

EL ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTRATO DE JUEGO

MANUEL JESÚS DÍAZ GÓMEZ
Profesor de Derecho civil
Universidad de Huelva

ÍNDICE: 1. Los datos normativos. 1.1. Lex alearia. 1.2. Lex quae de alea est. 1.3. Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere. 1.4. Código de Justiniano. 2. La ausencia de vinculación jurídica. 2.1. Las fuentes de las obligaciones. 2.2. La falta de acción para reclamar lo ganado. 2.3. La excepción para pagar lo perdido. 2.4. La acción para recuperar lo pagado. 2.5. La exclusión de la regla “in pari causa turpitudinis”.

INDEX: 1. The normative dates. 1.1. Lex alearia. 1.2. Lex quae de alea est. 1.3. Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere. 1.4. Justiniano Codex. 2. The absence of juridical entailment. 2.1. The source of obligations. 2.2. The lack of action to demand the gained. 2.3. The exception to pay the lost. 2.4. The action to recover the paid. 2.5. The exclusion of the rule “in pari causa turpitudinis”.

PALABRAS CLAVE: Contrato de juego • Contrato aleatorio • Obligación natural • Causa • Acción de cumplimiento

KEY WORDS: Game contract • Random contract • Natural obligation • Intention • Fulfillment action

1. LOS DATOS NORMATIVOS

1.1. LEX ALEARIA

La palabra *alea*, que inicialmente significaba juego de dados¹, después por extensión a todos los juegos de azar, termina por devenir un término jurídico para determinar una infracción a la ley, *quae vetuit in pecuniam ludere*; *aleatores* eran los jugadores habituales y los de profesión.

Plauto² habla de una *lex alearia* cuyas penalidades consistían, probablemente, en una condena al cuádruple, *poena quadrupli*,³ pena infligida ordinariamente a todos aquéllos que,

¹ Teodoresco, «*Du jeu et du pari en droit privé français*», tesis, Les Presses Universitaires de France, Paris, 1931, pg. 9. Concluye este autor, sobre la procedencia del juego, de la siguiente manera: “Que el juego sea de origen divino o que haya tenido unos principios más modestos, que haya sido inventado por los Lidianos, como sostiene Herodoto, o por el soldado Alea, como quiere San Isidoro de Sevilla, por Attalus, rey de Asia, como escribía Pierre de Blois, que provenga de la villa asiática Alea, o de otro lugar, lo que si es cierto es que es muy antiguo y que esta pasión ha estado y está universalmente enraizada en el corazón de los hombres.”

² *Miles Gloriosus*, verso 164 y 165: *Atque adeo ut ne legi fraudem faciant aleariae./ Adcuratote, ut sine talis domi agitent convivium*. Teniendo en cuenta que este poema fue compuesto entre los años 550 y 568 U.c. (fundación de Roma), o sea entre el 204 y el 186 a.C., se podría afirmar que la ley que se encuentra citada estaba ya en vigor alrededor del año 200 a.C.

en contra de una prohibición expresa de una ley, realizaban ciertos actos, sin que por ello sus efectos civiles fueran anulados⁴. La *lex alearia* era pues una *lex minus quam perfecta quae*⁵ en virtud de la cual el perdedor exigía por una especie de demanda reconvenzional, el cuádruple de la cantidad que el ganador le demandaba en justicia; e incluso, el perdedor gozaba de este derecho, aun después de haber pagado voluntariamente lo que había perdido.

Las pretensiones de la mencionada ley, tendentes a combatir la pasión del juego, reduciendo al mínimo las posibilidades de ganancia por este medio, no lograron alcanzarse, pues los perdedores rara vez usaron el derecho que se les concedía. Así, se produce una evolución jurídica en el sentido de que la *actio quadrupli*, privada en su origen, se tornó pública y, desde entonces, toda persona estaba en su derecho de perseguir, mediante una *manus iniectio quadrupli*, la infracción de *alea*⁶.

1.2. LEX QVAE DE ALEA EST

Al lado de la *lex alearia*, de acción estrictamente personal, se desarrolla en el derecho romano un *judicium publicum*⁷. El único vestigio del mismo se encuentra en un pasaje de Cicerón donde habla de un tal Licinius Denticula condenado en virtud de una *lex quae de*

³ Encuentra su apoyo en un testimonio de la antigüedad: *quadruplatores delatores erant criminum publicorum, in qua re quartam partem de prescriptorum bonis, quos detulerant, consequerantur. Alii dicunt, quadruplatores esse eorum accusatores, qui convisti quadrupli damni soleant, aut, aleae aut pecuniae gravioribus usuris feneratae, quam pro... aut ejusmodi aliorum criminum*. Pseudo-Ascanius, *In divinationem*, &c. 24. El autor nos da a entender que el *aleator* era penalizado por un *quadruplum*, el cual ha debido establecerse por la *lex alearia*; además asimila el *alea* con el *fenus*, sancionados con la misma pena, que no es otra que el *quadruplum*. Esto es corroborado por un pasaje de Catón, *De re rustica*, prefacio: *majores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli*. En tal sentido se expresa Fouchier, *Du jeu chez les romains, Histoire du droit de régle jusqu'au decret de 1813*, Tesis, A. Durant et Pedone-Lauriel éditeurs, Paris, 1893, pg. 20 ss.

⁴ La validez del juego provenía de la convención, acuerdo o pacto celebrado, teniendo el ganador acción para reclamar contra el perdedor, bien entendido que el simple pacto no era en Roma creador de obligaciones. Sobre ello puede verse Dujarier, *Droit romain du jeu et du pari*, Tesis, Association typographique, Lyon, 1885, pg. XIX-XX.

⁵ *Lex minus quam perfecta quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit: qualis est Furia testamentaria quae plus quam mille assium legatum mortisve cuasam prohibet capere et adversus cum qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit*. Ulpiano, *Fragmentos*, pr. &c.2.

⁶ Sea por amor propio, sea por temor al ridículo o a la venganza, o por otros motivos, los perdedores rara vez usaron el derecho concedido por la *actio quadrupli*. Así lo expone G. Poloni, *Du jeu et du pari au point de vue pénal*, Tesis, ed. Chevalier-Marescq & Cie., Paris, 1900, pg. 90.

⁷ Según Fouchier (*ob. cit.*, pgs. 28 ss.) se trataría probablemente de un palidecimiento del proceso edicilio de la *multa*, con *multae irrogatio arbitraria*.

*alea est*⁸. Se ignora cual era la verdadera naturaleza de esta acción popular, así como la condena que se podía pronunciar contra el acusado⁹.

1.3. SENATUSCONSULTUM VETUIT IN PECUNIAM LUDERE

Paulo nos habla de un senadocunsulto que prohibió jugar a dinero, con excepción de algunos juegos de destreza o habilidad. Con él se confirmaron las antiguas leyes, que no habían sido tenidas en cuenta. Se desconoce la fecha¹⁰, el nombre, así como su tenor¹¹, pues la única referencia que se tiene es la recogida en el Digesto¹². Se podría considerar como una obra legislativa especial, destinada, probablemente, a enmendar las disposiciones legales preexistentes, derogando las prohibiciones absolutas y generales de jugar dinero, en favor de algunos juegos de destreza, enumerados y determinados limitativamente *quod virtutis causa fiat*¹³.

1.4. CÓDIGO DE JUSTINIANO

La prohibición a los juegos se contiene también en la Constitución sacada del libro 60, título 8, de aleatoribus de las Basílicas, contenida en el Código de Justiniano¹⁴. En dicha Constitución se prohíbe todos los juegos de azar, especificándose además, que no se per-

⁸ Se obtiene la restitución de la suma por acuerdo del pueblo y no por los magistrados. *Philippica*, 2, 23: “Licinium Denticulam de alea condemnatum collusorem suum retituit;/ quasi vero ludere cum condemnato non liceret;/ sed ut quod (ille) in alea perdiderat beneficio legis dissolveret.../ Hominem omnium nequissimum qui non dobitaret vel in foro alea ludere,/ lege quae est de alea condemnatum,/ qui in integrum restituit,/is non apertissime studium suum ipse profitetur.”/“Quam attulisti rationem populo romano cur eum restitui oporteret?/ Absentem credo, in reos relatum;/ Rem indicta causa iudicatam,/ Nullum fuisse de alea lege iudicium;/ Vi oppressum et armis;/ Postremo, quod de patruo tuo dicebatur pecunia iudicium esse corrumpum”

⁹ Otros cronistas hacen referencia también a leyes que desde antiguo reprimían el juego: Horacio, *Libro III, oda 24*: “...Ingenuus puer/ ...ludere doctior./ Seu groeco jubeas trocho./ Seu malis vetita legibus alea...”. Ovidio, *Tristes, Libro II, v. 471, 472*: “Sunt aliis sacriptae, quibus alea luditur, artes;/ Haec est ad nostros non leve crimen avos./ Quid valeant tali...”

¹⁰ En su *Traité du jeu* (Oeuvres, t. III, Bruxelles, 1831, pg. 298), Pothier considera que puede ser del tiempo de Septimo Severo, o de alguno de sus antecesores. Poloni, *Du jeu et du pari au point de vue pénal*, Tesis, Paris, 1900, pgs.85-86, estima que se puede extraer un argumento a favor de que sea del tiempo de la República por el fragmento de Marciano, que Justiniano inscribe en el Digesto seguido del mencionado pasaje de Paulo. El texto de Marciano, que permite hacer apuestas sobre los juegos que están permitidos, sería posterior a aquél, y puesto que éste se refiere a tres leyes (Titia, Publicia y Cornelia) del tiempo de la República, también aquél lo sería.

¹¹ Fouchier (*ob. cit.*, pgs. 38 ss.) ha creído ver en el senadocunsulto una aplicación del poder del Senado, consistente en la protección de la seguridad y de las costumbres.

¹² Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certat hasta, vel pilo jaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat: D. 11.5.2.2.

¹³ Poloni, *ob. cit.*, pgs. 84-85.

¹⁴ Título 43, del libro 3 (“De aleatoribus et de alearum lusu”), dada por el Emperador Justiniano Augusto a Juan, prefecto del Pretorio. Dicho título fue recompuesto en el siglo XVI, a partir de algunos textos de segunda mano, como las Basílicas, las Paratida, el Nomocanos de Photius, las escolias de Balsamon, etc.; lo cual hace que difiera, tanto en lo que respecta a su forma como en cuanto a su tenor, las distintas ediciones del Código. *Vid.* Poloni, *cit.*, pg. 97.

miten los juegos de caballos de madera, ni los de suerte¹⁵. Asimismo, los convenios que se establecían en base a juegos prohibidos debían considerarse también prohibidos¹⁶.

Se trataba de una prohibición de carácter general¹⁷, pues se ordenaba que a nadie sea permitido el jugar, ni presenciar el juego; fundamentada en el propósito de evitar los males que ellos podían ocasionar a cualquier persona¹⁸: “... con el tiempo, dominando esta pasión a muchas naciones, ha hecho derramar abundantes lágrimas; puesto que muchos, sin jugar ni conocer el juego, han perdido, apostando, toda su fortuna, arriesgando en el juego día y noche su dinero, sus piedras preciosas y el oro”¹⁹. Así, “consecuencia de este desorden son las blasfemias, esto es, las maldiciones a Dios, y los empeños” y demás cosas ilícitas, como los perjurios y otras semejantes²⁰.

¹⁵ Contenido en las leyes 2 y 3 del Código (3, 43): “*Non licere ludere his qui vocantur equi lignei*” y “*Prohibemus etiam ne sint equi lignei: et ut si quis ex hac occasione vincatur, hoc ipse recuperet domibus aeorum publicatis ubi haec reperiuntur*”, respectivamente. En un argumento reproducido en las ediciones del Código, dice Balsamon que se planteó la duda ante el Emperador de lo que significaba caballos de madera; así, mientras unos suponían que era aquel juego en que los niños o muchachos conducían el carro fuera del circo, sirviéndose de hombres en vez de caballos, otros sostenían que era una especie de escala de madera que tenía diversos agujeros en medio, y los jugadores habrían de lanzar unas pelotas consiguiendo que saliera por el último de los agujeros.

¹⁶ C.J. 3, 43, 1; facultándose al prefecto de la ciudad, a los presidentes de las provincias y a los obispos para inquirirlos, prohibirlos y rescindir los contratos.

¹⁷ *Commodis igitur subiectionum providere cupientes hac generali lege decernimus, ut nulli licent in privatis seu publicis locis ludere neque in specie neque in genere.* C.J. 3, 43, 3.

¹⁸ En esta época el juego se extendió por toda la población, llegando incluso a afectar a la Iglesia. La prosperidad material de ésta la había conducido fatalmente a un relajamiento de la disciplina desconocido en los tiempos primitivos. Muestra de ello fue una Constitución de León, que prohibía a los clérigos el juego de los dados, y otra de Justiniano, que renovando aquélla, impedía, incluso, que se tomara parte en los juegos admitidos, considerados lícitos. Tales medidas, pronunciadas por los Emperadores contra los sacerdotes, no fueron más que una aplicación de los cánones de los apóstoles: *Episcopus, aut presbyter, aut diaconus, qui vel alea, vel ebriatibus indulget, vel desinito, vel deponitor.* – *Subdiaconus, aut cantor, aut lector, qui consimilia facit, vel desinito, vel a communione sejungitor; similiter et laici* (41 y 42). Ver, entre otros, Pilette, pg. 12. En la Constitución 87, escribe el Emperador León a Stilianus que “hombres pertenecientes a las órdenes sagradas, cometen, osando jugar, un crimen que reclama los más severos castigos. Cómo, aquellos que deberían tener sin cesar el alma serena y el espíritu ligado a la contemplación de las cosas divinas tanto como es posible a nuestra miserable naturaleza, faltarían a su misión para correr a juegos pasionados”. A ellos, se les habría de imponer la sanción de ser relegados a un convento, por tiempo no superior a los tres años, no volviendo a sus funciones hasta que el delito parezca suficientemente expiado; si luego vuelven a emplear su tiempo jugando a los dados, habrían de ser privados totalmente del estado eclesiástico y tratados como profanadores, *tanquam piaculares*. Vid. Teodoresco, *Du jeu et du pari en droit privé français*, Paris, 1931, pg.23. En la Constitución de Justiniano (34, & 1 y 3 al Código, De episcopali audientia, lib. 1, tit. IV) se dice: “Hemos sabido que existen diáconos, curas, y añadimos, incluso obispos, que juegan a los dados, y no tienen vergüenza de tomar parte en espectáculos que hemos prohibido en muchas ocasiones. Es ciento, que no se libran personalmente al juego, aunque si se ponen en contacto con los jugadores, se colocan cerca de ellos para ser espectadores de sus hechos deshonestos y se interesan con una avaricia odiosa a las cosas más inconvenientes. Se exponen a cometer las blasfemias que el juego hace necesariamente proferir. Manchan así sus manos, sus ojos y sus oídos”. Se considera que es necesario renunciar al demonio y a sus obras, de las cuales los espectáculos forman parte, y actuar consecuentemente con los consejos que ellos dan a quienes se inician a los misterios adorables de la religión: Novela 123, C. 10.

¹⁹ C.J. 3, 43, 3.

²⁰ C.J. 3, 43, 2 y 3.

No obstante, la legislación justiniana denota cierta flexibilidad con respecto a sus precedentes, así como una tendencia, en cierto modo, moralizante y socializadora. Abolió las antiguas leyes represivas contra el juego, y se contentó con combatirlo exclusivamente desde el terreno civil: rechazó cualquier acción persecutoria de las deudas de juego y mantuvo al perdedor en el derecho de repetición de lo que hubiese pagado por esta causa.

2. LA AUSENCIA DE VINCULACIÓN JURÍDICA

2.1. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Una verdadera obligación, un vínculo jurídico de carácter coactivo, sólo podría surgir en el Derecho romano cuando se utilizaban algunas de las formalidades establecidas para contratar o cuando era consecuencia de un delito o provenía directamente de la Ley. Así, el ganador en un juego no podría basar su pretensión en el mero consentimiento del demandado, sobre una pretendida convención, puesto que sólo la venta, el arrendamiento, el mandato y la sociedad, adquirirían de esta manera una existencia jurídica plena.

Por el simple acuerdo de voluntades sólo se establecía entre los jugadores un pacto que no generaba ningún efecto jurídico inmediato: no proporcionaba una acción coactiva para exigir el cumplimiento de lo pactado²¹. Sin embargo, si se cumplía voluntariamente lo que se había pactado no se podría luego pedir la restitución basándose en un mero acuerdo de voluntades, puesto que el *accipiens* disponía de una excepción para retener el pago²². Pero, a pesar de todo, los pactos hechos contrariamente a una prohibición legal eran inexistentes, no podían, pues, ser invocados ni por acción ni por excepción, no eran susceptibles de ser novados, ni garantizados por convenio accesorio de ningún tipo, y la consecuencia del pago era la repetición²³. De esta manera, el pacto de juego hecho contrariamente a una prohibición legal gozaban de la mencionada inexistencia.

Pero si el simple pacto no tenía fuerza para establecer entre las partes el *vinculum juris*, *quo necessitate adstringuntur alicujus solvendae rei, secundum civitatis jura*, no era lo mismo cuando se recurría a formas solemnes de contratar. El magistrado que redactaba la instrucción escrita no concedía acción sino cuando el derecho alegado encontraba su apoyo en una de las formas *re, verbis, literis, consensu*²⁴.

²¹ *Ex nudo pacto actio non nascitur*. C.J. 2, 3, 10.

²² *Nuda pactio non parit obligationem sed parit exceptionem*. D. 2, 14, 7, 4.

²³ *Pactum contra Jus aut constitutiones aut senatusconsultum interpositum nihil momenti habet*. Paulo (Sent. I, I, & 4). Vid. Baron, *Du jeu*, Paris, 1883, pg. 24.

²⁴ El juego no es en principio un contrato que se forme *re*. No es ni un préstamo, ni un depósito, ni una prenda, aunque pueda, a menudo, unirse a uno de estos contratos. La forma del contrato *litteris*, tal como tenía lugar en Roma, excluía la posibilidad de servir a la conclusión de un juego. Así lo expone Huc (*Le jeu et le pari en droit romain et en droit civil français*, tesis, Giard & brière lib-ed., Paris, 1894, pg. 20) – apoyándose en Frag. Vat. & 329: “*sub conditione cognitio non recte datur, non magis quam mancipatur ut acceptum vel expensum fertur: nec ad rem pertinet, an ea conditio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur*” –, para quien la obligación literal resultaba de los apuntes efectuados sobre los registros domésticos, en los que se hacía constar que el deudor debía una suma. Esta constatación de deuda suponía la misma suma prestada por el acreedor, y no un equivalente que el deudor debía prestar en el futuro; de lo cual se desprende que la obligación así contraída no podía jamás estar condi-

La forma más utilizada de los contratos era la verbal de la *stipulatio*. Consistía en un pregunta y una respuesta hechas en términos sacramentales, y por medio de las cuales el acreedor se hacía prometer por el deudor el objeto de su crédito. De ella nacía una obligación civil que daba lugar a una acción *ex stipulatu* que, al ser de derecho estricto, hacía que el juez actuara desde las reglas del derecho puro, no teniendo más que verificar si se habían producido la pregunta y la respuesta, sin tener que apreciar si la demanda estaba bien fundada²⁵. Por tanto ésta era una forma ideal para que los jugadores eludiesen la prohibición de la ley y, con ella, la falta de acción. Sin embargo, como veremos, el Derecho no dejaba que tales consecuencias se produjeran.

2.2. LA FALTA DE ACCIÓN PARA RECLAMAR LO GANADO

En principio una estipulación formalmente válida podía resultar ineficaz (*inutilis*) cuando adolecía de algún defecto que le impedía producir todos o algunos de sus efectos, se podía decir que aunque la estipulación existiese, no engendraba obligación. Ello ocurría, por ejemplo, con las estipulaciones inmorales o ilícitas.

En el Derecho romano la ley determinaba los casos en los que se debía entender que un juego era considerado ilícito, y por tanto, desprovisto de toda acción. Así, las disposiciones que regulan el juego, lo prohíben, no permitiendo que de él puedan surgir relaciones jurídicas obligatorias de carácter coactivo, salvo en casos excepcionales. Por tanto toda estipulación o intento de las partes de crear obligaciones, quedaba paralizado por el propio Derecho. No se concedía poder al acreedor en un juego para dirigirse contra el perdedor y reclamarle la cantidad que se había ganado: no se concedía acción. La repulsa hacía el convenio de juego se producía desde el momento en que no era considerado un medio adecuado para obtener ventajas patrimoniales sin contraprestación, pues siendo ésta su única o primordial finalidad debía carecer de tutela jurídica. De esta manera, sólo cuando las cantidades que se cruzaban en el juego estaban apoyadas en el resultado de un acontecimiento considerado digno de protección, los desplazamientos patrimoniales podían obtener amparo en el plano jurídico. Ello ocurría, por ejemplo, a propósito del fomento de las competiciones deportivas de marcado carácter físico, en las que se desarrollaba la fortaleza y habilidad humana como valor social a tener en cuenta, en las que el ganador contaba con la correspondiente acción de reclamación.²⁶

cionada, y aún menos tratarse de un contrato aleatorio, pues en el momento en el que se concluye el contrato no se sabe todavía cuál de los dos contratantes será el deudor, o cuanto será finalmente el montante de la deuda.

²⁵ L. de Labrosse, *De l'exception de jeu*, París, 1897, pgs. 16 ss. En tal sentido, Huc (*ob. cit.*, pgs.20-21) es tajante al decir que nada impedía a este contrato producir todos sus efectos, aclarando que la acción que lo sancionaba no era una acción especial nacida del juego, sino la *ex stipulatu*. Así, el magistrado encargado de juzgar una controversia no tenía que examinar la cuestión de saber si se trataba de un juego válido, hecho en condiciones de equidad: se limitaba a examinar si había existido promesa de pagar un cierta suma.

²⁶ Más bien el fomento de la actividad se producía por el simple hecho de encontrarse el convenio excluido de aquellos que no otorgaban acción para reclamar lo ganado, pues la permisón de tales convenios no legitimaba que se cruzase cualquier cantidad. Esto es, no por permitir sumas muy elevadas la actividad se fomentaba más; por lo cual se impuso un límite que evitase, precisamente, la actividad lúdica como instrumento para

2.3. LA EXCEPCIÓN PARA PAGAR LO PERDIDO

Como hemos dicho, toda estipulación efectuada entre las partes para la celebración de un contrato permitía al juez interesarse sólo por la existencia de la pregunta y la respuesta de los contratantes, sin que tuviese posibilidad de examinar los motivos de la obligación. De esta manera podrían burlarse la prohibición del juego y su falta de acción. Aparece, pues, la necesidad de crear un medio de defensa que permita al perdedor desprenderse de las pretensiones del ganador.

Mientras que en un primer momento se mantuvieron los efectos de una estipulación ilícita, derivada del contrato de juego, pero se condenándose al cuádruple al que pretendía obtener ganancias del juego (*lex alearia*); fue por obra del Pretor cuando se estableció una verdadera teoría sobre la nulidad de los convenios de juego, impidiendo directamente la ejecución de los contratos ilícitos por medio de una *exceptio* o de una *condictio*.²⁷

De la manera indicada, la *exceptio ni in ea re aliquid alea gestum sit*, permitía al perdedor enervar la acción del ganador²⁸. La misma debía ser invocada delante del magistrado e insertada en la fórmula, la cual se transmitía al juez, que no hacía más que verificar su exactitud y pronunciar sentencia de absolución. Se trataba de una excepción perpetua y perentoria, pues duraba aún más tiempo que la acción que paralizaba y podía ser opuesta al ganador cualquiera que fuera la forma bajo la cual éste la hubiera intentado; esto es, cualquiera que haya sido la forma contractual que el juego revistiese, bien sea una estipulación o una venta, que el perdedor fuera perseguido por la *condictio certi* o por la *actio empti*, esta excepción era eficaz: las pretensiones del ganador eran desestimadas. Sin embargo, el magistrado

obtener ganancias, o dicho de otra manera que el juego se desplegara en cumplimiento del contrato. Desde entonces, podemos calificar las sumas cruzadas como de meras costumbres o usos sociales aceptados jurídicamente como distracción anexa al juego que permite estimularlo.

²⁷ Por regla general una persona no podía exigir el pago basándose en un convenio ilícito anterior con otra persona. Si ejercitase una *actio certi*, de carácter abstracto, contra el perdedor, éste podía interponer una *exceptio doli*, por tratarse de un convenio ilícito o inmoral, pero debía probar tal circunstancia. La carga de tal prueba quedó, sin embargo, invertida con un ley posterior de Caracalla (212), de tal manera que desde entonces era el acreedor el que debía probar que el convenio era lícito.

²⁸ Escribe De Labrousse (*De la exception de jeu*, ed. Giard & Brière, París, 1897, pgs.17-18) que “los motivos que habían debido hacer admitir esta excepción eran los mismo que los que habían hecho prohibir toda acción en justicia. Las ideas se encadenan: al defecto de acción debía corresponder una excepción: ésta, en caso de estipulación, nos parece necesaria: Pues, los legisladores no deben limitar su tarea a prohibir: deben también tratar todos los medios que los transgresores pudieran emplear para contravenir la ley. La estipulación era uno de esos medios, muy utilizado, por cierto, puesto que la *causa civilis* no era otra cosa que palabras intercambiadas”. Puede verse también, en el mismo sentido, Poloni, *ob. cit.*, pg. 86 y Roger, *ob. cit.*, pg. 34. En un texto de Paulo, *ad edictum* (D. 44, 5, 2, 1), se hace de la mencionada excepción una aplicación particular: “*Quarum rerum actio non datur: si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione submovebitur emptor*”. En tal caso, el perdedor que ha vendido una cosa perteneciente a otra persona y que luego es reclamada por el verdadero propietario, puede rechazar la pretensión del ganador por medio de la excepción de juego, cuando intente la acción por evicción.

no podía suplir esta excepción de oficio; era necesario que el demandado solicitase expresamente su inserción en la fórmula para poder rechazar la demanda del ganador²⁹.

2.4. LA ACCIÓN PARA RECUPERAR LO PAGADO

Se podía dar el caso de que el perdedor hubiese pagado voluntariamente su deuda proveniente del juego, esto es, que sin que hubiese mediado dolo o violencia por parte del ganador, el perdedor efectuase el pago, consciente de que es debido a una pérdida en el juego. En tal caso, y con el fin de que nadie obtuviera unas ganancias fáciles por la vía de los juegos, el Pretor también concedía una acción al perdedor para que se dirigiera contra el ganador y le reclamara lo que había pagado por este motivo³⁰.

En la época clásica, la posibilidad de repetición de lo pagado se extrae de los textos del Digesto, que regulaban la posibilidad de repetición concedida al padre o dueño por los pagos efectuados con motivo del juego por los menores o esclavos sometidos a su potestad; así como la posibilidad de utilizar una *actio utilis* por los hijos o libertos, para recuperar lo entregado en pago de un juego a sus padres o patrones³¹.

Con Justiniano la repetición de lo que se había pagado con ocasión de los juegos prohibidos aparece expresamente formulada, previéndose además que si el perdedor no reclamaba lo pagado, sus herederos tendrían derecho a la repetición, tanto contra el perdedor como contra sus herederos; e incluso si el interesado o sus herederos no ejercitaban este derecho, podía hacerlo cualquier persona, y especialmente el primado o el defensor de la ciudad en la cual tuvo lugar el juego, destinando la cantidad así obtenida a obras para la ciudad³².

Esta posibilidad de repetición de lo que ha sido pagado en un juego prohibido tenía una limitación temporal de treinta años, como todas las acciones civiles, empezando a correr el plazo a partir del momento en que se efectuó el pago. Una constitución posterior de Justiniano amplió a cincuenta años el tiempo para poder ejercitar la acción de restitución³³.

La acción que se concedía al perdedor para destruir o enervar los efectos que el juego hubiera podido producir era una *condictio*, puesto que de lo que se trataba era de poder recuperar la propiedad retenida injustamente por el demandado³⁴. Era una medida procesal

²⁹ Era necesario que la excepción fuera insertada en la fórmula; la nulidad del contrato de juego fue creada por el Pretor, y el juez no tenía derecho para pronunciarla más que cuando la fórmula le otorgaba ese poder. Esta necesidad de inserción de la excepción en la fórmula desapareció con la fórmula misma, bajo el procedimiento extraordinario. *Vid.* Dujarier, *Du jeu et du pari*, Paris, 1885, pgs. XXIII-XXIV.

³⁰ La repetición era *in simplum* y no, como en épocas anteriores del cuádruple de la cantidad pagada. Así, aparece expresamente indicado en la legislación posterior justiniana, C.J. 3, 43, 2: es necesario que se restituya lo pagado en la cantidad que se había satisfecho.

³¹ D. 11, 5, 4.

³² C.J. 3, 43.

³³ C.J. 3, 43, 1 y 3.

³⁴ La acción crediticia era la *actio certi*, la cual aparecía con el nombre de *condictio* siempre que se refiriera a la obligación de *dare* fundada en una previa *datio*, es decir, cuando se trataba de recuperar la propiedad retenida injustamente por el demandado. Esta era la acción formularia introducida por la ley Ebuca en lugar de la *legis*

—una acción— dirigida a alcanzar el restablecimiento del equilibrio patrimonial destruido por una previa atribución patrimonial³⁵. Por este medio el perdedor podía hacer que el ganador le restituyese lo que le había entregado por el pago de una deuda de juego.

La *condictio*, en general, tenía por causa una *datio* que obligaba a restituir³⁶. Esta se daba por la conducta ilícita del que retenía sin causa una propiedad recibida del demandante; así, propiamente, la obligación sancionada por la *condictio* no nacía de un convenio, sino de esta retención sin causa: el convenio podía existir como causa de la *datio*³⁷.

En el caso particular del convenio de juego prohibido nos encontraríamos con una *datio ob causam*³⁸, esto es, se trataría de un caso en el que viene a fallar la causa remota de la *datio*, y procedería la *condictio* por haber quedado el demandado sin causa para retener la propiedad. La causa inmediata para dar la propiedad existió, pero, al fallar después la causa remota, la *datio* no quedó por ello anulada, sino que el *accipiens* debía restituir por carecer de causa para retener³⁹.

Al ser la propia ley la que prohibía los convenios de juegos de azar, éstos devenían nulos en cuanto a la producción de efectos jurídicos, por lo que lo recibido por el *accipiens* debía ser restituido a través de la *condictio ob iniustam causam*⁴⁰. De esta manera, la *condictio* representó en la jerarquía de las severidades del Derecho romano contra el juego, un progreso con respecto a la *lex alearia*, pues mientras ésta no destruía el contrato, suponiendo

actio per conditionem. También recibía el nombre de *actio certae creditae pecuniae*. Tenía carácter abstracto, es decir, en su fórmula no se indicaba la causa del crédito, sino tan solo el objeto del mismo; pero la obligación en sí, no era abstracta, pues se debía probar la *datio* causal.

³⁵ De atribución patrimonial que carece de causa o cuya causa no es justa y honesta habla Díez-Picazo, en la edición de 1972 de sus *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, ed. Tecnos, Madrid, pgs. 74-75 y 147-149; cuyas ideas desarrolla luego ampliamente en uno de los *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, que comparte con M de la Cámara, ed. Civitas, Madrid, 1988, pgs. 77 ss.

³⁶ En las fuentes romanas la palabra “causa”, utilizada en un sentido jurídico, ofrece una variedad de significaciones y de matices que apenas permiten llegar a resultados definitivos sobre una idea unitaria; así, no parece haberse utilizado en un sentido técnico definido. *Vid.* las referencias contenidas en la nota anterior y las remisiones que las mismas efectúan.

³⁷ En este sentido A. D’Ors, en la 7ª edición de su *Derecho privado romano*, ed. Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1989, pgs. 445 ss.

³⁸ En el Derecho clásico se denotaba la distinción entre *dare ob rem* (dar con vista a una prestación del *accipiens*) y *dare ob causam* (dar en cumplimiento de un convenio causal anterior, aunque se esperara una prestación del *accipiens*). En el Derecho post-clásico, al haber desaparecido la fórmula única, se calificaba a la *condictio* por sus causas: *mutui, ob turpem causam, furtiva, indebiti, ex lege, sine causa, triticaria*, etc.: Digesto título 12 y 13. Justiniano contractualizó las *condictio* basadas en *dationes* de mutuo (*mutui datio*) y *dationes* para conseguir algo del *accipiens* (*datio ob rem*) en, respectivamente, contrato de mutuo y contrato real innominado; y tomó las basadas en *dationes* por una causa determinada (*datio ob causam*) y *dationes* a consecuencia de resultar excluida la reivindicatoria (*datio ex eventu*), como casos de enriquecimiento injusto, es decir “cuasi-contratos”.

³⁹ *Vid.* A. D’ors, *ob. cit.*, pgs. 453 ss.

⁴⁰ Era la *condictio ob turpem vel iniustam causam* la que se concedía cuando se había dado o prometido algo con un fin inmoral (*ob turpem*) o prohibido por el derecho (*ob iniustam causam*). No era la *condictio indebiti*, pues el *solvens* podía servirse de ella incluso cuando había pagado con conocimiento de su situación jurídica. En tal línea se sitúan Teodoresco, *ob. cit.*, pgs. 19-20; Huc, *ob. cit.*, pg. 61; Fouchier, *ob. cit.*, pg. 58; y Jeanneret, *Le jeu, le pari et les marchés de bourse*, Univ. Berna, Soc. Neuchateloise d’imprimerie, Neuchatel, 1892, pg. 30. Este último autor entiende que la acción de repetición era una *condictio sine causa* o *ex causa iniusta*, a la que también se le ha llamado *condictio lusu perditii*. D. 12, 5, 6; 12, 7, 1, 3.

una penalización del cuádruple de lo pagado; la *condictio* representaba la consideración de la nulidad del contrato de juego⁴¹.

La *condictio* entrañaba la infamia⁴² de la persona que era condenada a la restitución de lo cobrado por una deuda de juego, y por tanto, no podría ser intentada por los descendientes o libertos contra los ascendientes o patronos, respectivamente⁴³. Pero, incluso en este supuesto, y para evitar que se produjeran beneficios por medio del juego, se concedía al descendiente o liberto una *actio utilis* o *in factum*⁴⁴ que producía los mismos efectos, suprimiéndose de la *intentio* de la fórmula la locución *quod in ea re alea lusum erit*. Nada indicaba, entonces, que la acción era ejercitada con ocasión de una deuda de juego. El honor del padre de familia o del dueño quedaba a salvo.

2.5. LA EXCLUSIÓN DE LA REGLA “IN PARI CAUSA TURPITUDINIS”

La regla *in pari causa melior est condictio possidentis* gobernaba las relaciones del *solvens* y del *accipiens* cuando los dos habían tenido presente un fin inmoral o ilícito. Así, se podría decir que entre dos males era necesario elegir el menor⁴⁵, denegándose, entonces, al *solvens* la posibilidad de repetir lo pagado⁴⁶, impidiéndose mediante la *exceptio doli*, y resultando la *datio* definitiva.

En el convenio de juego prohibido era el propio Derecho –como hemos tenido ocasión de ver en los apartados precedentes– el que establecía la posibilidad de repetir lo paga-

⁴¹ Teodoresco, *ob. cit.*, pg. 19.

⁴² Se distinguía entre *infamia juris* e *infamia facti*. Así, - dice Fouchier, *ob. cit.*, pg. 69 - el *aleator* es infame en el sentido que se le señala con el dedo; que se coloca en un lado de la sociedad en el que las gentes honestas no quieren relación con él, pero es una infamia de hecho que no conlleva la carga legal de la nota de infamia. La organización típicamente paternalista de la civilización romana impedía que la *actio famosa* pudiera ser intentada contra aquéllos a los que se les debía respeto: D. 4, 3, 11, 1 *de dolo malo*. “Cualesquiera que hayan sido los daños de un padre o de un patrón, - escribe Pilette, *ob. cit.*, pg. 7 - la ley no quiere que sea deshonrado por sus hijos o por sus libertos. La cualidad del padre, la cualidad del patrón son cosas tan sagradas en Roma, que deben ser respetadas en el que está investido de ella, incluso cuando ha faltado a los deberes que ellas le imponen. Es un punto de orden público y de alta conveniencia social”. De esta manera, la *actio in factum utilis* salvaguarda todos los intereses: los de la fortuna del demandante y los de la consideración del acusado. – En el mismo sentido se muestra Sénéchal, *Du jeu et du pari*, tesis, Alphonse Derenne, Paris, 1880, pg. 45.

⁴³ D. 11, 5, 4, 1: En el caso de que un hijo de familia o un esclavo realizara el pago de una deuda basada en un juego prohibido, se concedía al padre o al dueño acción para repetirlo contra el ganador. Y en el supuesto de que fuese el esclavo o el hijo el que recibiese el pago por haber resultado ganador, se concedía al perdedor, respectivamente, acción contra el dueño, hasta el límite de lo que subsista por esta causa en el peculio, o contra el hijo, sin posibilidad de ejecución mientras sea *alieni iuris*. En ambos casos, si el padre se había aprovechado de las ventajas del contrato o se había enriquecido con él, se concedía una acción al que contrató con el *servus* o con el *filius* contra el padre o dueño en la medida del enriquecimiento de éste.

⁴⁴ D. 11, 5, 4, 2: *Adversus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est*. Las acciones útiles eran consideradas aquellas acciones civiles que el pretor, mediante una fórmula ficticia, extendió a nuevos casos. Así, se había de dar contra los ascendientes y patronos para reclamar lo que jugaron al azar y perdieron sus descendientes y libertos: Paulo 19. h. t. 4, en Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum*, tit. XV, & 64 (63) *de aleatoribus*, Scientia Verlag allen, 1985, pgs. 175-176.

⁴⁵ Moral utilitaria adoptada por los juriscultos romanos indicada en D. 17, 200.

⁴⁶ Locución con la que culmina la ley 8 del Digesto 12, 5.

do por el perdedor a través de las oportunas acciones⁴⁷; no siendo posible, en consecuencia, alegar causa alguna por el demandado para retener el pago⁴⁸. Ahora bien, siendo ello así, se podrían plantear las razones del por qué de tal solución.

La *condictio ludi* ha sido considerada como una derogación de las reglas de la *turpis causa* en lo que concierne a la influencia ejercida en el destino del contrato por la *turpitud* de cada parte; pues, queriendo combatir la pasión del juego, la mejor manera era destruir el móvil del juego en sí mismo, esto es hacer desaparecer toda posibilidad de ganancia, permitiéndose, en consecuencia, la restitución de lo pagado⁴⁹.

Sin embargo, las anteriores consideraciones podían valer como justificación a la propia prohibición del juego, pero no de la posibilidad de repetición de lo pagado⁵⁰. Dicho así, la preocupación del legislador romano se encontraba en justificar no tanto la inaptitud del convenio para generar ciertos efectos jurídicos, sino la imposibilidad de mantener una atribución que carece de correspectivo; pues, no se trataba de haber efectuado un pago para que se llevase a cabo una actividad o comportamiento ilícito o inmoral, sino de haber recibido una cosa en cumplimiento de un convenio prohibido, en el que la restitución que se reclama no es en base a la nulidad del contrato –pues entonces si podríamos decir que el que cumplió sabiendo que el convenio estaba prohibido no puede alegar la nulidad del mismo para recuperar lo que entregó– sino en atención a la falta de causa para retener del que recibió el pago. De esta manera, la reglas de la *turpitudine causa* y las de la repetición del pago se mueven en claves distintas y no la una como excepción de la otra. En el convenio de juego no se alega tanto la torpeza del pago sino el enriquecimiento sin justificación. Todo ello sería consecuencia de la propia ordenación jurídica del sistema romano en el que, por una parte, los compromisos aparecen formalizados de tal manera que se hace abstracción de la causa de la obligación, y por otra parte, los desplazamientos patrimoniales, antes que las obligaciones, habían de estar justificados.

⁴⁷ Ante los graves perjuicios que se producen entre los ciudadanos: C. J. 43, 3, 3.

⁴⁸ Podría pensarse en la *exceptio doli*, de la que goza el que acepta cuando también el que da está incurso en causa de inmoralidad o ilicitud, como una réplica al intento del demandante por recuperar lo pagado, en base a la hipotética ilicitud o inmoralidad que pudiera recaer en el *accipiens* por haber satisfecho un pago derivado de un contrato prohibido.

⁴⁹ *Vid.* Baron, *ob. cit.*, pg. 24. Al efecto, se pregunta Huc (*ob. cit.*, pgs. 61 ss.) si debemos transportar la solución de la “*in pari causa turpitudinis*” a la materia del juego, llega a la conclusión de que su aplicación produciría un resultado directamente opuesto al que se proponía el legislador romano, puesto que éste quería combatir la pasión del juego privándolo de cualquier efecto; sobre todo evitar que de ella se pudieran extraer beneficios. En el mismo sentido, Gontier (*De la exceptionn de jeu*, Soc. française d'imprimerie et de librairie, Paris, 1898, pgs. 8 ss.) llega a la conclusión de que se trata en nuestro caso de una *condictio ob turpem causam* que obedece a reglas particulares, ya que la torpeza por ambos lados no tiene los efectos normales, debido al odio que se profesaba hacia el juego.

⁵⁰ En un sentido similar se expresa Sénéchal (*ob. cit.*, pgs. 41-42) cuando dice que la máxima *in pari causa melior...* se aplicaba cuando el objeto le había sido dado al demandado para obligarse a cometer una mala acción; siendo otra la prestación contra la cual se venía a reclamar en el juego: la otorgada en ejecución de un contrato especialmente prohibido.

RESUMEN: La concepción jurídica del contrato de juego en la antigua Roma viene marcada por su prohibición legal. La articulación de las acciones romanas basadas en pretensiones jurídicas tutelables impedía desplazamientos patrimoniales fundados en el juego.

ABSTRACT: The juridic conception of the contract of game in the old Rome comes marked by its legal prohibition. The joint of the roman actions bases on tutelables juridic pretentions obstructed patrimonial displacements based on the game.