véase también las definiciones dadas en Ps. Asconio *ad Cic. in Verr.* 2.7.21 (Stangl., 261) y Ps. Asconio *ad Cic. in div.* 7.24 (Stangl., 194). El descrédito social de estos personajes se refleja también en *el Persa* de Plauto (1,2,10-13) el cual propone dos medidas para limitar la actividad de los *quadruplicatores*: por un lado que la mitad de la pena pecuniaria impuesta al condenado fuese entregada al Erario Público, y por otro lado que se aplicase al acusador «la retorsión de la pena» cuando no pruebe el crimen que afirma, es decir, se le aplicará la misma pena que solicitó para el reo absuelto (GARCÍA CAMIÑAS, J., o.c., p. 473).

les, magistrados menores encargados de la tutela del orden público y con competencias jurisdiccionales sobre todo desde la segunda mitad del siglo III aC hasta mediados del siglo I aC²⁵.

III. EL EDICTUM DE ALEATORIBUS Y EL SENATUSCONSULTUM ADVERSUS ALEAE LUSU

El pretor intervino también en materia de juego mediante el edicto *de aleatoribus*, el cual, como señaló Lenel²⁶, seguramente nos ha llegado incompleto²⁷ en el fragmento de Ulpiano recogido en D. 11.5.1 pr.: «*Praetor ait: "Si quis eum, apud quem alea lusum esse dicitur, verberaberit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo eius subtractum est, iudicium non dabo, in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam"*».

En dicho edicto se priva en primer término a los *susceptores*, es decir, a los propietarios de las casas de juego de la tutela procesal, denegándoseles acción («*Iudicium non dabo*», dice el pretor) frente a quienes les hubiesen causado lesiones físicas o daños a sus bienes durante el juego. El edicto es comentado por Ulpiano en D. 11.5.1.2²⁸, que considera que la acción se denegará por los daños o lesiones sufridas por causa del juego en cualquier tiempo y lugar, así como por los robos que se hubiesen cometido en su casa (*in domo*)²⁹ durante el juego aunque fuesen realizados por terceros no jugadores (*licet lusor non fuerit*). En este último caso, Ulpiano se pregunta en D. 11.5.1.3³⁰ si, en virtud

25. POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco...», *o.c.*, p. 524; RUSSO RUGGERI, C., «Leggi sociale e *quadruplatores* ...», *o.c.*, pp. 378, 381. Autores como F. Cancelli («A proposito dei *tresviri capitales*», en *Studi in onore di P. De Francisci*, vol. III, Milano 1956, pp. 17 y ss.) y F. la Rosa («Note sui *tresviri capitales*», en *Labeo* 3 (Napoli 1957) 233 y ss.) consideran que estos magistrados eran competentes para juzgar las acusaciones promovidas por los *quadruplatores* sin necesidad de mandato (*iussum iudicandi*) del pretor; sin embargo, véase también: ALBANESE, B., «Reflessioni in tema di legis actiones», en *Studi in onore di E. Volterra* 2 (Milano 1971) 178 y ss.; CASCIONE, C., *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999, pp. 176 y ss., 185 y ss.

26. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*³, tit. xv. § 65, Leipzig 1927, pp. 175-176.

27. «*Das Edikt de aleatorius ist zweifellos unvollständig erhalten*» (LENEL, O., EP³, *o.c.*, p. 176).

28. D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Item notandum, quod susceptorem verberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non vindicat; verum furtum factum domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit. Domum autem pro habitatione et domicilio non accipere debere certum est.*

29. Siguiendo a IMPALLOMENE, «In tema di gioco», *o.c.*, p. 503, n. 19, por *domus* debe entenderse no sólo la casa donde se ha desarrollado el juego sino también la habitación y el domicilio del *susceptor* (D. 11.5.1.2 *in fine*: *Domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est*); igualmente LICANDRO, O., *Domicilium Habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, pp. 164 y ss., 196.

30. D. 11.5.1.3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus utrum ad poenalem actionem solam pertineat, an et si ad exhibendum velit agere vel vindicare vel condicere. Et est relatum apud Pomponium solummodo poenalem actionem denegatam,*

de la mencionada cláusula edictal, se negaba al propietario de la casa de juegos solamente la *actio furti*, tal y como opinaba Pomponio («*solummodo poenalem actionem denegatam*»), pudiendo entonces el empresario ejercitar la *actio ad exhibendum*, la *rei vindicatio*, y la *condictio ex causa furtiva*. Esta opinión no es compartida por Ulpiano que niega al propietario de la casa de juegos todas las acciones utilizables y no sólo la acción penal como sostenía Pomponio.

Vemos también que los autores de todos estos delitos cometidos contra los *susceptores* quedaban impunes («... *impune fit*»), lo cual se justificaba por la ínfima consideración social que tenían estos últimos, generalmente propietarios de posadas (*cauponae*) o tabernas (*popinae*) que escondían en sus trastiendas casas de juego clandestinas ³¹.

Asimismo era frecuente que los jugadores fuesen ellos mismos víctimas de delitos, especialmente de robos acompañados de violencia, concediéndose en estos casos, a tenor de lo dispuesto en D. 11.5.1.1 ³², la *actio vi bonorum raptorum*. Así, los delitos cometidos entre jugadores sí serían perseguibles ya que la *denegatio actionis*, a la que hemos aludido anteriormente, se refería sólo a los *susceptores*, y ello a pesar de que Ulpiano nos dice al final del fragmento que también los jugadores eran considerados indignos («... *quamvis et hi indigni videantur*»).

De igual forma, se recoge en el edicto la *animadversio* del pretor contra quien obligue con violencia moral o material a otros a iniciar o continuar el

quod non puto verum: praetor enim simpliciter ait: si quid subtractum erit, iudicium non dabo. IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco, *o.c.*, p. 503; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ..., *o.c.*, p. 534, opina que: «*Probabilmente dunque l'interpretazione più corretta secondo il tenore testuale dell'editto era quella di Pomponio, il disaccordo tra i due giuristi era dovuto, forse, al fatto che Pomponio riteneva già sufficientemente colpito il susceptore, mentre Ulpiano non appariva di questo avviso*».

31. Las tabernas eran consideradas lugares deshonestos (D. 4.8.21.11: ... *si in aliquem locum inhonestum adesse iusserit, puta in popinam vel lupanarium* ...). Es frecuente que en las fuentes literarias se vincule el juego con la bebida (Cic., *Cat.*, 2.10: «*Quodsi in vino et alea commisationes solum et scorta quaerent*»; Cic., *Phil.*, 13.24: «*in lustris, popinis, alea, vino tempus aetatis omne consumpsisses*»; Plin., *Hist. nat.*, 14. 140; Hor., *Carm.*, 3.24.58 ...), teniendo en cuenta además que a diferencia de los lupanares que debían quedar cerrados hasta la hora nona, las *cauponae* y las *popinae* se mantenían abiertas desde la mañana a la noche, lo cual permitía que los jugadores pudiesen acudir a estos lugares a cualquier hora del día. KLEBERG, T., *Hôtels, restaurants et ...*, *o.c.*, p. 96; KURYLOWICZ, M., «Die Glücksspiel und das Römische Recht ..., *o.c.*, pp. 274-275; CARCOPINO, J., *La vie quotidienne a Rome à l'apogée de l'empire*, Paris 1939, p. 292.

32. D. 11.5.1.1 (Ulp., 23 *ad ed.*): *Si rapinas fecerint inter collusores, vi bonorum raptorum non denegabitur actio: susceptorem enim dumtaxat prohibuit vindicari, non et collusores, quamvis et hi indigni videantur.* POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ..., *o.c.*, p. 532. Precisamente, en Pompeya apareció una inscripción epigráfica en la que se hace referencia a una riña en una taberna en la que dos jugadores discuten el resultado de una partida de dados (C.I.L., IV 3494). TODD, F. A., «Three pompeian wall-inscriptions, and Petronius», en *The classical review*, vol. 53, n. 1 (Cambridge 1939) 5-9.

juego de azar: «castigaré (*animadvertam*)...», dice el pretor ³³. El castigo del pretor tal como recoge Ulpiano en D. 11.5.1.4 ³⁴ podría consistir en una multa, o en penas privativas de libertad como la condena a trabajos forzados en las canteras o bien la cárcel pública ³⁵.

Además, Impallomeni ³⁶, siguiendo a Lenel, considera probable que el edicto *de aleatoribus* tuviese también un apéndice en el cual estaría prevista la *denegatio actionis* al vencedor en el juego frente al perdedor para reclamar el dinero ganado, con la finalidad de disuadir la práctica de los juegos de azar. De igual forma, según Lenel ³⁷, el edicto negaba también acción por todo *negotium in alea gestum*, es decir, por todo negocio concluido con ocasión del juego de azar, si bien el demandado podía, llegado el caso, disponer de una *exceptio* si finalmente el pretor concedía una acción al demandante ³⁸, como resulta de D. 44.5.2.1 ³⁹ y de D. 22.3.19.4 ⁴⁰. Concretamente en el primero de los fragmentos citados Paulo nos refiere que si un jugador vendiera una cosa perteneciente a otra persona para poder seguir jugando, si posteriormente la cosa vendida es reclamada por el verdadero propietario, podrá el vendedor rechazar la pretensión del comprador, por medio de la *exceptio negotii in alea gesta*, cuando este último intente la acción por evicción ⁴¹. Por lo tanto vemos

33. D. 11.5.1 pr. (Ulp., 23 *ad ed.*): ... *in eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, anivadertam*; D. 11.5.2 pr. (Paul., 19 *ad ed.*): *Solent enim quidam et cogere ad lusum vel ab initio vel victi dum retinent ...*; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco...», *o.c.*, p. 531, e IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 503, n. 20, opinan que nos encontramos en este caso en presencia de una actividad punitiva de oficio por parte del pretor.

34. D. 11.5.1.4 (Ulp., 23 *ad ed.*): ... *Haec clausula pertinet ad animadversionem eius qui compulit ludere, ut aut multa multetur aut in lautumias vel in vincula publica ducatur*.

35. LOVATO, A., *Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, p. 117; BALZARINI M., «Pene detentive e cognitio extra ordinem criminale», en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 6 (Napoli 1984) 2879-2880.

36. LENEL O., EP?, *o.c.*, p. 176. IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 503; ZOZ, M. G., «La disciplina giuridica del gioco e della scommessa: varianti e punti in comune nelle varie legislazioni», en *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino 2007, p. 65.

37. LENEL O., EP?, *o.c.*, p. 176.

38. IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 512: «... *doveva accadere per l'exceptio negotii in alea gesti quando il magistrato non provvedeva direttamente con la denegatio actionis*».

39. D.44.5.2.1 (Paul., 71 *ad ed.*): *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor*. Este fragmento se encuentra situado en la rúbrica de D. 4.5: *quarum rerum actio non datur*. METRO, A., *La denegatio actionis*, Milano 1972, pp. 82 y ss.; IMPALLOMENI, G., «La “denegatio actionis” e l’ “exceptio” in diritto romano in relazione con l’eccezione rilevabile e non rilevabile d’ ufficio in diritto moderno», en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, pp. 635-636, 638-639 [= *Studi in memoria di Augusto Cerino Canova*, 1 (Bologna 1992) 149-160].

40. D.22.3.19.4 (Ulp., 6 *disputationum*): *Hoc amplius, si iudicatae rei vel iurisiurandi condicio delata dicatur de eo quod nunc petitur, sive in alea gestum esse contendatur, eum implere probationes oportet*.

41. PALERMO, A., *Studi sulla exceptio nel diritto classico*, Milano 1956, pp. 152-153; IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 504; IMPALLOMENI, G., «Il regime del gioco nel “corpus

que se excluye la responsabilidad por evicción en las ventas hechas para poder apostar en el juego con la finalidad de no dar protección jurídica a ninguna de las personas que intervienen de una u otra forma en los juegos de azar. También en materia de sociedades se establece en D. 17.2.59.1⁴² que tratándose de una *societas omnium bonorum* ninguno de los socios puede imputar a la sociedad las pérdidas que haya tenido por causa de juego⁴³, con lo que el vencedor no puede reclamar lo ganado del patrimonio social.

Por otro lado, Paulo, en sus comentarios al edicto del pretor, menciona en D. 11.5.4.1 el caso del esclavo o del hijo de familia que hubiese perdido en el juego; en este supuesto se concedía al dueño o al *pater familias* la acción de repetición para recuperar lo que aquéllos hubiesen perdido y pagado en el juego prohibido: «*Si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio*»⁴⁴. De igual forma, se establece que en caso de que el esclavo (y también se supone que el hijo aunque no se menciona esta hipóte-

iusis” in relazione con alcune codificazioni europee», en *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, p. 646 [=Europa in Aufbruch. Festschrift F. Schwind zum 80. Geburtstag, Wien 1993, pp. 165-172]. Actualmente en Europa sólo algunos códigos como el BGB alemán (§762), el código de las obligaciones suizo (art. 514) o el código griego (art. 844), niegan expresamente acción para reclamar lo debido en los contratos que tienen su causa en deudas, por ejemplo, un préstamo realizado entre los jugadores para jugar o para pagar una deuda de esta naturaleza. Impallomeni («Il regime del gioco ..., o.c., p. 650) considera que dicha normativa «trova il precedente, limitandone peraltro la portata, in D. 44.5.2.1 e D. 22.3.19.4». Véase también BUTTARO, L., *Del gioco e della scommessa*, Bologna-Roma 1959, pp. 182 y ss.; ECHEVARRÍA DE RADA, T., *Los contratos de juego y apuesta*, Barcelona 1996, pp. 225 y ss.

42. D.17.2.59.1 (Pomp., 2 ad Sab.): *Quod in alea aut adulterio perdidit socius, ex medio non est laturus, si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetet*. Véase KURYLOWICZ, M., «Die Glücksspiele ..., p. 281; STURM, F., «Gesellschafterausgaben für Weis uns Würfel», en *IURA* 30 (Napoli 1979) 78-83; NARDI, E., «Monobolo&C. 297», en *Scritti in onore di A. Falzea*, vol. IV, Milano 1991, pp. 297 y ss.

43. SANTUCCI, G., *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Milano 1997, pp. 205-206, señala al respecto que: «“in alea aut adulterio” (tipologia di comportamenti che, verosimilmente, presuppongono sempre un dolo del socio agente), principio a cui si contrappone la necessità che lo stesso socio debba essere risarcito per altri danni a lui recati con dolo dai consoci».

44. G. Impallomeni («In tema di gioco», o.c., p. 505, n. 28) que el derecho de repetición que tienen el *pater* o el *dominus* en este caso, se trataría de una aplicación del principio contenido en D. 15.1.41 (Ulp., 43 ad Sab.): ... *itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet* ... Además, vemos que en D. 47.10.26 (Paul., 19 ad ed.) se recoge que si alguien hubiese incitado a un *servus* o a un *filius familias* a participar en un juego de azar, aunque hubiese sido con el consentimiento de éstos (... *ludibrio habeat licet consentientem*), se considera que el padre o el *dominus* son víctimas indirectas de la injuria (*tamen ego iniuriam videor accipere*) y podrán promover la *actio iniuriarum*, pero siempre que el autor del delito tuviese la intención de injuriar y dañar al padre o al dueño con su comportamiento (... *animum iniuriae faciendae habet*). La llamada injuria indirecta o mediata es una modalidad del delito de injurias que se caracteriza por ser cometida a través de persona distinta de aquella a la que se quiere ofender (D. 47.10.1.3 (Ulp., 56 ad ed.): ... *spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint*). KURYLOWICZ, M., «Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände ..., o. c., pp. 301 y ss.; GUERRERO LEBRÓN, M., *La injuria indirecta* ..., o.c., p. 23, 136 y ss.

sis en el fragmento de Paulo) hubiese ganado y cobrado una cantidad obtenida en un juego ilícito, procedería contra el dueño o el padre en su caso, la *actio de peculio*⁴⁵ que sólo alcanzaría al incremento que el peculio hubiera experimentado como consecuencia de lo obtenido en el juego («*quam id quod ex ea re in peculio sit*»)⁴⁶. Asimismo, respecto de los hijos emancipados y de los libertos que jueguen o apuesten con sus padres o patronos se dispone en D. 11.5.4.2 que, *ex hoc edicto*, se concede a aquéllos una acción útil para reclamar lo que jugaron al azar y perdieron frente a sus padres y patronos: «*Adversus parentes et patronos et repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est*»⁴⁷.

Junto al edicto del pretor vemos también que Paulo menciona en D. 11.5.2.1 un senadoconsulto, seguramente de época anterior a los emperadores Severos, que confirmaba la prohibición de las leyes republicanas de jugar con dinero⁴⁸ salvo que se tratase de apuestas hechas con ocasión de competiciones deportivas que se hagan para probar el valor de los contrincantes⁴⁹: «*Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet*

45. El pretor concedió una serie de acciones por las cuales los acreedores de los hijos de familia o de los esclavos podían reclamar sus créditos a los padres o a los dueños respectivamente. Son las posteriormente llamadas «*actiones adiecticiae qualitatis*», una de ellas era la *actio de peculio*: D. 15.1.1.4 (Ulp., 29 *ad ed.*): «Si se hubiera contratado con un hijo de familia impúber o con un esclavo se dará contra el señor o contra el padre la acción de peculio en este caso, si se hizo más rico el peculio de ellos».

46. Además, IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 506, considera que «si hubiese sido concedida al esclavo la *libera administratio peculii* la repetición de las perdidas en el juego se dirigiría al peculio entero»; sch. 7 a B. 60.8.4.

47. Como sabemos, el Derecho Romano exigió a los hijos y a los libertos que guardasen una particular reverencia respecto de sus padres y patronos; por ello en D. 2.4.4.1 (Ulp., 5 *ad ed.*) se establece que, si quieren iniciar un proceso judicial contra éstos, deben solicitar la preventiva autorización del pretor. Este magistrado les concede en D.11.5.4.1 la acción de repetición en vía útil, pero dentro de unos límites moderados (sch. 9 a B. 60.8.4). Véase al respecto IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 506, n. 34. Podemos añadir que a tenor de diversas fuentes literarias vemos que era frecuente que los padres jugasen a los dados con sus hijos jóvenes, lo cual fue objeto de crítica por autores como Plauto o Juvenal (Plaut., *Asin.*, 904-906; Juv., *Sat.*, 14.1-4; Juv., *Sat.*, 14.31-32).

48. Ahora bien, sucedía que no siempre las apuestas en los juegos de azar eran en dinero sino que los jugadores apostaban también objetos preciosos, terrenos, alhajas, como vemos en una comedia de Plauto (*Cur.*, 354-359).

49. Al parecer, no sólo serían lícitas las apuestas realizadas entre los participantes en los juegos practicados *virtutis causa*, sino también las formalizadas entre los espectadores de los mismos, pese a que tanto las *leges aleariae* como el senadoconsulto no parece que hicieran referencia a este tipo de apuestas que, sin embargo, eran bastante frecuentes y gozaban de una gran popularidad (Tertul., *de spect.* 16: «*Aspice populum ad id spectaculum iam cum furore venientem, iam tumultuosum, iam caecum, iam de sponsonibus concitatum*»; Juv., *Sat.*, 11.199; Marc., 9.1.15). GUALAZZINI, U., *Premesse storiche al diritto sportivo*, Milano 1965, pp. 47 y ss.; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ...», *o.c.*, pp. 538-539; GUILLÉN, J., *VRBS ROMA. Vida y costumbres de los romanos. II, ...*, *o.c.*, p. 299; ECHEVARRÍA DE RADA, T., *Los contratos de juego ...*, *o.c.*, pp. 33-34. Por otro lado, se ha planteado por la doctrina si eran o no admisibles aquellas apuestas que no estuviesen ligadas a una competición deportiva o a un

*hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando*⁵⁰ *quod virtutis causa fiat*>>. La doctrina ha considerado como probable que este senadoconsulto introdujese la novedad, respecto de la reglamentación anterior, de establecer con carácter general el derecho de repetición que tiene el perdedor de los pagos efectuados por deudas de juego⁵¹.

Asimismo, a tenor de D. 11.5.4 pr. (Paul., 19 *ad ed.*)⁵² se admite la licitud (*ludere permittitur*) de los juegos *vescendi causa*⁵³, en los que quedaba

juego, y en las que el cumplimiento de la prestación se hace depender de la verificación de un acontecimiento futuro e incierto, o de la constatación de un hecho respecto del cual existe disparidad de opiniones entre los apostantes. IMPALLOMENI (*o.c.*, pp. 500-501) y POLLERA (*o.c.*, pp. 539-542) han sostenido la validez de este tipo de apuestas y, apoyándose en D. 19.5.17.5, mantienen que nos encontraríamos ante un negocio tutelado por una *actio praescriptis verbis*. Así vemos que en este fragmento de Ulpiano dos personas concluyen una apuesta (*si quis sponsionis causa*) y depositan sus respectivos anillos, objeto de la misma, en manos de un tercero (fiduciario) para que los entregue al vencedor cuando se realice el hecho que ha dado origen a la apuesta, pero llegado el momento el vencedor reclama los anillos al tercero que se niega a entregarlos (*anulos acceperit nec reddit victori*). La opinión de Sabino es que el vencedor dispone en este caso, cumulativamente, de la *actio furti* y de la *condictio furtiva* (*est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat*), mientras que Ulpiano sostiene que el vencedor estaría tutelado por una *actio praescriptis verbis* y que podría reclamar los anillos salvo que la *causa sponsionis* fuese deshonesta en cuyo caso sólo estaría legitimado para pedir la restitución de su anillo (*praescriptis verbis actio in eum competit: nec enim recipienda est Sabini opinio (...) plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anulī dumtaxat repetitio erit*).

50. Este elenco de competiciones deportivas mencionadas por Paulo (lanzamiento de lanza o dardo, carreras, salto, lucha y pugilato) sería probablemente formulado sólo a título de ejemplo. IMPALLOMENI, G., «In tema de gioco», *o.c.*, p. 501, n. 12; ZOZ, M. G., «La disciplina giuridica del gioco ..., *o.c.*, p. 64. Horacio (*Oda* 1,8) nos dice que estos juegos eran practicados por los jóvenes romanos en el Campo de Marte a orillas del Tiber, cuya anchura, según Estrabón (5,236) «es admirable y deja un espacio libre para guiar los carros y efectuar cualquier otro ejercicio con los caballos al grandísimo número de jóvenes que allí juegan a la pelota, y se ejercitan en el disco y en la lucha». GUILLÉN, J., *VRBS ROMA. Vida y costumbres de los romanos*. II. ..., *o.c.*, pp. 291-292.

Es discutible si el *ludus latruncularum* (similar al ajedrez, *vid.* n. 3) podría incluirse entre los juegos *virtutis causa* en tanto en cuanto se trataba de un juego cuyo resultado no dependía del azar sino de la habilidad e inteligencia de los jugadores. No obstante, G. Impallomeni («In tema di gioco», *o.c.*, p. 501, n. 12), opina que: «*comunque non sembra virtutis causa il gioco ai latrunculi* ...».

51. IMPALLOMENI, G., *In tema di gioco*, *o.c.*, p. 504, n. 27; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco ..., *o.c.*, pp. 542-543; ZOZ, M. G., «La disciplina giuridica del gioco ..., *o.c.*, pp. 67, 71.

52. «*Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur*», es decir, se permite que los esclavos se jueguen la comida cuando comen juntos.

53. Las apuestas *vescendi causa* serían, por ejemplo, aquellas que no exceden del precio de una consumición en una taberna. Así, señala G. IMPALLOMENI («Il regime del gioco ..., *o.c.*, p. 649) que: «*Nel gioco vescendi causa, avete cioè per oggetto una modesta cena o un bicchiere di vino all'osteria, resta escluso l'arricchimento del vincitore e insieme un sensibile danno per il perdente* ...». Véase también, IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 507; POLLERA, A., «In tema di repressione del gioco..., *o.c.*, p. 537; ZOZ, M. G., «La disciplina giuridica del gioco ..., *o.c.*, p. 67.

excluida la repetición de lo voluntariamente pagado pero siempre que la apuesta hubiese sido insignificante.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS JUEGOS DE AZAR EN ÉPOCA DE JUSTINIANO: C. 3.43

Justiniano mantiene básicamente el régimen clásico en esta materia, que aparece regulada en dos constituciones contenidas en C. 3.43 (*De aleae lusu et aleatoribus*)⁵⁴: En el fragmento 1 de dicho título el emperador refleja su preocupación por los peligros e inconvenientes que el juego lleva consigo⁵⁵, de tal manera que mantiene la prohibición general de todos los juegos de azar («...ut nulli liceat in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere»), y niega por tanto acción al vencedor en el juego («et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio») salvo que se tratase de juegos efectuados *virtutis causa* (limitados por Justiniano a cinco competiciones deportivas: el salto libre, el salto con pértiga, el lanzamiento de dardo o jabalina, la lucha y las carreras de caballos)⁵⁶, pero siempre que en este caso la apuesta no

54. C. 3.43 («*De aleae lusu et aleatoribus*») fue recompuesto en el siglo XVI a partir de algunos textos como son las Basílicas o el *Nomocanon* de Focio, lo cual hace que difiera tanto en su forma como en su tenor en las distintas ediciones del Código. Véase al respecto, DÍAZ GÓMEZ, M. J., «El origen histórico del contrato de juego», en *Derecho y conocimiento*, vol. 2 (Huelva 2002) 287, n. 14; IMPALLOMENI, G., «In tema di gioco», *o.c.*, p. 507; cfr. KRÜGER, *ad C.* 3.43, n. 1, 14 y 15. Focio fue patriarca de Constantinopla en época de los emperadores Miguel III y Basilio I (858-867 y 878-886) y tradicionalmente se le ha atribuido el llamado *Nomocanon XIV titulorum* que es la recopilación más importante de Derecho Canónico de la Iglesia Bizantina; el texto tal y como se nos ha transmitido fue editado en el año 882-883, durante el segundo patriarcado de Focio, si bien esta obra representa, según algunos autores, una revisión de un texto muy anterior de fecha incierta datado entre los siglos VI y VII. Véase, SIGNES CODOÑER, J., y ANDRÉS SANTOS, F. J., *La introducción al derecho (Eisagoge) del patriarca Focio*, Madrid 2007, pp. 3-47.

55. «El uso del azar es cosa antigua y concedida fuera de los ejercicios de combate pero con el tiempo produjo lágrimas, tomando miles de nombres extraños. Porque algunos que jugaban, y no conocían el juego, sino solamente de nombre, perdieron sus propios bienes jugando de día y de noche ...». Asimismo, San Isidoro de Sevilla (†636) nos refiere que el juego era una fuente de endeudamiento de muchos padres de familia (*Orig.*, 18.68).

56. C.3.43.1.4: ... *monobolon, contomonobolon, quintanum contacem sine fibula, perichyten, hippicen*. Véase GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, trad. ital. Manenti, 11, Milano 1903, pp. 537 y ss.; HARRIS, H. A., *Sport in Greece and Rome*, London 1972. El *contomonobolon* consistía en saltar con la ayuda de una pértiga (*contus*) sobre un animal, por ejemplo un toro, en el momento en que éste embestía. J. A. Jiménez Sánchez («La crisis de las *venationes* clásicas. ¿Desaparición o evolución de un espectáculo tradicional romano?», en *Ludica: annali di storia e civiltà del gioco* 9 [Treviso 2003] 109), señala sobre este juego que: «probablemente aparece citado por Prudencio –Amartigenia, 369-370– en un poema escrito aproximadamente en el año 400. (...). También es mencionado en uno de los epigramas de la *Anthologia Palatina* (IX, 533). Sin embargo, y una vez más, la mejor descripción es la que nos ha dejado escrita Casiodoro (*Variarum*, V, 42, 6-7). (...) Tal acrobacia recuerda a la modalidad del salto

excediese de un *solidum* («*sed nemini permittimus etiam in his ludere ultra unum solidum*») ⁵⁷, por lo que la acción de repetición quedaba limitada a esta suma y denegada en la parte que excediese de dicha cantidad.

En C. 3.43.1 se establece también expresamente la devolución de lo pagado («*sed solutum reddatur*»: c. 1,1), de esta forma se dispone que el que pierde en el juego no sólo tiene el derecho sino que también queda obligado a la repetición de lo voluntariamente pagado con una acción transmisibile a sus herederos y que prescribe a los 50 años desde que se efectuó el pago ⁵⁸. Además, en caso de que los interesados no hubiesen efectuado dicha reclamación, deberán sustituirlos en la misma los *patres*, es decir, los decuriones de la ciudad, o los *defensores locorum* ⁵⁹ («*et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederunt vel eorum heredibus aut his negligentibus a patribus seu defensoribus locorum*», c. 1,1; «*non obstante nisi quinquaginta demum annorum aliqua praescriptione*», c. 1,2). Igualmente se dispone que los obispos ⁶⁰, auxiliados por los gobernadores provinciales, vigilen a este respecto a los *patres* y a los *defensores locorum* («*episcopis locorum hoc inquirentibus et praesidium auxilio utendibus*»: c. 1,3). Por último se establece que los transgresores serán castigados con una sanción penal («*interminantes poenam transgressoribus, potestatem dando episcopis hoc inquirendi et auxilio praesidium sedandi*»: c. 1,4) ⁶¹.

Por otro lado, en C. 3.43.2 (a. 529) Justiniano prohíbe y castiga especialmente el juego de azar llamado de los “caballos de madera” (*equi lig-*

de la garrocha de la lidia de los siglos XVIII y XIX que tan magistralmente supo retratar Goya en sus grabados». Véase también FAUVINET-RANSON, V., *Les cités d'Italie dans le premier tiers du VI siècle. Patrimoine monumental romain et spectacles d'après les Variae de Cassiodore*, Paris 2000, p. 444.

57. El *solidus* era la moneda de oro introducida por el emperador Constantino que equivalía a 1/72 parte de una libra de oro puro. En el epítome de esta constitución tomado de las Basílicas (B. 60.8.5) no se hace referencia al límite máximo de las apuestas y en el epítome tomado del *Nomocanon* de Focio 13, 28 (§5) se dice que sólo los muy ricos pueden jugar en cada sesión un sólido, mientras que los demás están limitados a jugar cantidades menores.

58. En *Nomoc.* 13, 28 (§1) se dice: «*Qui victus est alea, non convenitur, et, si solvit, ipse cum successoribus repetit a victore eiusque heredibus perpetuo, etiam post triginta annos ...*», es decir, el que fue vencido en el juego no es demandado, y, si pagó, él y sus sucesores lo repiten perpetuamente del vencedor y de sus herederos, aún después de treinta años (KRÜGER, *ad C.* 3.43.1, n. 3).

59. En este caso la suma se destinaría a obras de la ciudad a tenor de *Nomoc.* 13, 28 (§1).

60. En C. 1.4.25, del año 529, Justiniano encarga a los obispos la vigilancia y represión de los juegos de azar: «Sea lícito a los obispos investigar las disposiciones que dimos sobre los juegos de dados o de *cotos*, como los llaman, y sobre su prohibición, y reprimir las infracciones y reducir a buen camino a los viciosos, valiéndose de los muy esclarecidos gobernadores de las provincias y de los padres y defensores de las ciudades». MANNINO, V., *Ricerche sul defensor civitatis ...*, o.c., pp. 167-168.

61. En B.60.8.5 (correspondiente a C. 3.43.1) y en *Nomocanon* 13.28 (§1) se establece como pena una multa de 10 libras de oro.

nei)⁶² con la confiscación de los lugares en donde se realizaban tales juegos, otorgándose también en este caso la correspondiente acción de repetición en favor del perdedor, y si éste no hubiese querido recobrar el dinero se dispone que se invierta en obras públicas de la ciudad⁶³.

Además, Justiniano preocupado por la expansión que los juegos de azar tenían en los ambientes religiosos publicó varias disposiciones⁶⁴ como la recogida en Nov. 123.10.1 en la que se castiga con una sanción eclesiástica a los clérigos que participen o que incluso sean meros espectadores de juegos de azar, imponiéndoles la suspensión de tres años en el ejercicio de su ministerio y su retiro a un monasterio; esta sanción será confirmada en la Nov. 87 de León VI dirigida al *magister officiorum* Stiliano («*De ecclesiasticorum alea ludentium poena*») en la que se establece que si vuelven a reincidir en el juego sean expulsados del estado eclesiástico.

62. SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, vol. II, Paris 1867, p. 314, nos dice que probablemente este juego consistiría en lo siguiente: «*Chaque joueur lançait une boule dans une espèce de caisse où se trouvaient des trous numérotés, pratiqués pour la sortie; le gagnant était celui dont la boule sortait par le trou n° 1. C'était un jeu de roulette ...*»; R. Notaristefani, («*Giucò d'azzardo*»), en *Digesto Italiano*, vol. XII, [Torino 1901] 439), mantiene la opinión más consolidada al respecto que estima que este juego era similar a la moderna ruleta.

63. C. 3.43.2: *Prohibemus etiam, ne sint equi lignei: sed si quis hac occasione vincitur, hoc ipse recuperet, domibus eorum publicatis, ubi haec reperiuntur. 1. Si autem noluerit recipere is qui dedit, procurator noster hoc inquiret et in opus publicum convertat. 2. Similiter provideant iudices, ut a blasphemis et periuriis, quae ipsorum inhibitionibus debent comprimi, omnes penitus conquiescant.*

64. Así en C. 1.4.34 (a. 534) dirigida a Epifanio, arzobispo de Constantinopla, se dice respecto de los clérigos que participan en juegos de azar: §3: «*Y mandamos que ninguno, ni diácono, ni presbítero, y mucho menos obispo, (...) se atreva (...) o a jugar a cualquier género de azar, o a tener participación con los que así jueguen (...); §4: «Más si en adelante (...) sobreviniere una acusación semejante (...) sea separado inmediatamente del sagrado ministerio ...» ...* A este respecto mencionamos que ya en los Cánones de los Apóstoles se había recogido esta prohibición (can. 42: «*Quod episcopus aut presbiter aut diaconus aleator et ebriosus esse non debat*» y can. 43: «*Similiter clerici et laici si permanserint in alea communione priverunt*»). También escritores cristianos como Tertuliano (*De spectac.*, 28, 4; 20, 15-17; 16, 3-4) y los Padres de la Iglesia advirtieron muy pronto del peligro moral que los juegos de azar suponían para los cristianos (San Cesáreo: «*tempus quod nobis furiosus tabulae ludus solebat auferre, lectio divina incipiat occupare*», (*Homil.* 141=P.L. t. 66, 1498); Pseudo-Cipriano (*Adversus aleatores* [P.L., iv 903-11]) en su homilía contra el juego refería que: «*más vale gastar la fortuna en buenas obras que perderla en el juego*» (vi, 10); San Agustín, *De cat. rud.*, 7, 11 (CCL 46, 132): «*... ne ab ebriosis, avaris, fraudatoribus, aleatoribus, adulteris ...*». También en el Sínodo de Elvira, celebrado en Granada a principios del siglo IV, se prohibió a los cristianos apostar dinero en juegos de azar (can. 79 a.: «*Si quis fidelis aleam, id est tabulam luserit nummis, placuit eum abstinere; et si emendatus cessauerit, post annum poterit communioni reconciliari*»; can. 79 b.: «*Si denuo id facere voluerit, post decem annos acta legitima paenitentia communioni sociabitur*»). Véase, BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano. II. La giustizia-Le persone*, Milano 1952, pp. 283-284; GUILLÉN, J., *VRBS ROMA. Vida y costumbres de los romanos. II ...*, o.c., p. 321; HARNACK, A., *Der pseudocyprianische Tractat de aleatoribus*, Leipzig 1888; NUCCI, C., *Pseudo Cipriano. Il gioco dei dadi*, Bologna 2006 (introducción, texto y traducción).

V. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA DE JUEGOS DE AZAR EN EL DERECHO COMÚN Y EN LA LEGISLACIONES CIVILES CONTEMPORÁNEAS

Por lo que hace al ámbito del Derecho común, el régimen del juego de azar y de la apuesta sufre variaciones en los diferentes países europeos respecto del Derecho Romano por la influencia de múltiples disposiciones locales, pero podemos señalar sintéticamente que las diferentes legislaciones prohíben los juegos de azar mediante una normativa de carácter esencialmente penal⁶⁵, faltando una reglamentación uniforme de esta materia en Europa hasta la codificación de Napoleón⁶⁶.

Se mantiene la *denegatio actionis* para reclamar el pago de lo ganado, pero se aprecia la tendencia a reconocer la irrepitibilidad de lo voluntariamente pagado frente a la normativa justiniana que, como vimos, establecía expresamente lo contrario. En este sentido, Impallomeni puso de relieve que ya la Glosa (*ad D. 11.5, coniectura ultima*) se planteaba el hecho de que la regla romana de la repetición de lo pagado en el juego no se aplicaba en la práctica debido a la existencia de normas consuetudinarias contrarias⁶⁷. Y en la doctrina europea de época moderna se pueden distinguir, por un lado, autores como Glück⁶⁸, que se mantenían más fieles a las fuentes romanas defendiendo la repetición de lo voluntariamente pagado en los juegos de azar, y por otro, una segunda opinión mayoritaria en la doctrina, representada entre otros por Lauterbach⁶⁹, que vino a fundamentar la irrepitibilidad atendiendo a la regla romana *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, es decir, cuando la causa torpe es común a ambas partes, es mejor la condición del que ya posee⁷⁰.

65. ZOZ, M. G., «La disciplina giuridica del gioco ...», *o.c.*, p. 69; PERTILE, A., *Storia del diritto italiano*, vol. V, *Storia del diritto penale*², Torino 1892, pp. 543-544; VAN HUMBEECK, J., «Exploitation et repression des jeux d'argent en Flandre aux XIVE et XVE siècles», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (T.) 46 (Groningen-Bruxelles-La Haye 1978) 327 y ss.; ROBERT, P., «Les origines de la répression des jeux en droit anglo-saxon: le contrôle de l'home ludens dans l'Angleterre du XIVE au XVIIÈ siècle», en *Droit et Société*, n. 17-18, Paris 1991, pp. 159 y ss.; ZDEKAUER, L., *Il gioco d'azzardo nel Medioevo italiano*, Firenze 1993; FERROGLIO, R., «Ricerche sul gioco e sulla scommessa fino al secolo XIII», en *Rivista di storia del Diritto italiano* (RSDI) 71 (Milano 1998) 273 y ss.

66. J. E. M. Portalis y M. M. Begouen fueron los encargados de redactar la parte del Proyecto del *Code civil* relativo a los contratos aleatorios (libro III, título XIX), concretamente en el capítulo primero («*De jeu et du pari*») se regulaba en los arts. 1965, 1966 y 1967 esta materia que será recogida en los demás códigos europeos. ECHEVARRÍA DE RADA, T., *El contrato de juego ...*, *o.c.*, pp. 42-45.

67. IMPALLOMENI, G., «Il regime del gioco ...», *o.c.*, p. 646.

68. GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, trad. ital. Manenti, 11, Milano 1903, pp. 557 y ss.

69. LAUTERBACH, *Pandectae*, 11.5.19 (ed. Tubingae, 1743-1744, 1, 608), cit. IMPALLOMENI, G., «Il regime del gioco ...», *o.c.*, p. 647.

70. Sin embargo Impallomeni («Il regime ...», *o.c.*, p. 647) pone de relieve el carácter erróneo de esta argumentación ya que este principio no se aplica en el *Corpus Iuris* que admite la repetición de lo pagado.

Por lo que hace al Derecho histórico español, vemos que en Partidas VII, 14,6 se niega, siguiendo el ejemplo de D.11.5.1, acción a los dueños de casas de juego para reclamar por los hurtos, agravios e injurias que los mismos sufrieren por causa de los jugadores: «... *Esto es, porque es muy gran culpa de aquel que tales omes recibe en su casa asabiendas. Ca todo ome deue asmar que los tahures, e los vellacos usando la tahureria, por fuerça couiene que sean ladrones e omes de mala vida: e porende si le furtaren algo, o le fizieren otro daño, suya es la culpa de aquel q ha la compañía con ellos*». De igual forma se contiene en P. I, 5,57 la prohibición referida a los clérigos de participar o presenciar juegos de azar: «*verdaderamente deué los perlados traer sus fazriendas, como homes de quien los otros toman enxemplo dicho: e porende no deuen yr a ver los; assi como de suso es juegos: asi como alañçar, o bohor-dar, o lidiar los Toros, o otras bestias brauas, nin yr a veer los que lidian. Otrosi, no deuen jugar Dados, nin Tablas, nin Pelota, nin tejuelo, nin otros juegos semejantes destes, porque hayan de salir del assossegamiento, nin pararse a ver los, nin a tener se con los que juegan: ca si lo fiziessen despues que los amonestassen los que tienen poder delo faser, deuen por ello ser vedados de su oficio, por tres años⁷¹ ...*».

Posteriormente en la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805 (Libro XII, Título XXIII: «*De los juegos prohibidos*») se recogen dieciocho leyes que establecen el régimen prohibitivo del juego; concretamente en la Ley XV que contiene la Pragmática de 6 octubre de 1771 de Carlos III sobre la prohibición de los juegos de suerte, envite y azar –la cual representa en España junto con el Código penal de 1870 la única reglamentación jurídica del juego hasta la publicación del Código Civil de 1889⁷²– se aprecia una influencia de los principios y reglas del Derechos Romano en esta materia, al privar, en el art. 8, de acción a los jugadores para reclamar la cantidad ganada en los juegos prohibidos, y la que excediere de la suma establecida en los permitidos⁷³. También se reconoce al perdedor el derecho a repetir lo pagado voluntariamente en el plazo de 8 días: «*Declaro, que los que perdieren qualquiera cantidad á los juegos prohibidos, o la que excediere del tanto y suma señalada en los permitidos (...) no han de estar obligados al pago de lo que así perdieren, (...) y mando efectivamente que se les restituya lo que hubieren pagado, (...) y si los que hubieren perdido no demandaren, dentro de ocho días siguientes al pago, las cantidades perdidas ...*».

Ya en el ámbito de los códigos civiles europeos y latinoamericanos contemporáneos vemos que todos siguen el principio romano de la *denegatio*

71. Vid. Nov. 123.10.1.

72. ECHEVARRÍA DE RADA, T., *Los contratos de juego ...*, o.c., p. 47.

73. En el art. 6 se establece el límite máximo de las apuestas permitidas: «... *el tanto suelto que se jugare, no puede exceder de un real de vellon, y toda la cantidad de treinta ducados señalados en la ley 8, aunque sea en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismo jugadores ...*».

actionis para reclamar lo ganado en un juego de azar, de tal manera que al perdedor no se le puede exigir el cumplimiento de la obligación ⁷⁴; ahora bien, se admite con carácter excepcional el ejercicio de la correspondiente acción cuando se trata de ganancias ligadas a competiciones deportivas ⁷⁵. Sin embargo esta última regla, de origen romano, no ha sido recogida en el código de las obligaciones suizo ni en los códigos civiles alemán, austriaco y griego.

Asimismo vemos que en el caso referido de las apuestas relacionadas con juegos deportivos, se especifica en el Cc. francés (art. 1966 ⁷⁶) y en el antiguo Cc. italiano de 1865 (art. 1803,2 ⁷⁷), que el juez o tribunal pueden rechazar la demanda si la apuesta les hubiese parecido excesiva, y por otro lado en Códigos

74. Citamos como ejemplo los códigos civiles: francés (art. 1965); español (art. 1798); holandés (art. 1825); italiano (art. 1933,1); griego (art. 844); C. de las obligaciones suizo (art. 513); peruano (art. 1942.1); mexicano (art. 2764). El art. 1798 Cc. establece: «La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar ...». Sin embargo, los juegos gestionados por el Estado como la Lotería Nacional o por entidades legalmente reconocidas como la ONCE se rigen por una normativa especial y no por el art. 1798 Cc.

75. Cc. francés (art. 1966); italiano (art. 1934); portugués (art. 1246, pero sólo respecto a las personas que participan en las competiciones deportivas). El Cc. español regula esta materia en los arts. 1800 y 1801 (art. 1800: «No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza»; art. 1801: «El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente»). Señalamos también que la doctrina española mayoritaria sostiene que no quedarían sometidas al régimen del art. 1801 Cc. las apuestas realizadas por quienes son meros espectadores de alguno de los juegos contemplados en el art. 1800 Cc. (ej. el juego de pelota). En este sentido, ECHEVARRÍA DE RADA, *o. c.*, p. 178, opina que: «*en esos casos los apostantes no realizan un ejercicio corporal, ni influyen para nada en el resultado del juego, faltando, por tanto, el presupuesto que justifica el tratamiento favorable sancionado en el art. 1801 Cc. respecto de quienes toman parte en los juegos protegidos. Por esta razón, las apuestas sobre juegos ajenos deben asimilarse a los juegos de azar*». En cualquier caso se rigen por un régimen especial las apuestas benéfico-deportivas gestionadas por el Estado. Sobre las apuestas en juegos realizados *virtutis causa* en Derecho Romano, *vid.* n. 47. Por otro lado por lo que hace a los llamados juegos de habilidad y destreza como el billar o a los juegos intelectuales como el ajedrez, vemos que no están incluidos en el art. 1800 C.c., supuestos que sin embargo sí contemplaba el art. 1675 del Proyecto de Código Civil de 1836. La doctrina mayoritaria –citamos a Scaevola, Manresa, Díez-Picazo o Lacruz–, ha considerado que al no tratarse de juegos de azar quedarían incluidos en el ámbito del art. 1800 Cc. «*ya que al recoger éste una enumeración ejemplificativa, debe interpretarse de forma que permita incluir en él los juegos en que la destreza, técnica o inteligencia de los jugadores sea lo esencial*» (cit. ECHEVARRÍA DE RADA, *o.c.*, p. 174), DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9.ª ed., Madrid 2002, p. 430; sin embargo, autores como Guilarte Zapatero, Albaladejo o Echevarría de Rada (*o.c.*, pp. 174-176) consideran que estos juegos deben quedar sometidos al régimen establecido en el art. 1798 Cc., y no al del art. 1800 C.c. que se refiere únicamente a los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo. Véase para el Derecho Romano, *supra* n. 48.

76. «*Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive*».

77. «*Non di meno l'autorità giudiziaria può rigettare la domanda quando la somma impegnata nel giuoco o nell scommessa sia eccessiva*».

gos civiles como el español (art. 1801 ⁷⁸) o el italiano de 1942 (art. 1934 ⁷⁹), se dispone que el órgano judicial puede o bien rechazar o bien reducir en parte la demanda. Esta normativa, como ha señalado Impallomeni ⁸⁰, encontraría su precedente remoto en C. 3.43.1.4 que, como hemos visto anteriormente, admitía la reclamación de lo ganado en apuestas relativas a competiciones deportivas, pero limitada cuantitativamente a un *solidus*.

Finalmente, la mayoría de los códigos civiles de Europa y Latinoamérica con alguna excepción, como es el C.c. de Colombia (art. 2283) ⁸¹, establecen la regla general de la irrepitibilidad de lo voluntariamente pagado, diferenciándose en este aspecto de las fuentes romanas ⁸²; no obstante, mencionamos que algunos códigos como: el italiano de 1942 (art. 1933.2), el español (art. 1798), y el austriaco (§ 1433), admiten la acción de repetición en caso de que

78. «La autoridad puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia».

79. «Tuttavia il giudice può rigettare o ridurre la domanda, qualora ritenga la posta eccessiva».

80. IMPALLOMENI, G., «El regime del gioco ..., o.c.», p. 649.

81. Art. 2283 Cc. colombiano: «El juego y apuesta no producen acción ni excepción. El que gana no puede exigir pago. Si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado». También en el art. 2765 del Cc. mexicano se dice: «El que paga voluntariamente una deuda procedente de juego prohibido, o sus herederos, tiene derecho de reclamar la devolución del 50% de lo que se pagó. El otro cincuenta por ciento no quedará en poder del ganancioso, sino que se entregará a la Beneficencia Pública».

82. Cc. francés (art. 1967); español (art. 1798); austriaco (§ 1432); alemán (§ 762); italiano de 1942 (art. 1933,2); C. de las obligaciones suizo (art. 514). El art 1798 Cc. legitima la irrepitibilidad de lo pagado voluntariamente por el perdedor salvo que hubiese mediado dolo por parte del ganador o que el pago se hubiese realizado por un menor o por una persona inhabilitada para administrar sus bienes. Sobre el fundamento de la irrepitibilidad del pago en el art. 1798 Cc. podemos mencionar muy sucintamente por un lado la existencia en la doctrina española de una tesis minoritaria que considera que nos encontramos en estos casos ante “deudas de honor” que encierran una obligación natural, mientras que otro sector mayoritario ha sostenido que se niega la repetición por encontrarnos ante un contrato (el de juego) con una causa torpe o ilícita y que la ley estaría aplicando en este caso principios como el de «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» o el de «*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*», implícitos en los arts. 1307 Cc. y 1306 Cc.; si bien, en realidad autores como L. Díez-Picazo (*Sistema de Derecho civil*, vol. II, o.c., p. 430) matizan o condicionan esta segunda opinión advirtiendo que: «La explicación de la irrepitibilidad de lo pagado en los juegos prohibidos se halla en el artículo 1306, que impide alegar la propia torpeza, suponiendo que el juego es una causa torpe de desplazamiento patrimonial. Ciertamente no parece que tenga mucho sentido hoy hablar de causa torpe desde el momento en que la propia ley permite determinados juegos de envite, suerte o azar practicados de acuerdo con sus prescripciones, que en ningún caso suprimen el alea así provocado. Pero no hay más remedio que mantener la explicación anterior en pura teoría porque tales disposiciones no se refieren más que a aspectos penales, administrativos y fiscales, sin derogar la legislación civil». Véase también al respecto, ALBALADEJO, M., *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. I, 10.^a ed., Barcelona 1997, pp. 356-357; ECHEVARRÍA DE RADA, T., *Los contratos de juego y apuesta*, o.c., pp. 181 y ss.; REALES ESPINA, J. I., *La obligación natural en el Código Civil*, Granada 1999, pp. 34 y ss.

el pago sea realizado por un menor^{83 84} o por un incapaz, tal y como se contemplaba en D.11.4.4 en el que se hacía referencia a la repetibilidad de los pagos efectuados por causa de juego por un *filius familias* o un esclavo.

83. Aunque el Código civil francés no contiene esta excepción, sin embargo, mencionamos que en el art. 59 de la Ordenanza de Moulins del año 1566 se otorgó acción a los menores para repetir lo perdido y pagado en el juego de azar. POTHIER, R. G., *Trattato del gioco*, n. 45 y ss. (*Opere*, trad. it., 2, Livorno 1847, pp. 174 y ss.), citado por IMPALLOMENI, G., «Il regime del gioco ...», *o.c.*, p. 646, n. 13.

84. El plazo de prescripción de la acción para repetir lo pagado en el derecho español es de cuatro años desde que el menor sale de la patria potestad o de la tutela (art. 1301.5 Cc.).