

Juegos y apuestas (especialmente del deporte) en la evolución del Derecho civil europeo

ANDREAS WACKE*

*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Colonia*

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN.
 - II. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA.
 - III. LA PROTECCIÓN DEL PERDEDOR COMO UN DEBER DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.
 - IV. REFLEXIÓN HISTÓRICO-CULTURAL.
 - V. CUMPLIMIENTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA DEUDA DE JUEGO.
 - VI. APUESTAS DEPORTIVAS PERMITIDAS *VIRTUTIS CAUSA* EN EL DERECHO ROMANO.
 - VII. APUESTAS DEPORTIVAS SEGÚN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ACTUALES.
 - VIII. BREVE CONCLUSIÓN.
 - IX. DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG.
 - X. LITERATURA PERTINENTE.
-

I. PRESENTACIÓN

En un libro en homenaje a mi amigo –desde hace tantos años– José María MIQUEL no debería faltar una aportación de mi pluma.

* Profesor Dr. iur. Dr. h.c. mult., LLD h. c. e-mail: Andreas.Wacke@uni-koeln.de – Agradezco muchísimo la pronta y valiosa colaboración del Doctor Julio Peláez, mi antiguo doctorando, ahora profesor y abogado en Guatemala, por la ayuda que me ha prestado para traducir este trabajo.

Hace algunos años también él escribió en el libro homenaje al autor de estas líneas un ensayo enriquecedor sobre el derecho matrimonial español¹. A mis amigos civilistas en la Universidad Carlos III de Madrid les doy las gracias por darme el oportuno aviso sobre el homenaje que se estaba elaborando², en el que no podría perdonarme no haber colaborado. José María MIQUEL no es solamente un insigne conocedor del Derecho civil, tanto español como alemán. Muchas veces me impresionó por sus profundos conocimientos y su serio interés por la historia del Derecho y el Derecho comparado. El mismo tema de este ensayo se lo agradezco a su sugerencia. Con motivo de mi visita a la Universidad Autónoma de Madrid, donde él ha enseñado y yo he podido gozar de su hospitalidad en varias ocasiones, me hizo prestar atención al artículo 1800 del Código civil, que considera como no prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo. Esta excepción a la actitud de ignorar –por parte del Derecho– las deudas de juego es una herencia del antiguo derecho romano³ (lo que raramente se recalca), y se encuentra en varios de los Códigos –aún vigentes– de tradición francesa, empezando por el artículo 1966 del *Code civil*; por el contrario, no se encuentra en ningún Código de origen germánico. Sin la observación de José María MIQUEL, se me habría escapado este ejemplo de recepción del derecho romano.

En el círculo de las codificaciones latino-romanas hay que distinguir las apuestas en el deporte, lícitas y exigibles, de los otros juegos y apuestas prohibidos. Para poder ilustrar más de cerca el favorecimiento de las apuestas deportivas, queremos –en lo posible– contemplar los juegos de suerte y las apuestas desde una perspectiva histórica y de derecho comparado, por lo que nos limitaremos a las regulaciones más importantes del derecho privado. Las múltiples disposiciones de

1. José María MIQUEL GONZÁLEZ, Sistema matrimonial español, en: Hans-Georg Knothe und Jürgen Kohler (Editores), *Status Familiae, Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag* (München 2001) 303-326.

2. Agradezco especialmente a María José Santos Morón y a Xabier Basozabal Arrue sus amables consejos sobre literatura especializada reciente, que pude recibir con motivo de una conferencia dada en su Universidad, por invitación del Profesor Jorge Caffarena Laporta. Xabier Basozabal ha tenido la amabilidad de revisar (y «castellanizar») la traducción del texto en su conjunto.

3. Mencionado en: *Motifs et discours du Code civil, prononcés lors de la publication par les divers orateurs du Conseil d'état et du Tribunat* (Paris 1838) p. 681: «Les lois romaines avaient interdit de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, si ce n'est à ceux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. Les capitulaires de Charlemagne, les ordonnances de saint Louis et beaucoup de leurs successeurs contiennent les mêmes dispositions. En les renouvelant dans le projet de loi qui nous occupe, on n'a fait qu'appliquer un remède ancien à un mal invétéré». Más breve, P. A. FENET (éditeur), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vol. 14 (1827, réimpr. Osnabrück 1968) p. 561.

derecho público sobre loterías, quinielas y casinos no se han tenido en cuenta⁴. En lo que concierne a la historia jurídica del juego y la apuesta en general, me remito a la literatura agrupada en el último apartado (X). En ella destaca el preciso y completo tratado de Eugen Wohlhaupter, «Zur Rechtsgeschichte des Spiels in Spanien» (1931). Debido a su escondido lugar de publicación, esta obra es de difícil acceso y su contenido –de gran importancia– se escapó injustamente a los autores posteriores⁵.

II. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

La sociedad y el derecho se ocupan del juego y de las apuestas de maneras distintas. Por un lado, se dice que los niños aprenden a comprender el mundo jugando. Pero según Friedrich von Schiller (1759-1805), también los adultos son solamente humanos cuando juegan.⁶ *Homo ludens* es el título de una monografía del historiador cultural de los Países Bajos Johan Huizinga (1872-1945), editada en repetidas ocasiones⁷. Los juegos de sociedad dedicados al entretenimiento son inofensivos, incluso cuando se juega con apuestas monetarias (pequeñas o moderadas). Juegos de mesa estratégicos, sobre todo el ajedrez, afinan la razón. Stefan Zweig (1881-1942) describió en su obra (llevada también a la gran pantalla) «Schachnovelle» de 1941, cómo una persona encarcelada durante meses bajo un régimen totalitario puede resistir en total soledad al terror psíquico⁸. Por otra parte, los

4. Sobre las diversas disposiciones españolas de carácter administrativo, se recomienda el *opus magnum* de Alberto PALOMAR OLMEDA, Rafael Andrés ÁLVEZ, Natalia PALOMAR LICERAS, Código del Juego (2. ed. Aranzadi 2012) 1950 pp.

5. Debido a un encargo de investigación de la Görres-Gesellschaft, Wohlhaupter estuvo en los dos inviernos de 1929-30 y 1930-31 en Madrid; véase Siegfried ANGER, Eugen Wohlhaupter (1900-1946), en la revista «Schleswig-Holstein» 23 (1971) 267-269. Sobre las investigaciones fundamentales de Wohlhaupter en relación a la historia jurídica española informa detalladamente Heinrich MITTEIS, en su necrología en la «Zeitschrift für Rechtsgeschichte» [ZRG] germ. Abt. 65 (1947) 454-463. Wohlhaupter editó y tradujo muchos Fueros. Por ocuparse de Ramon Llull (1232/33-1316), fue miembro honorario de la Sociedad Ramon Llull (con sede en Palma de Mallorca). Este prometedor historiador de talento murió muy joven, a sus 46 años. A su ensayo sobre la historia jurídica del juego llegué por medio de una cita imprecisa a A. ERLER, Artículo Spiel, Spielbank, HRG IV (1988) 1765.

6. SCHILLER, Über die ästhetische Erziehung des Menschen (1793/95). Goethe: «In jedem Manne steckt ein Kind, das will spielen» (en cada hombre hay un niño que quiere jugar).

7. Primera edición alemana 1938 con el subtítulo: Vom Ursprung der Kultur im Spiel. Hugo RAHNER, Der spielende Mensch (5. Aufl. 1952); Rolf OERTER, Psychologie des Spiels (1993). Más información en [Wikipedia.org/wiki/Homo-ludens](https://es.wikipedia.org/wiki/Homo_ludens).

8. Artículo «Schachnovelle» in: Harenberg Lexikon der Weltliteratur V (Dortmund 1989; neu 1995) 2565.

juegos que dependen del azar despiertan la pasión por el juego, que puede degenerar en una adicción patológica y llevar a la persona y su familia a la ruina. Fjodor Dostojewski (1821-1881) esquematizó en su obra de 1867 –de carácter autobiográfico– «El jugador» (que también ha sido llevada a la gran pantalla), el retrato psíquico de un jugador habitual⁹.

III. LA PROTECCIÓN DEL PERDEDOR COMO UN DEBER DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Actualmente, los ordenamientos jurídicos no permiten que el ganador en juegos de azar o apuestas haga valer sus derechos ante los tribunales (como se ha dicho, las loterías y casinos autorizados por el Estado no se tienen en cuenta). Con este «no poder exigir lo ganado» se pretende proteger al perdedor. Pero, por otra parte, el perdedor tampoco puede recuperar lo que entregó de manera voluntaria. Ni para la pretensión de cumplimiento ni para la pretensión de restitución se muestra disponible el ordenamiento jurídico. De este modo se evita que haya procesos por deudas de juego o apuestas, se haya efectuado o no la prestación. El principio que rige es «quien tiene, retiene»: *quieta non movere o in pari turpitudine melior est causa possidentis*. El ordenamiento jurídico no impone ninguna coerción, ni en una dirección ni en otra, para cambiar la situación patrimonial. Ya el origen de las palabras romanas *jeu*, *giuoco*, *juego* –del latín *iocus*– alude a que los acuerdos sobre juegos y apuestas se consideran «no serios» y se mueven fuera del ordenamiento jurídico. No son suficientemente formales como para poder contar con protección jurídica. Heinrich Dernburg lo formuló de una manera sutil: «El juego aparece como lo contrario de lo serio, de la vida y las ocupaciones útiles de la sociedad civil; es algo inútil, muchas veces hasta perjudicial, ya que el vicio desatado por el juego puede llegar a arruinar el bien del individuo, incluso círculos sociales enteros»¹⁰. Las pretensiones por ganancias obtenidas en el juego no se encuentran entre los bienes jurídicos protegidos. Si alguien no paga una deuda de juego no comente ningún quebranto jurídico.

9. Datos de contenido y apreciaciones: Der Spieler-Wikipedia.mht; también, buch-tips-net.mht.

10. DERNBURG, Pandekten II (1886) § 104, en la 8. edición por SOKOLOWSKI vol. II (1912) § 361.–Ya Justiniano describe en su proyecto de reforma del año 529, C. 3,43,1 la situación deplorable a la que se llega por la pasión por el juego, por la que se incrementaba el número de personas que perdían su patrimonio, y que jugaban día y noche por plata, piedras preciosas y oro.

IV. REFLEXIÓN HISTÓRICO-CULTURAL

Ya desde la antigüedad los juegos de azar eran difundidos y muy apreciados. En Roma estaban permitidos durante las Saturnales; en estos días festivos de diciembre, en los que se suspendían las reglas de lo cotidiano, se tomaban los juegos de azar como animación social inocente. Sin embargo, se jugaba también en otros días, incluso en lugares de mala reputación –en bares, figones y burdeles–, en combinación con bacanales y botellones. Con huesos (*tali*) tomados de los nudillos o del tobillo de las ovejas se «echaban los dados»; sobre todo, los pastores¹¹. Para las personas mayores (*seniores*) el juego podía ser un pasatiempo, pues para ellos no resultaba usual ocuparse en actividades deportivas¹². Pero su mal ejemplo se tomaba como nocivo para los jóvenes. Los padres llegaban incluso a inducir al juego a sus hijos. *Aleator* (acuñado por los jugadores más comunes) era un insulto¹³, una palabra peyorativa que aludía al carácter corrupto de un esclavo¹⁴.

Con el fin de reprimir el vicio por el juego, que se había generalizado, se dictaron desde el tiempo de la República distintas leyes (*leges aleariae*) y un acuerdo del Senado; pero su contenido (sobre todo por causa de fuentes literarias poco fiables) no es muy conocido¹⁵. El edicto del pretor contenía la rúbrica *De aleatoribus* («Sobre los jugadores y dados»), de cuyas disposiciones conocemos algo por medio de los comentarios de Ulpiano y Paulo, en cuatro fragmentos con doce párrafos, D. 11,5 (casi una columna entera en la edición del Digesto de Mommsen/Krüger). *Alea* es la denominación para el dado de juego que se utiliza todavía hoy en día. El dado se lanzaba, como cuando Julio César atravesó el Rubicón en el año 49 a. C. (*Alea iacta est*)¹⁶. En sentido figurativo, *alea* quiere decir el juego de azar de cualquier tipo. Sin

11. Los dados redondeados o *tabas –tali–* tenían solamente 4 casillas para números. Los cuatro cuadros tenían los valores 1, 3, 4 y 6; los valores 2 y 5 no aparecían.

12. Sueton, Augustus 71; KURYŁOWICZ, Studi Sanfilippo IV 270 s. Por medio de ejercicios corporales, algunas personas mayores podían rendir aún de manera considerable: Nigel B. CROWTHER, Old Age, Exercise, and Athletics in the Ancient World, Stadion 16.2 (1990) 171-183 = CROWTHER, Athletica. (Hildesheim 2004) 255 y ss. Cicero, Cato maior de senectute 34: *potest...exercitatio et temperantia etiam in senectute conservare aliquid pristini roboris...*

13. KURYŁOWICZ, Studi Sanfilippo IV 275 s.; Ernst BALTRUSCH, Regimen morum (München 1988) 103 s.

14. En el Digesto, citado junto con un *vinarius* (un bebedor habitual): D. 21,1,4,2; 21,1,25,6.

15. KURYŁOWICZ, Leges aleariae und leges sumptuariae im antiken Rom, Studia in honorem V. Pólay (Acta Univ. Szegediensis 33, Szeged 1985) 271-279.

16. Sueton, Divus Iulius 31 y ss.

embargo, el adjetivo «aleatorio», bajo el cual encuadramos hoy una categoría de contratos con riesgo incrementado¹⁷, todavía no se usaba en el latín clásico.

Según el informe de Tácito (*Germania* cap. 24), los germanos se inclinaban hacia la pasión por el juego de manera exagerada. Quien al tirar los dados ya había perdido todo su patrimonio, podía incluso, con el último lanzamiento, jugarse su libertad; entonces el perdedor se dejaba atar y vender como esclavo: a los ojos del romano Tácito se trataba de un vicio desmedido por el juego, que los germanos todavía llamaban *fides* (fidelidad; esta perversión se podría llamar «*fides teutonica*»).

En Roma, por el contrario, el edicto del pretor contenía un paquete de medidas para contener el vicio por el juego. Este programa se componía de tres previsiones, que aún pueden verse brevemente en el título del Digesto 11,5. El primer punto del programa se dirigía contra el organizador de juegos de azar, que no podía invocar la protección jurídica, en un sentido más amplio que el que tiene esta expresión en el derecho moderno. Si el organizador era golpeado o lastimado de alguna manera, o si algo era robado en su casa mientras se estaban realizando los juegos, el autor de la lesión o del robo no incurría en ninguna responsabilidad; la demanda interpuesta contra él se rechazaba (*denegatio actionis*). El segundo punto servía para proteger a cualquiera del uso de la violencia para tomar parte en los juegos. Una tercera cláusula se ocupaba, por último, de los juegos de esclavos y niños que carecían de plena capacidad.

V. CUMPLIMIENTO Y CARACTERIZACIÓN DE LA DEUDA DE JUEGO

De manera excepcional, en el Derecho romano se permitían las apuestas relacionadas con destrezas o habilidades corporales, *virtutis causa*. Antes de ocuparnos de nuestro tema principal (apartado VI), planteemos brevemente estas dos preguntas generales: 1. ¿Cuándo y en qué condiciones se entiende «cumplida» una deuda de juego, de

17. Definiciones y enumeraciones en el artículo 1964 del Código civil francés y en los §§ 1267 y 1269 del ABGB austriaco. Una definición sin enumeración se da en el artículo 1790 del Código civil español. Enumeraciones sin definición se dan, por ejemplo, en el artículo 2258 del Código civil chileno. El antiguo Código civil brasileño de 1941 trataba en el capítulo «Dos Contratos aleatórios» (artículo 1118 y ss.) principalmente de la *emptio spei*. El antiguo *Codice civile* italiano de 1865 contenía en el artículo 1102 una definición; el nuevo *Codice* utiliza en ocasiones el término *contratti aleatori* (por ejemplo, artículo 1448 comma 4), pero sin definición.

manera que queda excluida su repetición? 2. ¿Cómo se caracteriza una deuda de juego dentro del sistema de las pretensiones?

1. Una deuda de juego se tiene por cumplida cuando el perdedor paga voluntariamente al ganador (artículo 1.798 del Código civil español). Según el ABGB austriaco, el depósito realizado a un tercero es también suficiente¹⁸. Sin embargo, para la doctrina alemana el depósito realizado a un tercero equivale al cumplimiento solamente en el caso de que el depositante haya renunciado a la restitución, de acuerdo a los §§ 376 párrafo 2 núm. 1, y 378 del BGB¹⁹. Pero una renuncia anticipada tiene escaso sentido, y es raro que se dé. Esto es debido a que el jugador no tiene en cuenta el riesgo de perder, sino que espera ganar; no sólo quiere recuperar lo que ha apostado, sino llevarse además la apuesta del adversario. Se protege mejor al perdedor en Italia donde, según el artículo 1933 comma 2 del *Codice civile*, la pretensión de restitución solo es rechazada si él cumple *spontaneamente dopo l'esito del giuoco o della scommessa*. Para proteger el interés del perdedor, se escoge el último momento posible: después de conocerse el resultado del juego o la apuesta.

Algunas codificaciones consideran admisibles las reclamaciones que provienen de estafa dolosa, o para el caso de minoría de edad o incapacidad del perdedor para disponer de su patrimonio (artículo 1798 del Código civil español)²⁰. Donde no hay este tipo de limitaciones (como en el Derecho alemán), se puede conseguir el mismo resultado a través de las disposiciones generales sobre los vicios del consentimiento²¹. A esto se suma el caso de que se haya utilizado violencia (*metus*)

18. § 1271 ABGB: «Redliche und sonst erlaubte Wetten sind insoweit verbindlich, als der bedungene Preis nicht bloß versprochen; sondern wirklich entrichtet, oder hinterlegt worden ist. Gerichtlich kann der Preis nicht gefordert werden». Similar el ALR prusiano I 11 § 579; para los Proyectos de Hessen, Baviera y Dresden, véase MUGDAN, Die gesammten Materialien zum BGB II, S. 360 nt. *. Los redactores del BGB no incluyeron la mención al depósito a un tercero. En favor de esta solución se alega que el depósito frente a un tercero hace al jugador consciente del riesgo, como cuando se apuesta en la ruleta ante los ojos del crupier.—En el Digesto se encuentra la entrega de la apuesta de ambas partes a un depositario imparcial en D. 19,5,17,5. Este texto se plantea una pregunta, que no es relevante aquí, sobre qué acción tiene el ganador frente al depositario para que le entregue lo ganado. Véase WACKE 2013, 215 y ss.

19. Opinión general según HABERSACK § 762 BGB núm. marg. 22 nt. 84.

20. Código civil francés, artículo 1967; Código civil español, artículo 1798; Código civil italiano, artículo 1933 comma 2.

21. Es necesario que el vicio del consentimiento exista en el momento del cumplimiento de la prestación; NIETO ALONSO, al artículo 1798 Código civil párrafo 3 (al final). A favor de esta interpretación, el texto de la disposición. Sin embargo, la estafa o la coacción al jugar deben justificar siempre una acción de restitución (a menos que el perjudicado haya pagado a pesar de conocer el vicio). Ya en la antigüedad romana hay indicios de estafa

para obligar a jugar²². Cuando los hijos de familia o los esclavos sufrían pérdidas de juego, se aplicaba el D. 11,5,4,1, por el que el *pater familias* o *dominus* podían solicitar la restitución de lo apostado (en ese sentido también el artículo 2262 del Código civil chileno). En otros casos, el derecho romano clásico no aceptaba la pretensión de recuperación de lo apostado²³. Justiniano, por el contrario, en una Constitución en griego del año 529 d. C autorizaba a recuperar lo perdido en juego en cualquier situación (véase abajo apartado VI.5). Sin embargo, esta disposición general no fue recibida como derecho romano común, leal a la regla *Graeca non leguntur*²⁴. Incluso el Tribunal Supremo del Reich, ya antes de la entrada en vigor del BGB, se distanció de esa dirección y negó la posibilidad de recuperar lo perdido según el derecho común tardío²⁵. Con todo, del empobrecimiento que causa el pago voluntario de una deuda de juego debería protegerse tanto al jugador como a quienes tenga un derecho de alimentos respecto de éste²⁶.

2. La exclusión de la posibilidad de recuperar lo perdido *ex* § 762 párrafo 1 oración 2 del BGB (y muchas otras disposiciones extranjeras

al tirar los dados. Se han encontrado dados falsificados con números duplicados, o alterados por medio de pesos internos de plomo, para incrementar la probabilidad de ganar. Para evitar este tipo de artimañas o que los dados rodaran influenciados por las manos humanas, se tiraban con vasos o con torres de dados, dentro de las cuales los dados rodaban por la mesa. Para ello Dirk BRACHT, *Falschspiel* (2011).

22. La coacción para obligar a jugar se penaba fuertemente según D. 11,5,1,4-2pr.

23. Correctamente MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* 860 s. Rebatible: En D. 11,5,4,2 se menciona para un caso especial una *repetitio «utilis ex hoc edicto»*. Otto LENEL conjeturaba en *Das Edictum perpetuum* (3. Aufl. 1927) p 176 (§ 64[63]), que el edicto *De aleatoribus* llegó incompleto, y que en el derecho clásico se permitió en general una acción de recuperación de lo perdido en juegos no autorizados. Esta opinión la siguieron varios, incluso la traducción alemana del Digesto de BEHREND/KNÜTEL *et alii* III (1999) 24 nt. 1. Sin embargo, las palabras *ex hoc edicto* en el § 2 aluden solamente al caso mencionado en el anterior § 1, sobre la repetición de las pérdidas de juego sufridas por personas bajo potestad, similar al artículo 2262 del Código civil chileno y al artículo 1.798 (*in fine*) del Código civil español. Una posibilidad general de obtener la pretensión de restitución resulta difícilmente compatible con el rechazo programático de la protección jurídica en el edicto del pretor (D. 11,5,1pr.).

24. No fue así en el Derecho común más reciente, GLÜCK, *Pandecten* 11, 343 y ss., 346 s., por la recepción global del derecho romano (*in complexu*). El derecho romano sobre juego y apuesta no fue en ningún momento unitario. Entre el derecho clásico y justinianeo se dieron diferencias considerables. Decidir en este caso cuál es la *lex posterior* aplicable es también difícil, ya que la Constitución de Justiniano de 529 d. C. se dio antes de la entrada en vigor del Digesto, y se mantuvieron aplicables las reglas clásicas de siglos anteriores.

25. Reichsgericht, Sentencia del 24. 4. 1897, *Amtliche Sammlung*, RGZ 39, 163 y ss.

26. El artículo 2146 del Código civil guatemalteco (de 1966) reconoce, como parte de la pretensión de alimentos, el derecho a anular una deuda de juego pagada por el cónyuge. Otras codificaciones no contienen una disposición así. De manera análoga, se debe mencionar en todo caso las disposiciones sobre impugnación de la donación, ya que el pago intencional de algo que no es deuda se asemeja a una donación (comparar § 814 caso 1 BGB; *similis videbitur ei qui donat*, D. 46,2,12).

paralelas)²⁷ se asemeja a la exclusión de la *condictio indebiti* en caso de cumplimiento voluntario de una obligación no exigible, de acuerdo al § 814 caso 1 BGB²⁸. Sin embargo, el perdedor no puede repetir ni siquiera cuando crea que se ha obligado lícitamente²⁹. En virtud de la *soluti retentio* permitida al *accipiens*, la deuda de juego se asemeja en principio a una obligación natural. A pesar de este parecido superficial, la deuda de juego no es ni una *obligatio naturalis*³⁰ (como una deuda prescrita, § 214 párrafo 2, antigua versión § 223 del BGB), ni el equivalente al cumplimiento de una obligación que responde a un deber ético o conforme a las buenas costumbres (en el sentido del § 814 segundo caso del BGB). Una obligación natural se puede asegurar por medio de una fianza o de una prenda. Una prenda entregada puede ser ejecutada por el acreedor pignoraticio incluso después de haberse cumplido el tiempo de la prescripción³¹. Al contrario, las garantías accesorias constituidas para «deudas» de juego o de apuestas no tienen ningún efecto³², por ello el concedente las puede recuperar³³. Tam-

27. El Código civil polaco de 1964 no contiene ningún título sobre juego y apuesta; solamente contiene una breve disposición sobre la exclusión de la repetición en el Derecho del enriquecimiento injustificado (artículo 413 § 1): «Wer eine Leistung aus Spiel oder Wette erfüllt, kann keine Rückgabe verlangen, es sei denn, dass das Spiel oder die Wette verboten oder unehrlich gewesen sind» (Traducción alemana: Polnische Wirtschaftsgesetze, 3. Aufl. Warszawa 1998).

28. El Código civil japonés no conoce la figura de la obligación natural; en su lugar, se apoya en la disposición del artículo 705, que equivale al § 814 caso 1 del BGB (arriba nt. 26). Ver Rafael DOMINGO, Nobuo HAYASHI, Código Civil Japonés (Madrid/Barcelona 2000) p. 216 nt. 335.

29. HENSSLER, Risiko als Vertragsgegenstand (1994) 489 y ss.

30. Götz SCHULZE, Die Naturalobligation (2008), diferencia justificadamente distintos tipos de obligación natural. El tratado extenso sobre el tema de BONFANTE (1915/1921) es incomprensiblemente polémico.

31. § 216 párrafo 1 BGB. «Versatz verjährt nicht» (La prenda no prescribe). *Vincula pignoris durant personali actione submota*, Gordian C. 8,30(31), 2 (anno 240 p. C.). Esta excepción debería entenderse aplicable sólo a la prenda entregada al acreedor, pues su tenencia se consideraba como una interrupción de la prescripción; así Justino C. 7,39,7 (anno 525 p. Chr.), y también el ABGB austriaco § 1483; el ZGB suizo artículo 140; el ALR prusiano I 20 § 246. El § 216 párrafo 2 oración 1 del BGB va más allá, con la posible realización de cosas transmitidas en garantía que permanecen en posesión del deudor; incluso de cosas transmitidas bajo reserva de dominio, como introduce el párrafo 2 oración 2 del § 216 del BGB en su versión reformada. Esta regulación lleva prácticamente a que las pretensiones garantizadas por transmisión fiduciaria o reserva de propiedad no prescriban; sus consecuencias contradicen el principio según el cual, después de que la prescripción haya operado, ninguna de las partes puede pedir algo de la otra. Para ello ver WACKE, Kritik an der «Unverjährbarkeit» dinglicher gesicherter Ansprüche, en: Von der Sache zum Recht, Festschrift für Volker Beuthien (2009) 75-96.

32. ENNECERUS, LEHMANN, Derecho de obligaciones II 2 § 189 II p. 786 y ss. Para la fianza, artículo 502 párrafo 4 del Derecho de obligaciones suizo. Después de pagar voluntariamente al ganador, el fiador carece de acción contra el perdedor (artículo 507 párrafo 6).

33. HABERSACK § 762 BGB núm marg. 18.

co tienen efecto los acuerdos bajo cláusula penal. El perdedor puede compensar, pero el ganador no. Las pretensiones derivadas de juego y apuesta tampoco son exigibles cuando se convierten en un reconocimiento o una promesa de deuda (§ 762 párrafo 2 del BGB). En el derecho romano se dejaban sin efecto por medio de la llamada *exceptio negotii in alea gesti*³⁴. Si no se hacían en forma de estipulación, las deudas derivadas de juego o apuesta podían ser rechazadas de oficio por el juez, debido a que *ex nudo pacto non oritur actio*³⁵.

VI. APUESTAS DEPORTIVAS PERMITIDAS VIRTUTIS CAUSA EN EL DERECHO ROMANO

1. Las deudas relacionadas con habilidades deportivas estaban permitidas *virtutis causa*. Al contrario que los juegos de azar, que buscan únicamente el entretenimiento, en las apuestas deportivas los participantes rivalizaban entre sí; su resultado no dependía del azar, sino del esfuerzo y la habilidad de los competidores.

D. 11,5,2,1 (*Paulus libro nono decimo ad edictum*): Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat:

D. 11,5,3 (*Marcianus libro quinto regularum*): in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

«Un senadoconsulto prohibió jugar por dinero, excepto si alguno compite para tirar la lanza o el dardo, o para correr, saltar, luchar o pelear, porque se hace por virtud;

en tales juegos también las leyes Ticia, Publicia y Cornelia consideran lícito hacer apuestas; pero no lo es lícito en otros juegos de azar en los que la competición no se hace por virtud»³⁶.

34. Ulpiano D. 22,3,19,4 (*sive in alea gestum esse contendatur*); Paulo D. 44,5,2,1 (*exceptione summovebitur emptor*); LENEL, Edictum perpetuum 176, 512.

35. Desconcertantemente simple es la norma básica sobre juego y apuesta en el Código civil chileno, artículo 2260 apartículo 1: «El juego y la apuesta no producen acción, sino solamente excepción». Esta disposición es imprecisa en cuanto a la carga de la prueba puesto que, como el ganador carece de acción para exigir lo ganado, debe probar que su acción es válida. Frente a la acción basada en una promesa de deuda, el demandado debe probar que no hay acción. HABERSACK § 762 núm marg. 18. Por esto, la declaración de una promesa de deuda dificulta el régimen de prueba en perjuicio del perdedor.

36. KURYŁOWICZ (nota al pie 15) 276 s.; el mismo, SZ 102 (1985) 196 s.; NARDI, Scritti I 709.

Sobre la celebración de una apuesta sólo algunas fuentes literarias otorgan alusiones escuetas³⁷. Una apuesta presupone (por lo menos) dos afirmaciones contrarias. Si éstas se dieron entre competidores o entre espectadores, debe dejarse abierto; se deben aceptar ambas posibilidades³⁸. Si el público apuesta entre sí, las afirmaciones contradictorias deben haber sido algo así: «¡Titius va a ganar!» –«¡No, Sempronius va a ganar!»³⁹. Si la apuesta ocurre entre los competidores mismos, se debería decir lo mismo, pero conjugando la fórmula en primera persona.

Las apuestas se realizaban (y todavía hoy se hacen) de dos maneras: como apuestas en metálico («Bareinsatzwette»), o como apuestas por medio de promesas («Versprechenswette»). En el primer texto de Paulo la locución «*in pecuniam ludere*» se refiere a la apuesta monetaria, en el segundo fragmento de Marciano las palabras «*sponsionem facere*» se relacionan con la apuesta por medio de promesa. En la apuesta monetaria los participantes entregaban un objeto de valor como apuesta; el ganador recuperaba su apuesta y además conseguía la del otro. En la apuesta por medio de promesa no se debía entregar ningún valor, lo que simplificaba su conclusión; bastaba la celebración de estipulaciones bilaterales. El ganador no debía pagar nada, ya que la condición de su estipulación quedaba sin efecto; pero para hacer valer judicialmente su pretensión frente al perdedor (surgida como consecuencia del cumplimiento de la condición) debía acudir a la *actio certae pecuniae* (o *condictio*), y esto era para él un inconveniente. En la promesa, el perdedor corría el riesgo de dejarse llevar por su avaricia apostando una gran suma sin tener que entregarla, para terminar arruinándose financieramente. Por el contrario, en la apuesta monetaria efectuada en metálico el riesgo no era tan grande, ya que no se podía perder más de lo que cada uno llevara consigo y pudiera entregar.

2. La apuesta monetaria la describen las fuentes literarias como *pignore certare* o *pignus ponere*⁴⁰. Por «*pignus*» (prenda, en sentido

37. Carl SCHOENHARDT, *Alea: Über die Bestrafung des Glücksspiels im römischen Recht* (Diss. jur. Tübingen 1885) 7 y ss.; más reciente NARDI, *Scritti* I 703 y ss.

38. Entonces, la fórmula imprecisa *praeterquam si quis certet* etc. en D. 11,5,2,1 ¿rige sólo para las apuestas entre participantes, o pueden éstos crear otras apuestas entre sí? En el primer sentido, Francia (véase apartado VII.2a). Sin embargo, las apuestas entre el público son mucho más frecuentes, y no hay motivo para hacer diferencias y prohibir las apuestas entre el público.

39. Una disputa simple («Titius va a ganar»), sin contradecación, no es suficiente para una apuesta. De otra opinión, KURYŁOWICZ, *SZ* 102 (1985) 190 s. nt. 27. En caso de que haya más participantes se puede apostar en más de dos sentidos.

40. KURYŁOWICZ, *SZ* 102 (1985) 190. De *ponere*, *positum* se deriva la denominación española *apuesta* y *postor* = Bieter, Steigerer. En italiano, *posta* quiere decir también

estricto prenda posesoria o prenda con desplazamiento) se entiende aquí de manera no técnica la apuesta en sí misma⁴¹, como en el «juego de las prendas» (Pfänderspiel) que todavía es utilizado por los niños⁴². El término no es propio, pues en este caso no existe un derecho accesorio que asegure el cumplimiento de la deuda; es una simple prenda real (reines Sachpfand)⁴³, que puede consistir también en dinero efectivo (comparar *in pecuniam ludere*). En D. 19,5,17,5 se mencionan los anillos (véase nota a pie 18).

La *sponsio* era en el proceso formulario romano un acuerdo verbal condicionado realizado por la oposición de las pretensiones frente a un tribunal (*legis actio per sponsionem*). A la acción se oponía una contra-promesa por parte del demandado en forma de *restipulatio*. Las promesas se extinguían dependiendo de quién ganara o perdiera. Este tipo de apuesta era característico del proceso antiguo de las *legis actiones*. En las instituciones de Gayo 4,91 y ss. se esquematizan las particularidades. Después de la derogación del procedimiento formulario en la antigüedad tardía, los compiladores de Justiniano eliminaron prácticamente la *sponsio* de las fuentes⁴⁴. En los pocos textos que se conservan actualmente, la palabra *sponsio* se refiere exclusivamente a la apuesta común⁴⁵.

3. ¿Cuál de los dos tipos expuestos se utilizó en la antigüedad para las apuestas deportivas permitidas? En su mayoría debieron ser apuestas espontáneas; sobre un sistema de apuestas organizadas no se ha transmitido nada⁴⁶. Debido a las limitadas posibilidades de comunicación, es difícil pensar que se hayan dado apuestas de ámbito interregional. Pero seguramente sí existieron apuestas *ad hoc* entre el público, en el contexto de competiciones que ponían a prueba las habilidades de los participantes. Estas apuestas necesitaban un mínimo de organización. Las grandes competiciones por equipos, como

apuesta (frz. *mise*). La palabra alemana «Wette» (*wadia*) se relaciona a la palabra «Pfand» (prenda); HAGEMANN (1964) 63 y ss.

41. Abundantes referencias doctrinales en RUDORFF, Über die Pfandklagen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 (1846) 194 y ss.; download gratuito: <http://dlib-zs.mpiers.mpg.de/pdf/2085190/13/1846/20851901318460189.pdf>; brevemente reproducido por Charles MAYNZ, Cours de droit romain II (4. ed. Bruxelles 1877) § 266 nt. 9; más indicaciones en KASER, Studien zum römischem Pfandrecht (Napoli 1982) 3 nt. 10.

42. A. ERLER, Artículo Pfänderspiel, HRG (1. Aufl. 1983) 1676 s.; L. CARLEN, Artículo Kinderlied, Kinderspiel, HRG (2. Aufl. 2012) 1754 s.

43. W. OGRIS, Artículo Wette, Lexikon des Mittelalters [LexMA] 9 (1998) 43.

44. Para los citados HEUMANN, SECKEL, Handlexikon s. v. *sponsio*.

45. Así, sobre todo para el Derecho común: C. F. MÜHLENBRUCH, Doctrina Pandectarum (2. ed. Bruxelles 1838) § 427; W. X. A. v. KREITTMAYR, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem IV (München 1844) Kap. 12 § 6.

46. STEPHAN MÜLLER, Artículo Wetten, Der Neue Pauly [DNP] 12/2 (2002) 500.

ocurre hoy con el fútbol, no se conocían todavía⁴⁷; pero las carreras de cuadrigas en el circo eran las que atraían a la mayoría de seguidores⁴⁸. Los seguidores de las cuatro *factiones* habrían apostado según las posibilidades de ganar de sus favoritos. Sus intereses colectivos se debieron haber organizado de alguna manera. Era más fácil que estas apuestas en masa se desarrollaran en forma de apuestas pecuniarias en efectivo, que no por medio de promesas. Es muy probable que una persona neutral recogiera las apuestas pecuniarias dentro del público⁴⁹, y después de la conclusión de la carrera entregara lo ganado a quien correspondía. Para ello debía quedar claro quién había apostado por quién y por cuánto. Cuanto más famoso fuera un competidor debido a sus éxitos, más alta sería la apuesta que se hacía en su favor.

Al margen de las competiciones deportivas antiguas, las apuestas de ese tipo debieron aparecer en situaciones cotidianas. De otra manera, ni el legislador ni el Senado hubieran tratado de ellas expresamente, para permitir las. ¿Qué *ratio*, qué finalidad jurídica se encontraba detrás de esta excepción? ¿Qué tienen que ver con la *virtus* las apuestas de este tipo (sobre todo entre los espectadores que no participaban directamente en la competición)? Está claro que permitiendo estas apuestas no se fomentaba el esfuerzo físico del público. Sin embargo, por medio de gritos y aplausos el público podía incentivar a los competidores para obtener mejores resultados y así aumentar la tensión en la arena, aunque los competidores mismos no ganaran por ello beneficio pecuniario alguno. De este modo, los aficionados, aunque no participaran, tenían mediante las apuestas un interés personal en el resultado del torneo⁵⁰. El fomento indirecto de la *virtus* por medio del incremento del espíritu de competencia se consideraba un interés digno de ser protegido jurídicamente. Por otro lado, resultaba también obvio que aumentaban tanto el peligro de que llegaran a producirse tumultos entre los hinchas⁵¹, como el peligro de revueltas por el incentivo financiero y el riesgo de pérdida.

47. W. DECKER, Rec. Horsmann, Wagenlenker, en: Nikephoros 14 (2001) 302.

48. Fuentes literarias en MÜLLER (nt. 46).

49. «Collecteurs» se llamaban en el ALR I 11 §§ 559 y ss. y GLÜCK, Pandecten 11 (1809) 358 y ss. a los que recolectaban en la lotería territorial.

50. MÜLLER loc. cit. p. 499. Generalmente I. WEILER, Zum Verhalten der Zuschauer bei Wettkämpfen in der alten Welt, en E. Kornexl (Hrsg.), Spektrum der Sportwissenschaften (1987) 43-59. Otras referencias sobre el entusiasmo por las carreras y el *furor circensis* en HORSMANN, Die Wagenlenker der römischen Kaiserzeit (Stuttgart 1998) 93 nt. 4, 96 y ss.

51. Comparar D. 48,19,28,3; M. VANZETTI, Iuvenes turbolenti, Labeo 20 (1974) 77-82; J. GEBHARDT, Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom (1994) 20 y ss. Especialmente reciente, Matteo DE BERNARDI, Atti di violenza in occasione di manifesta-

4. La enumeración de las disciplinas en las que se podía apostar –según D.11,5,2,1– es meramente enunciativa, no taxativa. Las carreras de carros y el pancracio (especie antigua de lucha libre profesional) no se mencionan, a pesar de que según D. 3,2,4pr. y D. 9,2,7,4 también se entendían realizadas *virtutis causa*. El lanzamiento de jabalina, de martillo y de disco fueron añadidos acertadamente por los glosadores.

5. Justiniano reguló en una Constitución del año 529 d. C, redactada en griego, la admisibilidad de las apuestas de una manera básicamente nueva.⁵² Solamente se podía apostar en cinco disciplinas (que no se deben confundir con el pentatlón antiguo). El significado exacto de los términos griegos es hasta hoy todavía incierto⁵³.

VII. APUESTAS DEPORTIVAS SEGÚN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ACTUALES

1. Entre las codificaciones actuales, hay que diferenciar fundamentalmente la familia germánica de la francesa. Prusia, Austria, Alemania y Suiza declararon no exigibles las deudas de juego y apuestas, sin excepciones. Por otra parte, lo pagado por estas deudas no se puede repetir (como se expuso en el apartado VI.1; fue de otro modo en el derecho justiniano: apartado VI.5). Como consecuencia, se aceptan únicamente las apuestas pecuniarias efectuadas en metálico. En este tipo de apuestas solo se puede perder aquello que el perdedor ha llevado consigo y ha dado de manera voluntaria. Esta razonable limitación se encuentra por primera vez en un acuerdo del Consejo de Augsburgo de 1377⁵⁴.

A partir del Código civil francés, los diversos códigos en los que influyó consideran exigibles las promesas realizadas en apuestas relacionadas con el esfuerzo físico. Esto es una notable recepción del derecho romano. Sin embargo, desde la perspectiva del análisis económico, nos podemos preguntar si el interés del ganador es lo suficientemente serio como para concederle que pueda exigirlo ante un

zioni sportive: alcuni «precedenti» nell'epoca dell'Impero romano, in: Rivista di Diritto Romano XI–2011, <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (15 páginas con comprobantes actuales).

52. Codex Just. 3,43,1,4 (arriba notas 10 y 24-25). Traducción tardía al latín en SPRUIT, Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling VII (2005) p. 610 s., con traducción al holandés. Antigua traducción al alemán en OTTO, SCHILLING, SINTENIS, Das Corpus Iuris ins Deutsche übersetzt V (1832) p. 519 y ss.

53. Sobre las propuestas de interpretación, GLÜCK, Pandecten 11 (1809) 326 s., y más recientemente, NARDI, Scritti I 701 y ss. Un panorama histórico, jurídico y comparado en HENSSLER, Risiko als Vertragsgegenstand (Tübingen 1994) 422 y ss.

54. SCHUSTER, Das Spiel (Wien 1878) 143.

juez. Estos Códigos se han pronunciado a favor⁵⁵. El precepto más antiguo –artículo 1966 del *Code*– establece:

Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente [sobre la prohibición de apostar]⁵⁶.

Traducido al alemán, el Derecho territorial de Baden de 1809 (Badisches Landrecht, vigente hasta la entrada en vigencia del BGB) establecía en su artículo 1966:

Spiele zur Waffenübung, Wettrennen zu Fuß oder zu Pferd, Wettfahren, Ballspiel und andere gleichartige Spiele, wobei es auf Gewandtheit und Leibesübung ankommt, sind von jenem Verbot [sc. del artículo 1965] ausgenommen.

Disposiciones de igual contenido se encuentran en el antiguo Codice civile italiano de 1865 (artículo 1803), en el Código civil español de 1889 (artículo 1800), en el nuevo Codice civile italiano de 1942 (artículo 1934)⁵⁷, y también en los países latinoamericanos, como en el Código civil chileno de 1855 (artículo 2263), o el brasileño (de 2002, véase la nota a pie 77)⁵⁸. En el *Code* de 1804, la excepción del artículo 1966 supuso una anticipación del futuro que habría de venir, ya que los primeros corredores de apuestas (en inglés, *bookmaker*) se establecieron en 1789 en Londres para las carreras de caballos. En Francia se encuentran los *pari mutuel* en 1871, y en Alemania estuvieron prohibidos hasta 1922⁵⁹. La detallada disposición francesa conserva todavía

55. Sobre la *ratio legis* escribe Emilio VALSECCHI, Artículo Giuochi e scommesse (dir. civ.), ED 19 (1970) 55: «La ragione della piena tutela della scommessa si giustifica come riflesso dell'importanza che, in ogni tempo e luogo, ha sempre assunto l'attività sportiva: dai vantaggi di interesse generale che detta attività reca, sorge anche l'esigenza del reperimento dei mezzi finanziari necessari al suo impulso...».

56. Idéntico texto en el Código civil belga, traducido también al flamenco.

57. La versión italiana de 1942 precisó tres puntos respecto de la antigua versión de 1865: 1. También los que no participan en la competición pueden concertar apuestas («anche rispetto alle persone che non vi prendono parte»). 2. Sólo si se ha pagado voluntariamente al terminar el juego o la apuesta resulta excluida la repeticion («dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa»). 3. El Tribunal puede también rechazar o reducir el crédito del ganador («rigettare o ridurre la domanda»).

58. Una panorámica completa desde una perspectiva histórica y de derecho comparado, también sobre numerosas codificaciones latinoamericanas, puede encontrarse en ECHEVARRÍA DE RADA, Los contratos de juego y apuesta (Barcelona 1996) 30-68. No tan completa ni precisa es la aportación, limitada a la historia española, de LÓPEZ MAZA, El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil (Navarra 2011) 31 y ss.

59. Datos obtenidos en la Brockhaus-Enzyklopädie vols. 4 y 27 (2006) Artt. Buchmacher y Totalisator. «Totalisator» se latiniza en francés como *totaliser* «sumar todo». Las

un colorido histórico⁶⁰. Las mencionadas carreras de carros (*courses de chariot*) recuerdan a las antiguas carreras en el circo, recreadas por la exitosa novela –varias veces hecha película– «Ben Hur» (1880), del estadounidense Lewis Wallace (1827-1905). El motivo alegado por Paulo y Marciano (D. 11,5,2,1 y 3) para justificar este privilegio –la mencionada *virtutis causa*– no se encuentra sin embargo en ninguna de las codificaciones modernas. Una novedad, respecto de los ejemplos de las fuentes jurídicas romanas, son las apuestas relacionadas con el manejo de armas (*exercer au fait des armes*); se piensa en el tiro con arco o con ballesta, o en los campeonatos de tiro. Esta ampliación de los modelos antiguos se puede hacer retroceder hasta los torneos de caballeros en la Edad Media⁶¹. Su fin era arrojar de la silla del caballo al adversario por medio de una lanza desfilada⁶². Sin embargo, no se podía considerar dentro de la excepción una apuesta que pusiera como condición el resultado de la guerra –«si ganamos la batalla»–, ya que nadie apostararía que el enemigo pudiera vencer. Tampoco se podría apostar en una corrida que el torero venza al toro. Hubiera sido sacrílego hasta la mera consideración de este tipo de apuesta⁶³; hubiera sido inmoral. Un viejo ejemplo de una apuesta inmoral es la de competir para superar a los demás en una borrachera.

2. En una contemplación más a fondo sobre las apuestas deportivas surgen tres problemas:

a) Según los textos legales, se privilegia a los *jeux*, juegos, Spiele, pero no se menciona a las *pari*⁶⁴, apuestas, Wetten. El juego y la

cantidades entregadas se sumaban; después de detraer los gastos (de organización) e impuestos se entregaba lo ganado a quien correspondía.

60. Para una interpretación histórica y actualizada, NIETO ALONSO, Comentario al artículo 1800.

61. Francia era el lugar de los torneos *par excellence*; en ocasiones se caracterizaba el torneo como una costumbre francesa por antonomasia. Algunos príncipes franceses fueron vistos de manera más noble por participar en estos torneos; véase PH. CONTAMINE, Artículo Turnier, *Lexikon des Mittelalters* 8 (1997) 1114 y los artículos sobre otros países que allí se citan.

62. A. ERLER, Artículo Turnier, HRG 5 (1992) 384 y ss. Para las prohibiciones eclesiásticas, véase también WACKE, *Unfälle bei Sport und Spiel im römischen und geltenden Recht*, *Stadion* 3 (1978) 38. Las prohibiciones que se daban, entre otros motivos, por el riesgo de accidentes, estaban en conflicto con la preparación militar, que era muy importante en la Edad Media. La decretale *De torneamentis* de 1366 del Papa Juan XXII permitía a los caballeros inscribirse solamente si tomaban parte en las cruzadas: GUALAZZINI, ED 19, 33 s.

63. *Nefas est tristes casus expetare*: D. 18,1,34,2 se relaciona con el caso de un hombre libre que podría llegar a ser esclavizado. –Probablemente en el antiguo derecho romano las apuestas en las luchas de gladiadores o en las luchas contra fieras se consideraban ilícitas.

64. Para el origen de la palabra francesa *pari* leemos en el *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française* par E. BAUMGARTNER et Ph. MÉNARD (1996): s. v. *parier* (XIV^e s.): du lat. tard. *pariare* «rendre égal, payer un compte». Le sens nouveau de «mettre

apuesta se habían tratado normalmente como iguales; pero aquí parecía necesario distinguir. Según la doctrina francesa, la excepción del artículo 1966 *Code* sólo valía para juegos, no para apuestas, y de este modo se reducía a los participantes en el juego, puesto que los no participantes sólo pueden –por definición– apostar⁶⁵. Por el contrario, en Alemania las llamadas apuestas deportivas o por carreras son calificadas como juego (en contra de su denominación), no como apuestas, porque no se acuerdan para confirmar una disputa⁶⁶. A lo largo de la historia se han utilizado múltiples sutilezas para diferenciar el juego de la apuesta⁶⁷, pero hasta ahora no se ha encontrado una delimitación convincente. Hay que decir, frente a la opinión mayoritaria en Francia, que una apuesta no cambia por el hecho de que sea acordada por el público o por los participantes. El público y otras muchas personas interesadas en las competiciones acuerdan innumerables apuestas más que las que hacen los mismos atletas; y precisamente por ese incomparablemente mayor número de casos, ¿no debería el precepto valer para éstos? El *Codice civile* italiano de 1946 permite expresamente en el artículo 1934 las apuestas realizadas por personas que no toman parte en el juego («anche rispetto alle persone che non vi prendono parte»). Y frente a la limitación alemana puede decirse que las opiniones contrarias pueden referirse a un acontecimiento futuro (la victoria de un equipo). No veo ninguna razón para tratar las apuestas de modo distinto a los juegos. Por *jeux* deben entenderse –aquí también– las apuestas. La limitación de *jeux* a su tenor literal es probablemente una comprensión no deseada de la redacción⁶⁸.

b) En derecho francés y chileno, el juez puede rechazar la pretensión de cumplimiento de una apuesta excesiva, pero no puede reducir la suma debida⁶⁹. Esto recuerda un poco a las consecuencias de la antigua *pluris petitio*. Tampoco una reducción voluntaria ayudaría

une somme en jeu, engager un enjeu» date du XVI^e s. et vient de l'idée de «comparer (deux rivaux) mettre de pair», d'ou «défier par un pari», puis par ext. «affirmer, soutenir».

65. Así, FERID, SONNENBERGER, *Das französische Zivilrecht II* (2. Aufl. 1986) núm. marg. 2 M 108.

66. Así, HABERSACK § 762 BGB núm. marg. 7.

67. Véase A. KRÜGELSTEIN, *Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette* (Leipzig 1869), también bajo <http://books.google.de/books/download/.pdf>.

68. En el Código civil español no es claro si el artículo 1799 equipara expresamente el juego y la apuesta respecto de la consecuencia limitativa establecida en el artículo precedente. En el artículo 1800, que es el que aquí interesa, se mencionan como «no prohibidos» sólo los «juegos». Pero según el siguiente artículo, 1801, hay también, junto a los juegos, apuestas no prohibidas.

69. Artículo 2263 párrafo 2 del Código civil chileno: «En caso de contravención desechará el juez la demanda en el todo».

al demandante⁷⁰. La consecuencia es pradójica. El rechazo de la demanda por ser excesiva es una pena para el demandante, a favor del demandado. Luego parece que rige el principio: ¡Quien apuesta en exceso, no gana nada, pero tampoco arriesga nada! La problemática es semejante al caso de un negocio que atenta a las buenas costrumbres (en el sentido del § 138 párrafo 1 del BGB), donde se discute si el negocio es absolutamente nulo⁷¹, o si el juez puede rebajar la suma debida a una medida tolerable⁷². Parece preferible la solución adoptada por el Derecho español o italiano, donde «la Autoridad judicial puede (...) reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia» (artículo 1.801 párrafo 2 del Código civil español); en el mismo sentido, el artículo 1934 comma 2 del *Codice civile* italiano: «Il giudice può rigettare o ridurre la domanda, qualora ritenga la posta eccessiva». Esto supone, de alguna manera, una «gota de aceite social», de modo similar al § 343 BGB, que permite reducir una cláusula penal sobrevalorada por medio de una declaración judicial. En el Derecho común se consideró si la protección que corresponde al donante⁷³ podría también corresponder a aquél a quien se exige una cantidad apostada excesiva. Ciertamente, una apuesta no contiene ninguna liberalidad; sin embargo, para este caso se concedía muchas veces una facultad de moderación al juez⁷⁴. Para las apuestas deportivas organizadas actuales, este precepto carece de importancia práctica.

c) Evidentemente, las apuestas permitidas no deben entenderse limitadas a las habilidades que tengan relación con el *cuerpo*. ¿No es el esfuerzo mental incluso más «noble» y se debe estimar más alto? Por lo tanto, deben aceptarse las apuestas relacionadas con torneos de ajedrez⁷⁵ o en «olimpiadas de matemáticas», pues el fin de la norma no es otro que prohibir aquellos juegos que solamente dependen del azar⁷⁶. El

70. Así, K. S. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch des französischen Civilrechts II* (7. Aufl. editada por Heinrich DREYER, Heidelberg 1886) § 386, p. 622 n. 10.

71. En este sentido, Werner FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft* (2. Aufl. 1975) § 18.9.

72. En favor de esta solución (al menos en algunos casos), ARMBRÜSTER, en: *Münchener Kommentar zum BGB* (6. Aufl. 2012) § 138 núm marg. 157 y ss.

73. Para ello recientemente WACKE, *Zur Einrede des Notbedarfs bei Schenkungsverprechen etc.*, en: *Studi in onore di Antonino Metro VI* (Milano 2010) 447 y ss.

74. GLÜCK, *Pandecten* 11 (1809) 356 s.

75. Mencionado ya por GLÜCK, *Pandecten* 11 (1809) 327, pero debido al *numerus clausus* de las apuestas permitidas por Justiniano (*supra* VI 5) no se apoyaban. Según GLÜCK ya Séneca había mencionado el ajedrez.

76. Para España, NIETO ALONSO, *Comentario al artículo 1800 Código civil*; Luis DÍEZ-PICAZO, Antonio GULLÓN, *Sistema del Derecho civil II 2* (10. ed. Madrid 2012) cap. 14 II. La regla *Singularia non sunt extendenda* no prohíbe esta analogía.

nuevo Código civil brasileño de 2002 ha sido explícito en este sentido⁷⁷. Los códigos de habla alemana, que conocen solamente apuestas efectuadas en metálico, no necesitan estas disposiciones excepcionales⁷⁸.

VIII. BREVE CONCLUSIÓN

Regresando, para terminar, al hilo conductor de estas ideas, puede verse que en las reglas generales sobre juegos y apuestas –esto es, la exclusión de la acción para exigir el cumplimiento y para recuperar lo pagado– se da una gran unanimidad en todo el mundo. Las disposiciones excepcionales relacionadas con apuestas deportivas exigibles son características de los países de la familia del Código civil francés. ¿Viven en estos países los deportistas más valientes? ¿Obtienen sus atletas en las competiciones internacionales los mejores resultados? Seguramente, debemos poner en duda la respuesta afirmativa a esta última pregunta. Que incluso en países con codificaciones modernas como Italia y Brasil se mantenga el privilegio para exigir el cumplimiento de las apuestas deportivas conlleva una reminiscencia histórica que se obtuvo del derecho de las pandectas (lo que muchas veces escapa a los juristas de los países mencionados). Los juegos de azar y las apuestas de diversos tipos son hoy en día un fenómeno de masas; y en el lugar de aquella disposición «excepcionalmente» permisiva, hace mucho tiempo que nos hemos dado una compleja maraña de reglamentaciones administrativas.

IX. DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG

1. Von den in allen Rechtsordnungen für unklagbar erklärten Forderungen aus Spiel und Wette enthalten die vom französischen

77. Código civil de brasileño (de 2002) artículo 814 § 3: «Excetua-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza *esportiva, intelectual ou artística*, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares».

78. Para los fueros municipales medievales, SCHUSTER (nota al pie 54) 102: «Die alten athletischen Vorzüge der Persönlichkeit zu messen galt den Vertretern der Städte... vielfach nur als leerer bedeutungsloser Zeitvertreib, so dass man keinen Grund fand, diesem Messen eine bessere Behandlung als dem Spiel angedeihen zu lassen». De esa manera se muestra una separación de la burguesía municipal de los ideales de los juegos de caballeros en las cortes del tiempo del feudalismo (nota al pie 61).—Para Escocia, Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (1990) p. 8 nota 37 cita una sentencia judicial de 1848 con las palabras: «However laudable the sport may be, we have far more serious matters to attend to». Sin embargo, para «Die Einordnung der sportlichen Wettkämpfe mit Gewinnprämien» en el derecho alemán actual, véase HENSSLER 463 y ss.

Code civil beeinflussten Kodifikationen eine bemerkenswerte Ausnahme. Spiele zur Waffenübung und Wettkämpfe jeder Art zur Leibesertüchtigung sind danach ausnahmsweise erlaubt; daraus entstehende Ansprüche sind klagbar. Diese Lizenz ist eine beachtliche Rezeption römischen Rechts, denn schon nach D. 11,5,2,1 und 3 waren Spiele um Geld *virtutis causa* und entsprechende Wetten gestattet. Unterschiede bestehen innerhalb des französisch-lateinamerikanischen Rechtskreises in drei Einzelfragen:

a) Als erlaubt nennen die Vorschriften *jeux, juegos, giuochi*, Spiele; nicht erwähnt werden die ihnen ansonsten gleichstehenden *pari, apuestas, scommesse*, Wetten. Aus ihrer Nichterwähnung ist aber (entgegen dortiger Rechtslehre) nicht zu folgern, dass auf Wettkämpfe bezügliche *Wetten* verboten seien. Denn ein Kriterium zur überzeugenden Abgrenzung zwischen Spiel und Wette wurde bislang nicht gefunden.

b) Ansprüche aus überhöhten Wettversprechen kann der Richter in Frankreich und Chile abweisen, aber nach herrschender Ansicht nicht ermäßigen. Übermäßige Versprechenswetten bleiben demnach paradoxerweise für den Gewinner folgenlos, für den Verlierer risikolos. Nach vorzugswürdigem spanischem und italienischem Recht kann der Richter unangemessen hohe Wettansprüche auch reduzieren.

c) Obwohl nach herkömmlicher Gesetzeslage nur *körperliche* Bestleistungen privilegiert werden, sind *intellektuelle* Wettkämpfe nach herrschender Lehre nicht auszuschließen (so neuerdings ausdrücklich Brasilien). Denn nach dem Zweck der Klaglosstellung sollen nur reine Glücksspiele vom Rechtsschutz ausgenommen werden.

2. Mit dem Vordringen organisierter Wettbüros verloren die Sondervorschriften des romanischen Rechtskreises an praktischer Bedeutung. Entbehrlich waren sie seit jeher für den deutschen Rechtskreis, wo nur Bareinsatzwetten, aber nicht Versprechenswetten anerkannt werden. Nach diesem Lösungsmodell kann ein Spieler keine größere Geldmenge verlieren, als von ihm mitgebracht und willentlich hingegen geben wird.

3. Auf eine Spielschuld Gezahltes kann grundsätzlich nach keiner Rechtsordnung zurückverlangt werden. Prozesse um Spielschulden sollen nämlich prinzipiell gar nicht stattfinden. Statthaft ist die Rückforderung ausnahmsweise bei unehrlichem Spiel oder bei mangelnder Geschäftsfähigkeit des Leistenden. So war es nach richtiger Ansicht auch im klassischen römischen Recht. Justinian erklärte die

Rückforderung hingegen generell für zulässig und überdies praktisch für unverjährbar. Diese Lösung wurde jedoch in Europa nirgends rezipiert. Verarmt der Verlierer infolge der Erfüllung einer Spielschuld, so sollte ihm selber oder seinen unterhaltsberechtigten Angehörigen ähnlich wie bei der Schenkung ein Anfechtungsrecht zugestanden werden.

4. Trotz der dem Empfänger zustehenden *soluti retentio* ist die Spielschuld keine Naturalobligation. Für sie bestellte akzessorische Sicherheiten sind wirkungslos, übergebene Pfandsachen sind zurückzugeben. Die Hinterlegung bei einem Dritten steht der freiwilligen Erfüllung einer Wettschuld nach richtiger Ansicht nur dann gleich, wenn sie nach dem Eintritt des den Gegenstand der Wette bildenden Ereignisses erfolgt.

X. LITERATURA PERTINENTE

- BONFANTE, Pietro: Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco, en: *Rivista del diritto commerciale* 13 (1915) 97-133 = BONFANTE, Scritti giuridici varii III (1921) 41-103.
- BRACHT, Dirk: Dem Glück ein wenig nachhelfen. Falschspiel in der Antike, en: Marcus Reuter, Romina Schiavone (Hrsgg.), *Gefährliches Pflaster. Kriminalität im römischen Reich* (Mainz 2011) 121-126.
- DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús: Capítulo III: Del juego y de la apuesta, en: Javier Orduña *et alii* (coordinadores), *Código civil comentado IV* (Madrid, Civitas 2011) artículos 1798-1801, pp. 1019-1046.
- Contrato de juego I: Derecho romano, en: *Index* 37 (Nápoles 2009) 207-218.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: *Los contratos de juego y apuesta* (Barcelona 1996).
- ENNECERUS, Ludwig: *Tratado de obligaciones*, 15. ed. por Heinrich LEHMANN, traducido al español con anotaciones por José FERRANDIS VILELLA y otros (3. ed. 1966) vol. II parte 2, § 189.
- ERLER, Adalbert: Artículo Spiel, Spielbank, en: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG] IV* (1988) 1765.
- FERID, Murad, SONNENBERGER, Hans Jürgen: *Das französische Zivilrecht II* (2. Aufl. Heidelberg 1986).
- FERROGLIO, R.: *Ricerche sul gioco e sulla scommessa fino al secolo XIII*, en *Rivista di Storia del Diritto Italiano [RSDI]* 71 (1998) 273 y ss.

- GLÜCK, Christian Friedrich: De aleatoribus, en: GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten 11 (Erlangen 1809) §§ 757 y ss. Traducción italiana por C. MANENTI en: GLÜCK, Commentario alle Pandette XI (Milano 1903) §§ 757-762, pp. 533 y ss. con muchos comentarios y una extensa «Appendice del traduttore» pp. 585-808.
- GUALAZZINI, Ugo: Artículo Giuochi e scommesse (storia), Enciclopedia di diritto [ED] 19 (1970) 30-49.
- HABERSACK, Mathias: Erläuterung der §§ 762 ff. BGB, en: Münchener Kommentar zum BGB V (6. Aufl. 2013).
- HAGEMANN, Hans-Rudolf: Wette, en: Festschrift für Hans Liermann (Erlangen 1964) 60-76.
- HEIMBACH sen., Artículo Spiel und Wette, en: J. Weiske (Hrsg.), Rechtslexikon für die Juristen aller teutschen Staaten 10 (Leipzig 1856) 412 y ss.
- HENSSLER, Martin: Risiko als Vertragsgegenstand (Tübingen 1994).
- IMPALLOMENI, Giambattista, In tema di gioco, en: Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino V (Napoli 1984) 2331-2346 = IMPALLOMENI, Scritti di diritto romano e tradizione romanistica (Padova 1996) 499-512.
- Il regime del gioco nel Corpus iuris in relazione con alcune codificazioni europee, en: Europa im Aufbruch, Festschrift für Fritz Schwind (Wien 1993) 165-172 = Scritti 643-650.
- KURYŁOWICZ, Marek: Das Glücksspiel im römischen Recht, Savigny-Zeitschrift, romanist. Abt. [SZ] 102 (1985) 185-219.
- Die Glücksspiele und das römische Recht, en: Studi in onore di Cesare Sanfilippo IV (1983) 267-282.
 - Leges aleariae und leges sumptuariae im antiken Rom, in: Studia in honorem V. Pólay (Acta Univ. Szegediensis 33, Szeged 1985) 271-279.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil (Navarra 2011).
- LORENZ, F.: Artículo Spiel und Wette, en Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI (1938) 423 y ss.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: Comentarios al Código civil español Tomo XII (Madrid 1907).
- MOMMSEN, Theodor: Römisches Strafrecht (1899) 860 pp.
- NARDI, Enzo: Monobolo & C. [en relación a la historia de las apuestas deportivas hasta Justiniano], en: Atti della Accademia delle Scienze

- dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali 55 (1987-88) 15-34; = NARDI, Scritti minori I (Bologna 1991) 701-722.
- NIETO ALONSO, Antonia: Del juego y de la apuesta, en: Andrés Domínguez Luelmo, Comentarios al Código civil (Valladolid 2010) 1946 y ss.
- POTHIER, Traité du jeu, acá citado según la traducción italiana: Trattato del giuoco, en: POTHIER, Opere, contenenti i trattati del diritto francese vol. II (Livorno 1836) cap. II § 39.
- SCHOENHARDT, Carl: Alea. Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren römischen Recht (Diss. jur. Tübingen 1885). [Institut für römisches Recht, Köln, Signatur RH 4815 mit 100].
- SCHUSTER, Heinrich M(aria): Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht (Wien 1878).
- VALSECCHI, Emilio: Artículo Giuochi e scommesse (dir. civ.), ED 19 (1970) 50 y ss.
- WACKE, Andreas: Die Rechtsfolgen verbotener Glücksspiele nach dem prätorischen Edikt, en: SZ (en prensa).
- *Gloria* und *virtus* als Ziel athletischer Wettkämpfe etc. und die erlaubten Sportwetten nach römischen Rechtsquellen, en: Peter Mauritsch, Christof Ulf (editores), Kulturen. Formen des Alltäglichen in der Antike. Festschrift für Ingomar Weiler zum 75. Geb. I (Graz 2013) 193-236, en especial 212-221.
- WOHLHAUPTER, Eugen: Zur Rechtsgeschichte des Spiels in Spanien, en: K. Beyerle, H. Finke, G. Schreiber (Hrsgg.), Spanische Forschungen der Görresgesellschaft, 1. Reihe Band 3: Gesammelte Aufsätze zur Kulturgeschichte Spaniens (Münster/Westfalia 1931) 55-128. Vista del contenido al final p. 128. [Disponibile en la Universitäts- und Stadtbibliothek Köln Signatur A10 635-1,3- KG3^b].
- ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Karl Sal.: Handbuch des französischen Civilrechts II (7. Aufl. hrsg. v. Heinrich DREYER, Heidelberg 1886).