

129
rej

TITULO DE TESIS.

**ANALISIS JURIDICO DEL JUEGO Y DE LA
APUESTA COMO CONTRATOS ALEATORIOS
REGLAMENTADOS POR EL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL.**

A L U M N O .

ARMANDO GARCIA VELAZQUEZ.



A S E S O R .

LIC. JORGE SERVIN BECERRA.

ACATLAN, MEXICO 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis Padres y Hermanos.

Con respeto y agradecimiento, por el apoyo brindado durante los años de mi vida, para alcanzar el objetivo que hoy se ve realizado.

Al Licenciado Jorge Servin Becerra.

Como un homenaje de gratitud por el apoyo brindado para la realización del presente trabajo de Tesis.

Al Honorable Jurado.

Con respeto.

A la UNAM.

**Por haberme otorgado la oportunidad de tener una
formación profesional.**

INDICE.
GENERAL.

pag.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS	01
A - DERECHO ROMANO	09
B - DERECHO ESPAÑOL. (LAS LEYES DE PARTIDAS)	13
C - DERECHO FRANCES	19
D - DERECHO MEXICANO	22

CAPITULO II.

EL CONTRATO	32
A - CONCEPTO DE CONTRATO EN DERECHO MEXICANO	33
B - ACEPCIONES DEL TERMINO CONTRATO	34
B1 - CONTRATO COMO ACTO JURIDICO	35
B2 - CONTRATO COMO NORMA JURIDICA	37
B3 - CONTRATO COMO DOCUMENTO	38
C - ELEMENTOS DEL CONTRATO	44
D - PRESUPUESTOS DEL CONTRATO	50
E - CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	59

CAPITULO III.

EL JUEGO Y LA APUESTA COMO CONTRATOS.

A. - EL JUEGO Y LA APUESTA COMO CONTRATOS.	65
B. - CONCEPTOS DE CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA.	68
C. - SUS CARACTERISTICAS.	75
D. - SU CLASIFICACION.	75
E. - ELEMENTOS ESENCIALES.	77
F. - ELEMENTOS DE VALIDEZ.	81
G. - EL JUEGO Y LA APUESTA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.	85
H. - SU DISTINCION COMO CONTRATOS.	92

CAPITULO IV.

LEGISLACION ESPECIAL SOBRE JUEGOS Y APUESTAS.	100
A. - REGLAMENTACION ESPECIAL.	103
B. - LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.	110
C. - JUEGOS PROHIBIDOS.	112
D. - JUEGOS, SORTEOS Y RIFAS PERMITIDOS.	114
E. - CARACTER CONTRACTUAL DE LOS JUEGOS, SORTEOS Y RIFAS PERMITIDOS.	120

CAPITULO V.

CONCLUSIONES. _____ 128

BIBLIOGRAFIA GENERAL. _____ 130

LEGISLACION CONSULTADA. _____ 133

**ANALISIS JURIDICO DEL JUEGO Y DE LA APUESTA, COMO CONTRATOS
ALEATORIOS REGLAMENTADOS POR EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL**

C A P I T U L O I .

ANTECEDENTES HISTORICOS.

A. - DERECHO ROMANO.

**B. - DERECHO ESPAÑOL.
(LEYES DE PARTIDAS).**

C. - DERECHO FRANCES.

D. - DERECHO MEXICANO..

La prohibición y represión de diversas modalidades del juego se remonta a la época de Roma donde sólo se permitían aquellas que tendían al mejoramiento en el manejo de las armas o el desarrollo físico, siempre que no mediaran dolo y astutas maquinaciones. Pero las sanciones establecidas para quienes violaron las disposiciones respectivas no tenían carácter penal, sino más bien Civil, y así se negaba acción al ganador por su crédito y se concedía al perdedor derecho de repetir lo pagado, como pago indebido".¹

Desde la antigüedad el ser humano se ha entretenido inventando y realizando juegos en los que están implícitos la agilidad, la fuerza, la destreza, la inteligencia y el Azar, para señalar al vencedor.

Los juegos de azar aparecen especialmente en las sociedades que desconocen la escritura, en las cuales se consideran a los dioses o deidades como benevolentes y fácilmente dispuestos a ser convencidos por los humanos para que les favorezcan, lo cual estranamita a algunas sociedades contemporáneas en donde el juego tiene atractivo particularmente para las personas supersticiosas.

Al igual que la prostitución, es de antigüedad, extendido y desaprobado en términos generales por doquier, más a pesar de los tabúes éticos y de las sanciones legales florece como un modo institucionalizado de conducta desviada, y como una forma de delito, en que las víctimas son cómplices gustosas de la comisión del mismo.

La desaprobación del juego, es antigua y es extraordinariamente difundida, si bien es harto y variable en cuanto a su intensidad, contenido y razón de ser.

En diferentes épocas y lugares, el juego ha sido tratado como un delito capital o meramente como una pequeña falta.

"Aunque la Biblia, como uno de los documentos más antiguos, guarda silencio sobre el tema, se encuentran numerosas referencias al empleo de sorteos, como propósitos serios, como cuando se ordenó a Moisés repartir por suerte las tierras de Canaán entre los israelitas. Puesto que los acontecimientos fortuitos se consideraban -actos de Dios-, el sorteo, hecho con el ritual y el respeto apropiados,

¹ Enciclopedia Jurídica Ornes, Editorial Ornes, Buenos Aires Argentina, Tomo XVII, Drs. Miguel Angel Maderaga y Jorge Roberto Maras Marín, pp 70

se estimaba como un procedimiento justificado de descubrir la voluntad divina en asuntos de importancia. Sin embargo, el uso de sorteo con propósitos frívolos como el juego, era mirado como sacrilegio y profanación".

Los orígenes de las apuestas "son demasiado remotos para que los haya registrado la historia, parece probable, que los juegos de azar surgieron de algunas prácticas religiosas y mágicas utilizadas por el hombre para enfrentarse a los problemas relacionados con la incertidumbre y el destino".²

Por ejemplo, "los egipcios aseguraban, -según Platón- que el juego era invento de un 'demonio llamado Zeud', y San Cipriano, se lo atribuyó a otro demonio llamado Zabulón".

"Sófocles dice que fue Plamades, en el sitio de Troya, el primero que jugo con dados, y de Sófocles tomó esta afirmación Justiniano.

El juego de azar, fue una de las pasiones dominantes de los antiguos, quienes erigieron numerosos templos de la fortuna.

Los griegos fueron maestros de la Fullerías, y entre los romanos, fue la pasión por el juego de una de las causas de la degradación de las costumbres públicas y de la decadencia del imperio".³

"Los legisladores a través de los tiempos han mostrado, con relación al juego diversos criterios:

En el derecho romano, así como en el Derecho canónico, predominó el criterio prohibitivo. En el derecho Español, en las partidas de Alfonso X el sabio y en la Novísima Recopilación, encontramos representada la tendencia prohibitiva, en tanto que en el Ordenamiento de las Talarías, no sólo se tolera al juego, sino que se le convierte en fuente de ingresos para el Tesoro Público.

El derecho de nuestro tiempo, por lo general, distingue entre juegos lícitos e ilícitos, permitiendo aquéllos y sancionado severamente estos".⁴

² Op Cit pp 72

³ Enciclopedia Universal Ilustrada Europa-América, España Calpa pp 3075

⁴ De Pine, Rafael - Derecho Civil Mexicano - Ed Porrúa, Vol IV Tercera Edición - pp 231

Así tenemos, que desde la antigüedad el hombre se ha entretenido inventando y realizando juegos en los que están implícitos la agilidad, la fuerza, la destreza, la inteligencia y por supuesto el Azar, para señalar al vencedor.

"Los escritores antiguos refieren que Palamedes, durante la guerra de Troya, inventó un juego de tablero para entretener al ejército. Se ha dado como posible que a los griegos se les ocurriera la idea de ésta clase de juegos, por haberlos visto entre los orientales. Griegos y Romanos nos dejaron muestras de su efición a los juegos de azar, sobre todos a los dados.

En Roma se sucedieron, desde los tiempos de la república, diversas disposiciones prohibiendo los juegos de azar (alea) e imponiendo sanciones a los que tenían casa de juego y ofrecían un refugio a los jugadores; pero se jugo con tal afán a los dados entre los mismos que rodeaban al emperador, cuando no fue éste el primero en hacerlo.

Se censuró a Augusto su inclinación a este juego, de Caligula se cuenta que le gustaba hacer trampas; Claudio se entregó al juego de dados y hasta escribió un libro sobre el tema, y Nerón también jugaba demasiado. La severa prohibición de dinero a los dados fue poco respetada por el pueblo romano, que jugo con pasión, siendo que grandes sumas se perdieron y se ganaron, lo mismo en los festines en casa particulares que en las tabernas públicas".⁵

Los germanos según la relación de Tácito, "cuando nada les queda, juegan en último y supremo lance, su libertad y persona", a los dados. "El vencido acepta una esclavitud voluntaria, aunque sea más joven o robusto, se deja atar y vender", por el que le venció en el juego. Y de los Unos se contaba, que llevaban consigo los dados y se jugaban el botín conquistado con las armas en la guerra, y que en su apasionamiento llegaban también a jugarse la libertad, quedando convertidos en esclavos en caso de perder, y aún se jugaban la vida misma".⁶

El frenesí del juego, -indica F. Menté- no es particular de los jugadores: anime a los comerciantes y a los financieros, a los políticos y a los diplomáticos, a los enamorados, y a los ambiciosos, a los grandes capitanes y a los sabios que

⁵ Enciclopedia Orsaba, Op. Cit

⁶ Op. Cit

libran batalla por la conquista de la verdad; inspira a todos a los que manejan poderosos intereses y que jueguen sobre el vasto tablero del ajedrez del mundo. El hombre grande procede como un hábil jugador..."

La Etimología del término AZAR, en español, HASARD, en francés, no es segura, parece proceder de la palabra del árabe AZAHAR: "el dado (para jugar). La opinión de Guillermo de Tyr, que vivió en los sitios y en la época de las cruzadas, era que el hazard, era una clase de juego de dados, descubierto durante el asedio de un castillo de Siria denominado Haeart, de donde tomó el nombre.

Tendríamos que, contra lo que podría pensarse a primera vista, etimológicamente, entre la "suerte" y "el juego de suerte" habría sido el segundo el habría facilitado a la otra el nuevo nombre de "AZAR".

En la inagotable proliferación de deidades del mundo grecorromano no había de faltar quien encarnará el azar. En la etimología helénica, Tán fue el azar divinizado y personificado por una divinidad femenina. Aparece por primera vez, en el himno de Deméter y en la Teogonía de Hesíodo, y hasta las guerras médicas a penas pasa de una figura poética, sin alcanzar el rango de divinidad popular; apartir de entonces, poetas le dan un puesto en el mundo de los dioses, los poetas son los que crean a la diosa Tyche. Con ella se identifica la fortuna de los romanos.

El azar, como personificación de influencia caprichosa y móvil, algunas veces funesta, favorable de ordinario, que se manifiesta en la vida de los individuos y de las naciones que, al parecer sin regla lógica ni moral, otorgaba el éxito o infringía el revés. Representaba, sobre todo, lo imprevisto de la existencia humana, lleno de incoherencia y aún aparentemente injusto, que podía desafiar a toda razón y sublevar el sentido moral.

Los artistas la presentaban en figura de matrona, con el cuerno de la abundancia, con un timón (por que era la que pilotaba la vida de los hombres) y generalmente ciega.

A esta especial protectora, acudirían en sus juegos públicos. Píndaro comienza una de sus Olímpicas en honor de Ergóteles de Himera por la invocación a Tyche. Herodes Atico deja de levantar una estatua a Tyche en el estado que hace construir en Atenas.

"Después de haber recorrido todo el universo, Tyche corta sus alas y fija su morada en el Capitolio", consigna Plutarco en el tratado que consagra a la Fortuna de los Romanos. La diosa parecía emplear su acción principalmente en provecho de Roma y multiplica sus templos en su honor.

Lo mismo la diosa Tyche en Grecia que la fortuna en Roma tuvieron al principio una significación exclusivamente favorable, más con el tiempo surgió un desdoblamiento, y la religión de los romanos conoció una Fortuna mala y una bona fortuna"

En el idioma griego estuvieron en uso principalmente dos vocablos para designar el azar: ΤΥΧΗ y ΑΥΤΟΥΑΤΟΝ. También el latín poseyó dos: FORTUNA y CASUS, que se correspondían con aquéllos.

Las dos palabras correspondientes τύχη y fortuna tenían una aplicación más restringida, pues sólo entraban en juego en relación con las acciones humanas, mientras que las otras dos, autouatov y casus, designaban el azar en general. La fortuna τύχη venía a ser una especie comprendida en el genérico azar autouatov.

En español, el azar, la casualidad, el acaso, presentando diferencias de matices, resultan casi sinónimos entre sí, con frecuencia se lee en la prensa, a propósito de un licenciado, que el siniestro parece casual, queriendo significar con tal expresión que no ha sido intencionado.

La palabra JUEGO, comprende todo sistema o institución que tiene por objeto proporcionar deporte, recreación o diversión.

El juego, es una prueba de habilidad o de suerte, o de habilidad y suerte combinados entre dos o más partes contendientes de acuerdo a determinadas reglas por las cuales se gana o se pierde en la prueba de habilidad como el ajedrez y el billar, o de suerte como las loterías.

El juego, es un concurso para ganar o lograr superioridad en una prueba de suerte, habilidad o resistencia o sus combinaciones.

Se entiende por JUEGO, a competencias físicas entre hombres o animales, cuando se practican con propósitos de decidir apuestas o con el de diversión de la misma manera que los juegos de azar o destreza por medio de instrumentos o aparatos y abarca todo sistema o institución cuyo objeto sea proveer deporte,

recreación o diversión en los que el dinero u otro valor pueda perderse o ganarse de acuerdo al resultado del sistema o institución.

Se entiende que generalmente, los juegos son de dos tipos: de habilidad y de suerte, además hay concursos de fuerza, velocidad, inteligencia, belleza, etc.

Hay juegos en el sentido amplio del deporte o pasatiempo en los que las personas pueden dedicarse a ellos, sin tener ninguna relación con la apuesta.

Algunas leyes, señalan específicamente los juegos prohibidos, enumerándolos; en otras los juegos no se prohíben pero se prohíbe apostar en ellos; otras legislaciones clasifican los juegos prohibidos por clases en lugar de por su nombre, generalmente en azar o destreza; algunas otras prohíben la apuesta solo en los juegos de azar; y en otras tantas se prohíbe en todo juego la apuesta de cualquier objeto de valor.

En México, la ley Federal de Juegos y Sorteos, prohíbe los juegos de azar, y los juegos con apuestas; y enumera ciertos juegos de habilidad, dejando abierta la posibilidad a la Secretaría de Gobernación, de seguir enumerando estos juegos por simple analogía.

Ahora bien, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por AZAR: "casualidad, caso fortuito// desgracia imprevista //en los juegos de naipes o de dados, carta o dado que tiene el punto con que se pierde. //en el juego de truco o billar, cualquiera de los dos lados de la tronera que miran a la mesa.// en el juego de pelota esquina, puerta, ventana y otro estorbo.// juego de azar. salir azar. fr. fig. y fam. Malograrse o salir mal una cosa". 7

CASUALIDAD.- f. Combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar. 8

SUERTE.- f. Encadenamiento a los sucesos, considerando como fortuito o casual. Así lo ha querido la suerte// circunstancia de ser, por mera casualidad, favorable o adversaria a personas o cosas lo que ocurre o sucede.// suerte favorable.//Casualidad a que se fia la resolución de una cosa.// dicece especialmente del sorteo que se hace para elegir los mozos destinados a cubrir el

7 Real Academia Española Diccionario de la Lengua, Vol IV Tercera Edición
8 Op. Cit

recreación o diversión en los que el dinero u otro valor pueda perderse o ganarse de acuerdo al resultado del sistema o institución.

Se entiende que generalmente, los juegos son de dos tipos: de habilidad y de suerte, además hay concursos de fuerza, velocidad, inteligencia, belleza, etc.

Hay juegos en el sentido amplio del deporte o pasatiempo en los que las personas pueden dedicarse a ellos, sin tener ninguna relación con la apuesta.

Algunas leyes, señalan específicamente los juegos prohibidos, enumerándolos; en otras los juegos no se prohíben pero se prohíbe apostar en ellos; otras legislaciones clasifican los juegos prohibidos por clases en lugar de por su nombre, generalmente en azar o destreza; algunas otras prohíben la apuesta solo en los juegos de azar; y en otras tantas se prohíbe en todo juego la apuesta de cualquier objeto de valor.

En México, la ley Federal de Juegos y Sorteos, prohíbe los juegos de azar, y los juegos con apuestas; y enumera ciertos juegos de habilidad, dejando abierta la posibilidad a la Secretaría de Gobernación, de seguir enumerando estos juegos por simple analogía.

Ahora bien, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por AZAR: "casualidad, caso fortuito// desgracia imprevista // en los juegos de dados o de dados, carta o dado que tiene el punto con que se pierde. // en el juego de truco o billar, cualquiera de los dos lados de la tronera que miran a la mesa. // en el juego de pelota esquiva, puerta, ventana y otro estorbo. // juego de azar. salir azar. fr. fig. y fam. Malograrse o salir mal una cosa".⁷

CASUALIDAD.- f. Combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar.⁸

SUERTE.- f. Encadenamiento a los sucesos, considerando como fortuito o casual. Así lo ha querido la suerte// circunstancia de ser, por mera casualidad, favorable o adversa a personas o cosas lo que ocurre o sucede.// suerte favorable.//Casualidad a que se fia la resolución de una cosa.// dicese especialmente del sorteo que se hace para elegir los mozos destinados a cubrir el

⁷ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua, Vol. IV. Tercera Edición

⁸ Op. Cit.

cuerpo del servicio militar.//aquello que ocurre o puede ocurrir para bien o para mal de personas o cosas.// género o especie de una cosa.// manera o modo de hacer una cosa. // como contrapuesto al azar en los dados y otros juegos, puntos que se ganan o apuestan".⁴

Por otro lado, en Francia, el juego de azar es todo esto en que los apostadores, en la ignorancia de los juegos y de habilidad de los jugadores, confían sus apuestas exclusivamente a la suerte.

La jurisprudencia francesa, considere como juegos de azar a todos aquellos en los que la inteligencia deje predominancia a la suerte, ejemplo: las cartas y loterías.

El derecho fiscal francés, es más amplio en sus conceptos y considera: que todo juego de dinero es de azar.

En México, encontramos un concepto de juego de azar en la tesis 821 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

"Por juegos de azar debe entenderse aquel en que uno o varios participantes obtienen un provecho en menoscabo de otros o de los organizadores dependiendo ello de un evento fundado del acaso y no así de la habilidad o destreza de los jugadores"

Por lo anterior, se puede señalar que la prueba del carácter del juego de azar, no radica en que contenga un elemento de suerte o de habilidad, sino que sea determinante en cuanto al resultado; se debe calificar el juego de azar por su carácter y método y no por su nombre, ejemplo: el juego de cartas que no dejan de ser un juego de azar por el hecho de demandar habilidad.

Y, por consiguiente, se podría manejar como concepto de juego de azar, aquel que está determinado enteramente o en parte por la suerte o mero acaso y en el cual el razonamiento, práctica, técnica o habilidad no intervengan o estén condicionados por la suerte.

⁴ Op Cit

A.- DERECHO ROMANO.

Los romanos, fueron los primeros en legislar contra el juego, comenzando esta obra los pretores que negaron toda acción por insultos, malos tratos y robos de que los suceptores e dueños de las casas de juego fuesen víctimas durante el juego o en la casa en que se jugase. Justiniano no reprodujo esta severidad contra los suceptores, si bien negó acción para reclamar lo hurtado o robado en las casas de juego, distinguió entre juegos permitidos (que eran el monócolo, el contomonócolo, el gutemum confesesusine fabula, el peridytem y el hipiscum, ya autorizados por las Leyes Ticia, Pública y Cornelia, e condición de que la apuesta fuera siempre pequeña) y los ilícitos (que eran considerados todos los que no estuvieran taxativamente señalados en las especies anteriores)¹⁰.

Sin embargo señala el autor español, JOSÉ MANRESA y NAVARRO, que aunque no hay precedentes concretos, se localizan algunas indicaciones de los concretos electorios en el Derecho Romano en la Ley 8.a. tt. 1.º, libro 18 del Digesto, y en la legislación patria en la Ley 11. tt. 5.º de la misma Partida, para los que entienden que el carácter esencial de esta clase de convenciones consisten en estar sometidos a una condición de las llamadas causales, o día cierto, aceptando la diferencia que entre estas dos modalidades establecía dicha ley.

Como se ha visto, en la antigua Roma, parece que estaban prohibidos todos los juegos, salvo los de combate y los que tenían lugar en casa, sobre la cual in convivescandi causa pontur (L. 2 y 3, L. pr., D., de aleat, 11,5). El que ganaba no tenía ninguna acción contra el perdedor, y el perdedor que había pegado su deuda podía ejercer la acción de repetición de lo indebido.

La misma acción se daba a todos sus herederos, a todos los ciudadanos del lugar y al fisco, y sólo prescribían estas acciones a los 50 años.

Cierto senado-consulta, recordado en el Digesto, rehusaba toda acción en justicia a los juegos de azar y los prohibía. Sin embargo, según un pasaje de Luciano, éste senado-consulta se relajaba en la época de los Saturnales, durante las

¹⁰ De Pina Rafael, Op. Cit. pp 235

cuales se desataba todo vicio. Cicerón cuenta también en sus *FILIPICAS* que la nota de infamia recaía sobre los jugadores.

Más tarde, en la época de Justiniano, sólo se permitían el disco, la justa, el salto, la lucha y las carreras de caballos. Aún en estos casos, el valor que se atravesaba no podía exceder de un sólido (escudo de oro) (L. 3, C., de aleat., 3, 143).

Las apuestas, por último, sólo se permitían con ocasión de juegos autorizados (L. 2 y 3, D, de aleat., 11 y 5)

El Derecho Romano, se mostraba muy riguroso en relación con los juegos de dinero y las apuestas estaban prohibidas en principio. El edicto del pretor llegaba hasta negarle toda acción a los dueños de garitos cuando fueran robados o vapuleados por sus clientes. Sin embargo, en ésta época, los juegos y las apuestas estaban autorizados en la esfera atlética, tales como el lanzamiento de jabalina, las carreras, el salto, la lucha, los combates del cesto "quod virtute causa fiet" (Digesto, XI, 5, 2 y 3); pero el "envite" fue limitado por Justiniano. Los juegos y las apuestas prohibidas no daban lugar a ninguna acción; y el perdedor, si había pagado, podía repetir.¹¹

Esta acción de repetición o reclamación de lo perdido, concedida al perdedor-pagador resulta interesante ya que se transmite, tratándose de juegos prohibidos, a nuestra legislación, sólo que en aquella época se autoriza con mayor amplitud de ejercerla, por cualquier ciudadano del lugar o el fisco, lo cual se asemeja a lo dispuesto por el Código Civil Vigente en donde establece que el perdedor tiene derecho a reclamar el cincuenta por ciento de lo que pagó, y el cincuenta por ciento restante se entregará a la beneficencia pública.

Según señala el Doctor Carlos Ambroesini, "Justiniano permitió cinco clases de juego: 1o.- Monóbolos.- lanzamiento de dardo con la sola mano, sin correa. 2o.- Contomonóbolos.- salto con garrocha. 3o.- Quintanos contax fibula.- que se llevaba a cabo en los campamentos militares romanos. 4o.- Perichitas.- la lucha. 5o.- Hippice, carrera de carros o a caballo.

¹¹ Borda Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Edt. Parrot, Buenos Aires 1976, pp 194

Estos juegos se permitían, aunque se jugará por dinero, pero las sumas no debían ser demasiado grandes. Todos estos juegos se consideraban *Virtutis causa*, y por eso eran lícitos. En cambio, los de azar, *Ludi Aleorum*, fueron prohibidos por las leyes Ticia, Publicia y Cornelia. Windscheid, enseñaba que el contrato de juego en el Derecho Romano, era lícito solamente si se trataba de juego con fines de ejercicio físico, o la apuesta de objetos destinados al consumo inmediato¹².

Sin embargo, a pesar de haberlo prohibido un antiguo senado-consulta, se permitió arriesgar dinero en los juegos de la palestra. Las penas eran: Multa de diez libras a los contraventores y confiscación de los edificios donde se jugaba, aplicándose su importe su importe a obras públicas.

Desde el punto de vista civil, ya al derecho clásico negó la acción para reclamar lo ganado en otros juegos que aquellos: *UBI PRO VIRTUTEM CERTAMEN FIT*, condenándose en otro caso en el cuádruplo al que reclamaba lo ganado en el juego.

Justiniano recogió esta doctrina negando que el juego lícito engendrara Obligación, ni aún natural, y concediendo acción para reclamar lo perdido, pues en materia de juego no aplicaba la regla: *IN PARI CASU MELIOR EST POSSIDENTIS*.

De lo anterior se desprende, que en lo civil, el juego lícito, y por tanto permitido, produce acción para reclamar lo pagado, ya que existe obligación de pagar lo perdido; en los juegos prohibidos y por tanto ilícitos, no existió acción para reclamar lo ganado y al en cambio la otorgo para repetir lo pagado, acción que se concedía incluso a los herederos, a cualquier persona del lugar o al fiaco mismo.

Así mismo, se puede establecer, que las disposiciones sobre el juego y la apuesta conocidos en el Derecho Romano, han pasado, salvo pequeñas modificaciones derivadas de los cambios y transformaciones económicas y sociales a las diversas legislaciones antiguas y modernas.

De esta forma, tenemos que en apoyo de la tendencia romana, el derecho canónico, lo cual se significa, como las vertientes referentes al juego y la apuesta, observados desde la óptica clerical o religiosa, en donde Justiniano en su novela 23

¹² Enciclopedia Jurídica Ombra, op. cit. - ch. Contrato de juego p. 369

prohibió no sólo jugar, sino hasta presenciar los juegos a los eclesiásticos, bajo pena de privación del ministerio sagrado por tres años.

Carlo Magno, prohibió el juego; y el concilio de Maguncia impuso pena de excomunión tanto a los eclesiásticos, como a los que jugaran juegos de azar. Tal prohibición fue haciéndose general en toda Europa a últimos de la edad media.

Por su parte la Enciclopedia Jurídica Omeba, describe: "Menochio enseña que disposiciones pontificales prohibieron el juego, que ocasionaba la disipación de las fortunas y hacia blasfemos a los jugadores, de donde derivaban los hurtos, los sacrilegios y las fealdades.

Anacieto Reiffenstuel, en su comentario al libro III de las decretales, título I, De Vita et Honestate Clericali, señala que está prohibido a los clérigos el lujo del juego, ósea el que se rige más por la fortuna que por el arte o la industria de los jugadores".¹³

Así mismo, José Manresa y Nvarro, señala que la iglesia, por su parte después de prohibir el juego a los clérigos extendió la prohibición a los laicos en el VI Concilio General, cuyo canon sobre el asunto fue repitiéndose hasta el Concilio de Trento.

Como ya se mencionó, la iglesia impuso a sus miembros un paliativo muy severo respecto a la participación de sus miembros en todo aquello relacionado con el juego y la apuesta, que incluso prohíbe que intervengan aún en los juegos permitidos por la legislación civil, tal y como se señala a continuación:

"La prohibición a los clérigos de entregarse a juegos que excedan de los límites de la honestidad es tan antigua como la propia institución de la iglesia. El Pontífice Inocencio III, declaró nula la colación de un beneficio hecho a favor de un clérigo jugador y usurero. Los estatutos de varias diócesis prohíben jugar de noche, así como tomar parte a los eclesiásticos en determinados juegos honestos cuando se efectúen en público.

Los concilios de Burdeos y Reims, les prohibieron toda clase de juegos de azar, según opinión de varios canonistas, se debe restituir lo ganado a los pobres en

¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. Cit. p. 71

los juegos prohibidos, y si esto no es posible, emplearlo en obras de beneficencia".¹⁴

De la misma forma, esa prohibición fue reiterada para los juegos de azar, desde el siglo XIII, por las ordenanzas reales francesas y la jurisprudencia de los parlamentos; en los juegos de destreza y de fuerza no prohibidos, el envite no debía ser excesivo. El ganador en un juego prohibido no tenía acción para que le pagara el perdedor; pero también se le negaba la acción y el derecho de repetir al perdedor las sumas que hubiese perdido y ya pagado, salvo que éste, fuere menor de edad, (ordenanza de 1566)

Los redactores del Código Civil francés, se inspiraron en esos precedentes: en los artículos 1.965 a 1.967 le negaron al ganador de un juego o de una apuesta toda acción para el pago de su ganancia; pero le negaron de igual forma al perdedor todo derecho para repetir lo ya hubiese pagado.

B.- DERECHO ESPAÑOL.

(LAS LEYES DE PARTIDAS)

"En la época medioeval los juegos, como ya se ha visto con anterioridad, aún los de habilidad, estaban generalmente prohibidos, como antecedente taxativo, pueden citarse específicamente en España, Las Leyes de Partidas, del año de 1263, que demuestran la gravedad que se atribula a la práctica de los juegos de azar, especialmente la Partida I, título V, Ley 557, prohibiendo a los clérigos jugar y aún ver jugar, y también la Partida V I I, título X I V, Ley 6".¹⁵

En España, el juego en esencia se encontraba permitido, aunque con ciertas restricciones, hasta principio del siglo XIV, cuando Alfonso X, el Sabio lo reglamentó, primero en las Siete Partidas, y posteriormente en forma directa y tolerante en el Ordenamiento de Tafurerras.

¹⁴ Op Cit p 73

¹⁵ Op Cit p 70.

"Las Partidas, regulan el juego sólo de manera indirecta, así no dan acción al dueño de la casa donde se juega, por injurias o hurtos cometidos por los jugadores, por que los tahúres y bellacos por fuerza conviene que sean ladrones y hombre de mala vida y al hurtan o hacen algo es por su culpa.

Se castigó a los que usan engaños en el juego, como dados falsos, etcétera. Se prohibió el juego de dados, tablas entre otras a los clérigos".¹⁶

Describe el autor español José Manresa y Navarro, que las partidas se elaboraron en el período comprendido entre 1266 y 1285, así como, que en el derecho español, las primeras disposiciones legislativas con respecto al juego, se encuentran en las partidas.

La Ley sexta, del título X I V, de la Partida V I Niega al que explotará casa de juegos alguna, acción para reclamar lo que hurtaren tahúres y truhanes; *"...por que es muy gran culpa de aquel tales omes recibe en su casa e sabiendas. Ca todo ome debe saber que los tahúres e los bellacos, usando la tafurería, por fuerza conviene que sean ladrones é ómes de mala vida; é por ende, si le hurtaren algo o le ficieren otro daño, suya es la culpa de aquel, que ha la compañía con ellos. Otras dos leyes (57 del título V y 34 del título V I), de la Partida I, prohíben los juegos de dados, tablas y otras a los clérigos".¹⁷*

La Ley diez, del Título Séptimo, de la Segunda Partida, habla de la licitud de que los hijos de los reyes sean instruidos en los juegos. Las Partidas, así mismo, reglamentaban la forma de demandar y si había derecho o no para ello, al consentir el quejoso el juego en su casa..

Medio siglo después de la elaboración de las Leyes de las Siete Partidas, dice Josep Manresa y Navarro, "aparece el Ordenamiento en razón de las Tafurerías, que permite y mantiene un régimen de tolerancia respecto al juego y a la apuesta o como lo establece la Enciclopedia Universal Ilustrada: "Reglamentó las casa públicas de juego (de tafur, tahúr) de suerte y de azar, las cuales se arrendaban por cuenta del estado o de las poblaciones que gozaban del privilegio de tenerlas.

¹⁶ Op. Cit. Loc. Cit. pp 371 y 372

¹⁷ Manresa y Navarro, José, comentencia al Código Civil Español, Ed. Reus, España, 1931, pp. 44, nota citada por los Doctores Miguel Angel Meltrages y Jorge Roberto Moras, Enciclopedia Jurídica Ornelas Op. Cit. p 70.

Regulándose por el ordenamiento el modo de jugar a los dados, castigándose los engaños, riñas, y demás excesos con imposición de multas y azotes y hasta el grado de cortar dos dedos de lengua a los infractores por tercera vez; añadiéndose la prisión y la confiscación de bienes cuando se tratara de moros o judíos y adoptándose severas medidas para evitar en lo posible los engaños, trampas, riñas, y aún muertes que solían ocasionar los juegos".¹⁸

En virtud de que este ordenamiento, reviste un gran interés, ya que se significa como la primera experiencia directa que sistematiza en forma esquemática, la materia del juego y de la apuesta, que en la especie es la materia que nos ocupa, trataremos de presentar un bosquejo sobre los puntos específicos que trata cada ley que configura el ordenamiento, dado el interés que presenta para el presente estudio y de manera análoga a nuestro sistema jurídico como precedente del mismo, para lo que proponemos el siguiente esquema:

Ley I.- Implantaba multas y castigos para aquellos jugadores que engañen o hicieren trampa, castigo que podría llegar a los azotes e incluso a amputaciones parciales de la lengua.

Ley II.- Reconocía el doble pago al que perdía, con engaños, así mismo, derecho a gastos y costas si se reclamó ante el tribunal y la aplicación de una multa para la caja del rey; el castigo podría llegar a costarle la amputación del dedo pulgar si que engañaba si era reincidente en la falta del pago correspondiente, (esta sanción se aplicaba a quienes usaran dados cargados).

Ley VI.- Sancionaba a quien golpeara al otro jugador.

Ley VII.- Sancionaba a quien dañara los tableros de juego.

Ley XX.- Estableció, que los jugadores públicos en caso de diferencias, tendrán que probarlo entre ellos (tahúr sobre tahúr).

Ley XXXIII.- Esta ley prohibía el préstamo en las cesa de juego sobre las armas de los caballeros y escuderos.

¹⁸ Op Cit p 372

Ley X X I V.- Estableció, que no podrán prestar sobre el cuerpo de un cristiano, moro o judío, pero si puede hacerse sobre un moro cautivo, un siervo o una sierva.

Ley X X V.- Equipara al clérigo tahúr con los seculares de su clase, negándole la protección de la Iglesia.

Ley X X V I.- Admitía testigos de más de dieciséis años, que no fueran hombres del demandador, y por declaración falsa le cortaban la lengua al falso y ya jamás sería creído de testimonio.

Ley X X I X.- Prohíbe el juego en la víspera de la Navidad.

Ley X X X I I.- Establecía multa por jugar fuera de la tafurería.

Ley X X X V.- El hombre que denunciase a uno de sus empleados o soldados como ladrón y quisiese reclamar al tahúr que ganó la cosa robada, no podía recuperar del ganador ésta por que cada quien debe cuidar lo suyo y saber a quien mete en su casa, pero daba al dueño una oportunidad de recobrar el objeto robado del tahúr, pagando a éste el precio en dinero de lo pagado, requerido bajo juramento de ser verdad la cantidad.

Ley X L.- Esta enumera los juegos: emperador, falles, cabo de vale, seis, es, parada, marveto, gargesta, azar en tres o dos, faldeta, pares o no pares, crucetas, balasta, texuelo, dardo, a la vida de la capa, entre otras.

Ley X L I.- Contenia las palabras sacramentales que todo testigo debía respetar a su intervención en cualquier litigio de juego.

Ley X L I V.- Sometía las disputas, castigos, multas, etcétera, a la autoridad del Alcalde.

La esquematización anterior, de las principales leyes del ordenamiento de las tafurerías como predecesora de las Leyes de Partidas, nos ha permitido observar y distinguir las excesivas sanciones que se aplicaban durante su vigencia, más sin embargo, todas las precauciones establecidas en dichas leyes y sus preceptos, no fueron bastantes para evitar la inmoralidad que suele acompañar al juego, tales fueron los estragos que las tafurerías ocasionaron, que al cabo de no mucho tiempo hubo que prohibirlas, mandándose a cerrar en todos los pueblos e imponiéndose

penas (multas y prisión) a todos los que jugasen con tableros a dados o naipes, tanto en público como en secreto, otorgándose a los pueblos por vía de indemnización el importe de las multas.

Pudiéndose señalar, que la legislación por consiguiente, opta, pues, por el régimen de tolerancia. El cual, poco a poco, va desviándose hacia el de la prohibición en la serie de los monarcas posteriores.

Sus disposiciones se hallan recogidas en el título 23 del libro 12 de la **NOVISIMA RECOPIACION**, compuesto de diecisiete leyes, la mayoría de las cortes de 1329, 1387, 1402, 1515 y 1532.

Así tenemos pues, que en España, los Reyes Católicos, por pragmática dada en Toledo, insistieron en la prohibición, oponiéndose a la tolerancia establecida por Alfonso X, el Sabio, lo cual lo reglamentaron en ocho leyes denominadas 'De los Tahúres'.

La Ley I, ordenaba que en el tiempo que durase la guerra, los vasallos no podrían jugar a los dados, escindiendo las multas por la violación de esta ley a cien maravedies y se aplicaban en beneficio del Alcalde, en compensación por lo que dejaban de percibir al prohibirse el funcionamiento de las taturerías. pero si el Alcalde no aprehendiera al infractor, pagaría doscientos maravedies a la corona.

Las Leyes II y III, imponen y reglamentan las penas a los que jugaren dados, y las hacían consistir en multas que oscilaban de cien a trescientos maravedies y prisión de diez a treinta días, según se tratase de la primera, segunda o tercera incidencia. Marcaba para el Alcalde el mismo beneficio o pena que la anterior.

La Ley IV, la desaparición de tableros, ya sea en taturerías oficiales o en casas particulares, imponían una enorme multa para los infractores, consistente en cinco mil maravedies y en caso de insolvencia, quince días encadenado. Lo recaudado ingresaría a la caja del rey.

Las Leyes V y VI, reiteraban los privilegios a las ciudades, villas o lugares a quienes se les había autorizado casas de juego o taturerías, y como compensación se les abandonaba a su beneficio el total de las multas recabadas.

La Ley VII, contenía las penas contra los señores de la casa, contra los que tuvieran tableros y contra los jugadores, siendo las más notables: la excomunión, la pérdida del oficio, la confiscación de la mitad de los bienes o la pérdida de cualquier dinero que a favor del infractor tuviere el corona, aún en calidad de beneficio. De lo que se obtuviere, las tres cuartas partes sería para la Cámara Real y lo restante para el denunciador.

La Ley VIII, prevenía que ningún juez o Corregidor, pudiese tomar posesión de su cargo, sin antes de haber jurado que guardaría y ejecutaría las leyes que reglamentan los juegos.

Con Doña Juana y Don Carlos I, continúa la insistencia en la prohibición, pidiendo éste a las Cortes de Valladolid que se aumentasen las penas y dictadores después diversas leyes prohibitivas que aparecen recogidas en el título 23, libro 12, de la Novísima Recopilación.

Las más importantes son la 2a. y la 15a, que estuvieron vigentes en lo penal hasta la publicación del Código de 1848, y en lo Civil hasta el Código de 1889. Por la primera se impone a los dueños de las casas de juego una multa de cinco mil maravedís por cada vez que se juegue, y cien días de cadena como pena subsidiaria, añadiendo el destierro la Ley 15a.

Esta prohíbe toda clase de juegos en las tabernas, hosterías, botillerías, cafés y demás establecimientos análogos, y sólo permitía en las casas de truco y billar estos dos juegos y los demás, ajedrez, tablas reales y chaqueta.

Fuera de esta limitación, se permiten todos los juegos, incluso los de naipes, que no sean de suerte o de azar (y aún los otros en los que no intervenga el envite), prohibiéndose éstos, entre los que se enumeran como ejemplo los siguientes, dignos de citarse por dar a conocer los usados en la fecha de la vigencia de la ley en comentario (1771): banco o faraón, baceta, carteta, banca fallida, ascacatá, parar, treinta y cuarenta, cacho, flor, quince y treinta y una en vida, entre los naipes, biabla, oca o suca, dados, tablas, azares y chuecas, bollio, trompico, palo o instrumento de hierro (que sería el actual boxeo), madera o metal que de cualquier manera tengan encuentros, azares y reparos; tapa, cubiletes, nuevas, correguetas y esa carga de la burra.

En materia civil, que es la premicia del presente trabajo, y que es el tema que nos interesa para el mismo, la presente ley, niega toda acción para reclamar lo ganado, y autoriza al que perdió, para reclamar lo perdido dentro de los ocho días, y si no lo hiciera otorgará acción popular para esta reclamación, declarando nulos, de ningún valor y efecto, los ampeños, vales, deudas, escrituras y cualesquiera otros resguardos y arbitrios para cobrar las pérdidas.

Lo mismo se establecía, para las cantidades que en los juegos lícitos de un real de vellón la apuesta y un total de 30 ducados (aproximadamente 8250 pesetas).

C.- DERECHO FRANCÉS.

"En la antigua Francia, corresponde mencionar las ordenanzas de Luis I X, contra el juego de ajedrez, la de Felipe III, contra el juego de dados y las del 3 de abril y 23 de mayo de 1389. Posteriormente, y ya en la época moderna, la prohibición fue limitándose hasta circuncribirse a los juegos de azar y su explotación, agregándose a las primitivas sanciones que eran de carácter pecuniario, otras privativas de la libertad, como lo fueron en Francia los decretos del Parlamento de París del 18 de julio de 1867 y del Consejo de Estado del Rey del 15 de enero de 1891.

Las ordenanzas del 16 de febrero de 1698; del 8 de abril y 4 de diciembre de 1717; la declaración del 1º de marzo de 1781; la ley del 19 al 22 de agosto de 1791; y finalmente las ordenanzas del 5 de agosto de 1818 y de enero de 1838. Pudiéndose situar, sobre loterías los decretos de la Convención del 28 vendimiarlo año II y 25 brumario del mismo año, restableciendo el Directorio la Lotería de Francia y garantizando su monopolio estatal por ley del vendimiarlo año IV".¹⁶

El autor Manresa y Navarro, señala que "el Código de Napoleón define el contrato aleatorio diciendo: 'es un acto cuyos efectos, en cuanto a las pérdidas y ganancias, dependen de un acontecimiento incierto, ya sea respecto de todas las partes o sólo de alguna de ellas'".

¹⁶ Op. Cit. pp 70 y 71

Se puede establecer de acuerdo al autor anteriormente señalado que, no pueden precisarse precedentes concretos de los contratos aleatorios en el antiguo derecho, en virtud de haber sido tratados por primera vez por lo juriconsultos italianos de la edad media, después en Francia, por los que prepararon el Código de Napoleón, siendo objeto de reglamentación en casi todas las legislaciones del mundo.

Sin embargo el Código de Napoleón, no define los contratos de Juego y Apuesta, ya que sólo los clasifica y los reglamenta en los artículos 1.987 del Título Doce del Libro Tercero. Aquí, es oportuno destacar que ciertamente en la actualidad estos contratos se encuentran contemplados por la mayoría de las legislaciones y en algunas de ellas se describen casi de idéntica forma que en el Código Napoleónico.

Así pues, a continuación y dado el interés histórico del Código en mención, procederemos a realizar un breve análisis en cuanto al alcance de su reglamentación del tema que nos ocupa:

El Artículo 1.985, señala "La Ley no concede ninguna acción por una deuda de juego o para el pago de una apuesta"; así tenemos que, el ganador de un juego o una apuesta, no podrá exigir un pago, cuyo cumplimiento se deja enteramente a la voluntad de la parte que perdió; de ser demandado éste, le es dado oponer a la demandada la excepción de juego.

Es lógico que la Ley no otorgue su protección a situaciones inmorales -tal y como siempre se le ha considerado a ésta clase de actos-, y sino es delictuosas, tampoco goza o debe de gozar de toda protección que amerita el acto justo, ya que el legislador de éste Código ha considerado que el juego y la apuesta en muchas ocasiones provocan ruina, desesperación enriquecimientos súbitos e injustificados, por lo que el perdedor puede negar su palabra.

Artículo 1.986: "Los juegos propios para ejercitarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las carreras de carros, el juego de pelota y otros juegos de la misma naturaleza que demuestran habilidad y que tienden a vigorizar los cuerpos, están exceptuados de la disposición anterior. Sin embargo, el tribunal puede rechazar la demanda, cuando la suma le parezca excesiva"

Tal y como se observa, el legislador, recoge la tradicional distinción entre juegos prohibidos y juegos permitidos, enumerando éstos taxativamente. Así mismo, establece una excepción cuando el legislador nos dice que el tribunal puede rechazar la demanda si la suma reclamada, según el criterio del juzgador, sea excesiva.

Artículo 1.967: "En ningún caso podrá repetir el perdedor lo que hubiere voluntariamente pagado, a menos que hubiere habido, por parte del ganador dolo, superchería o estafa". Del presente precepto, podemos observar, que el Código en comentario, niega toda acción al ganador de una deuda de juego y, así mismo, niega al perdedor la acción de repetir por un pago voluntario.

El criterio de los legisladores que elaboraron el ordenamiento que nos ocupa, era considerar que la anterior solución se explicaba por la existencia de una obligación natural que incumbía al perdedor, y con la cual éste cumplió.

Dado y tal como se ha desprendido, de lo hasta ahora planteado, resulta inútil buscar precedentes concretos de los contratos aleatorios, y en la especie del Juego y de la Apuesta, "por que la clasificación sistemática de los contratos se ha forjado toda ella, después: primero en Italia, por los juristas de los tiempos medios; después en Francia, por los que a principios del siglo X I X prepararon el Código de Napoleón, siendo éste la clasificación primera de la época moderna. El título 13 de libro 3° de dicho cuerpo legal, contiene por vez primera, el rubro de los contratos aleatorios.

El Código portugués también les concede un apartado genérico: el capítulo 7° del título segundo del libro que se ocupa de los derechos que se adquieren por hecho y voluntad propia y de otro conjuntamente; al paso que otros códigos, como el italiano, el Alemán, el Suizo, sin crear éste apartado general, tratan separadamente de algunas de las especies aleatorias más importantes, tales como: contrato de seguros, el juego y su análogo la apuesta y la renta vitalicia; podría incluirse en ellas: el contrato de préstamo a la gruesa, (designado específicamente entre los aleatorios por el Código de Napoleón); la constitución de censo vitalicio mencionada también en el artículo 2.258 del Código Chileno; o la compra de esperanza, o la decisión por suerte.

El Código Italiano, y la mayor parte de los americanos, siguen en esta materia la misma doctrina que el francés y el holandés. Este último divide los contratos aleatorios en cuatro clases: el de seguros, el préstamo a la gruesa, la renta vitalicia y EL JUEGO Y LA APUESTA; pero únicamente se ocupa dicho Código de la renta vitalicia y el juego y la apuesta, dejando sin duda para las leyes mercantiles o especiales el contrato de seguro y el préstamo a la gruesa, tal y como lo hace el Código Francés.

En los Códigos hispanoamericanos, las concordancias con el Código Español son más íntimas. El de Argentina, define a los contratos aleatorios, lo mismo que el nuestro, con ligeras diferencias de expresión; el de Bolivia sienta los mismos caracteres limitativos de los contratos que dependen de un éxito incierto; Chile, Colombia y Ecuador enumeran sus distintas especies pero no las definen.

Guatemala, consigna la naturaleza del contrato aleatorio en términos parecidos al del español; Honduras reproduce literalmente nuestra definición legal; Perú, lo mismo que el de Guatemala, los especifica y define, y finalmente, Venezuela, precinde absolutamente hasta de la denominación de los mismos, si bien regula lo de renta vitalicia, seguro, juego y apuesta.

D.- DERECHO MEXICANO.

El artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala cuales son las facultades del Congreso de la Unión, y en la fracción X, indica "Para legislar en toda la República sobre Hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, Juegos con apuestas y sorteos..."

"Este artículo de la Constitución de 1917, ubicado en su título tercero, Capítulo II, "Del Poder Legislativo", Sección III, denominada "De las Facultades del Congreso", enumera en treinta fracciones las atribuciones concedidas a dicho cuerpo legislativo.

El ejercicio de estas funciones se lleva a cabo en forma sucesiva y por cada una de las Cámaras y los asuntos que abarca el precepto son múltiples y

de trascendencia para la vida política, social y económica del país, al mismo tiempo las facultades atañen a las funciones encomendadas a los otros poderes.

Si se analiza una a una las atribuciones que el artículo 73 confiere al Congreso de la Unión, se advierte que ellos revisten aspectos legislativos, jurisdiccionales o administrativos y corresponde a la primera categoría las mencionadas en la fracción X, que se refiere respectivamente a la facultad de legislar en toda la República".²⁰

El texto del artículo 73, fue aprobado por unanimidad de 150 votos, el 19 de enero de 1917, en Querétaro, Querétaro. Su fracción X fue redactada como actualmente la conocemos, en la vigésima reforma del artículo 73, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1947.²¹

Los textos de las constituciones de los Estados reconocen que es facultad de la Federación, legislar en materia de juegos con apuesta y sorteos, ya que señalan que es facultad del Congreso Local, legislar para ese estado, sobre las materias que no sean de la competencia exclusiva de la Federación.

El antecedente jurídico más remoto en materia de azar en México, es la Cédula Real, dada por el Rey de España Carlos III, en 1769, a través de la cual se crea la Real Lotería de la Nueva España; cédula que se dio a conocer en el manifiesto expedido en la Ciudad de México por el Virrey Marques Carlos Francisco de Croix, el 7 de agosto de 1770, habiéndose publicado por bando del 19 de septiembre del mismo año las bases para su funcionamiento.

La misma corona, en forma monopólica explotaba los naipes y la lotería, entre otros productos como el azogue, la pólvora, la canela y la pimienta.

Dado que el objetivo del presente trabajo, es el análisis jurídico del juego y de la apuesta, como contratos, a continuación vamos a realizar, una breve reseña histórica de la trayectoria que éstos contratos han tenido a través de nuestros Códigos Civiles:

²⁰ Cámara de Diputados XLVII legislatura del Congreso de la Unión, p. 641

²¹ Op. Cit. p. 763

CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870.

Los contratos fueron definidos y clasificados en México a partir del Código Civil de 1870, posteriormente el Código de 1884, reconoce los mismos contratos aleatorios y los enumera.

En el primer ordenamiento, encontramos definidos a los contratos aleatorios por el artículo 2829 y reglamentados bajo el Título Décimo Séptimo.

Artículo 2829.- "El contrato aleatorio es un convenio recíproco cuyos efectos en cuanto a las ganancias y pérdidas, ya para todas las partes, ya para alguna o ninguna de ellas, dependen de un acontecimiento incierto".

Artículo 2830.- éste artículo enumeraba los contratos aleatorios, los cuales eran según éste Código: a).- Contratos de Seguros. b).- El préstamo a la gruesa o riesgo marítimo. c).- EL JUEGO Y LA APUESTA. d).- El contrato de Renta Vitalicia. e).- La sociedad de minas. f).- La compra de esperanza.

El Capítulo Tercero del Ordenamiento que nos ocupa, reglamenta el Contrato de Juego y Apuesta, más no nos da una definición de ellos, como en el caso del contrato de seguros.

Los legisladores nacionales de nuestro Código Civil de 1870, descañando en los principios del Derecho Romano, captados así mismo en nuestra antigua legislación, estimaron a los juegos de azar como Delitos y así lo asentaron en el Código Penal, imponiendo penas a los dueños de casas de juego, a los jugadores y aún a los espectadores.

De tal suerte que el artículo 2900 del Código Civil de 1870, declara que la ley no concede acción alguna para reclamar una deuda contraída en juego prohibido; El artículo 2901, consideraba prohibidos a todos los juegos en que la ganancia o la pérdida dependen exclusivamente de la suerte, sin intervención del ingenio o de los medios lícitos conocidos por ambas partes.

El legislador acepta la vieja división de juegos prohibidos, y muy inteligentemente no limita éstos, como lo hace el Código Civil francés, en su artículo correlativo, previniendo las futuras evoluciones de las relaciones humanas y la

proyección de éstos hacia nuevos cambios, criterio que encontramos totalmente justificado en la práctica, con la aparición del Juego en Operaciones de Bolsa.

Por otra parte, el legislador sigue la antigua tradición de negar la acción en caso de Juego prohibido, y siguiendo la exposición de motivos de éste ordenamiento que analizamos, se señala que: "... esta severidad de las leyes es perfectamente justa, por que el juego de suerte o azar es un verdadero azote social, ya por que protege la ociosidad, separando la idea de la ganancia del Estado, ya por la ruina y desolación que de una manera repentina introduce en las familias, reduciéndolas a la mendicidad, con perjuicio de las buenas costumbres y de la sociedad.

Si la ley a enumerado entre los delitos a los juegos de azar, y les ha negado toda clase de acción para reclamar la deuda contraída en ellos, sería absurdo que siendo éstos contrarios a la moral y al orden público los tribunales sancionaran los efectos de un hecho ilícito.

Entre las notas más distintivas de éste capítulo podemos apreciar las siguientes: No se concede acción para reclamar deudas de juego prohibidos; describiendo, como se analizó anteriormente, que los juegos prohibidos eran aquellos en que la ganancia o pérdida dependían exclusivamente de la suerte, del azar.

A contrario sensu, las deudas de juego lícito si eran exigibles, pero el legislador les redujo de una cantidad mínima a cien pesos como máximo, en ello vemos reminiscencias de aquella limitación de Justiniano a un Solum para los juegos permitidos y así lo describe el artículo 2902:

1a.- Las deudas contraídas en juegos lícitos, sólo pueden demandarse en juicio, si no excedieren de cien pesos.

2a.- Si para eludir la regla anterior, se suponen varias apuestas de cantidad igual o menor que la permitida, y lo prueba así alguno de los demandados, perderá el actor todo derecho, sin perjuicio de las penas en que pueda incurrir conforme a las prescripciones del Código Penal Vigente.

En principio, lo perdido en el juego no era posible ejercitar la acción de repetición, cuando voluntariamente se hubiere cubierto, pero se establecía dos

excepciones: a).- En caso de dolo o fraude. b).- Cuando se hubiere perdido en juego prohibido, excepciones a la regla en general que estableció el artículo 2904.

La exposición de motivos justifica éste precepto diciendo: "Como en el juego de buena fe el peligro es igual para los interesados, es evidente que al pagar el que pierde, cumple con una OBLIGACION DE DERECHO NATURAL la cual basta, según las doctrinas admitidas generalmente en Derecho, para que se niegue la repetición de lo pagado".

Tanto el precepto, como su fundamentación, son ideas que tomaron nuestros legisladores del Código Civil Francés, y al hacer su estudio, en el apartado que precede al presente, ya hemos esbozado la problemática que en este momento se plantea, según el autor Manresa y Navarro, no fue sino una cuestión más o menos elegantemente tratada con que alardean de sutileza los juristas nacionales en la elaboración del Código Civil en comento.

Se estableció la pena de nulidad a toda apuesta que tuviere analogía con un juego prohibido. Fácilmente se manifiesta la intención del legislador de evitar en lo posible la expansión del juego y le da una reglamentación sumamente rígida y estrecha, tal parece que se ocupa de él, tal sólo por que necesariamente existen y no por el deseo de fomentarlo o auspiciar su desarrollo.

CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1984.

En cuanto a éste ordenamiento, debemos en principio, destacar que la técnica legislativa que se distingue es altamente parecida y análoga a la del Código Civil de 1870, lo anterior probablemente por la cercanía histórica entre la elaboración de ambos, los cuales se continuaban rigiendo con un resabio de la doctrina romana, que hasta la actualidad prevalece en un sin número de legislaciones de los diferentes países, señalado lo anterior, procederemos a destacar algunos de los puntos más significativos de éste Código tanto análogos como en los que difiere con su predecesor.

El Código Civil de 1884, en su Título Décimo Séptimo, reglamenta los contratos aleatorios, definiéndolos en la misma forma que su antecesor, en el artículo 2701.

Este ordenamiento, nos da el mismo concepto y usando prácticamente los mismos términos, redactando el artículo 1.864 de l Código de Napoleón, pues en su artículo 2701 dice: "Contrato aleatorio es un convenio recíproco, cuyos efectos en cuanto a las ganancias o pérdidas, ya para todas la partes o alguna de ellas dependen de un acontecimiento incierto".

También reconoce el legislador de 1884, los mismos contratos aleatorios que el Código Civil de 1870, en el capítulo I de disposiciones generales, incluyendo la enumeración de dichos contratos, a decir del Maestro Rojas Villegas, estos eran bastantes, de los cuales incluso algunos ya no pertenecen al Derecho Civil, sino al Mercantil.

"El artículo 2702 del Código Civil de 1884, comprendía una enumeración mayor al estatuir: Los contratos aleatorios son: I.- El contrato de seguros; II.- El préstamo a la gruesa o riesgo marítimo; III.- EL JUEGO Y LA APUESTA; IV.- El contrato de renta vitalicia; V.- La sociedad de minas; VI.- La compra de esperanza. ' En la el contrato de seguros siempre es mercantil'. El préstamo a la gruesa o riesgo marítimo ha sido también un contrato de comercio.

De manera que, indebidamente el Código Civil de 1870, lo incluyó en la enumeración de los contratos aleatorios civiles y así lo reconoció al decir en el artículo 2703 que: "El contrato de préstamo a la gruesa o riesgo marítimo se rige por las disposiciones del Código Mercantil, y el de la sociedad de minas por las ordenanzas especiales relativas".²²

En relación con el JUEGO Y LA APUESTA, éste Código sin exponer sus conceptos, únicamente reglamentaba las consecuencias legales derivadas del juego y de la apuesta lícitos, sin manifestar cuáles eran éstos.

Tal y como se apuntó al inicio del presente análisis y en la parte relativa a los contratos que nos ocupan, el Código en mención, sigue los mismos lineamientos

²² Rojas Villegas, Rafael Derecho Civil Mexicano, tomo IV, volumen II, Ed. Porrúa, México, 1983, p59

que el de 1870, y en el artículo 2774 establece o agrega una excepción en los casos de los premios obtenidos en sorteos o loterías establecidas conforme a la ley, que pueden ser demandados cualquiera que sea su importe, rompiendo con el principio general establecido anteriormente, en que no se concedía acción sino hasta por la cantidad de cien pesos por lo ganado en juegos lícitos.

En seguida, analizaremos el artículo 2776, del ordenamiento en cuestión, lo cual dará ocasión de tratar uno de los temas más importantes del juego y de la apuesta, como lo es la obligación natural que se genera o no, lo que es el meollo de la problemática de la relación contractual, y a su vez si existe ésta o no.

Artículo 2776, habla de dos excepciones a la irrepitibilidad de lo pagado en deuda de juego:

1a.- En caso de dolo o fraude de la otra parte; o en cualquiera otro caso en que el contrato no debiera producir efecto, según las reglas generales.

2a.- Cuando la cantidad o cosa que se pagó se hubiera perdido en juego prohibido.

Así tenemos pues que, la primera excepción, es el principio lógico de que si se niega la acción para repetir lo pagado voluntariamente, dicen algunos que, es obvio que lo pagado inducido por dolo o fraude no es voluntario, y por lo mismo repetible, más sin embargo puede considerarse un pago voluntario, hasta antes de conocer el dolo o fraude, con lo cual posteriormente puede surtir efectos esta excepción.

La segunda de las excepciones en comento, es un principio de nulidad absoluta, pues no existe la licitud en el Objeto. Sabemos que la nulidad absoluta produce provisionalmente sus efectos, los cuales podrán ser destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad.

¿Por que nuestros legisladores de 1870 y sus continuadores de 1884, fundamentaban la irrepitibilidad de lo pagado en deuda de juego en una obligación natural. A esta interrogativa, la segunda parte del artículo 2804 del Código Civil de 1870, transcrito ya en paginas anteriores, nos indica claramente, que si es repetible lo pagado en deuda de juego prohibido o en el cual hubo dolo o fraude, ellos a todas luces es lógico, dado la nulidad absoluta que trae implícita.

Por lo que respecta a la primera parte, no es repetible lo perdido en el juego y pagado voluntariamente, nos limita a deudas de juego lícito. Si hay licitud en el juego, el ésta está reglamentado, reconocido y aún protegido con la tutela jurídica, los efectos y obligaciones que produzcan serán obligaciones civiles.

Tan es así que, el juego lícito, al producir pérdida y el ser ésta pagada hace imposible su repetición. No solamente esto, sino que además, el artículo 2774 del Código Civil de 1884 de coercibilidad a la obligación, hace exigible lo perdido en juego lícito, aunque lo limita por interés público.

La justificación de obligación natural en el pago de deuda de juego o apuesta se concibió en el Derecho Francés. Vimos ya que, es en el Código de Napoleón donde por primera vez aparecen los contratos de Juego y Apuesta como tales; Contratos modernos indiscutiblemente.

De tal forma que se observa que en el Código en cuestión, en el fondo no existe en el legislador sino el deseo de no alentar situaciones amorales, aunque jurídicamente es difícil justificarlo, y así se dice:

La deuda de juego o apuesta, es una obligación natural por que el perdedor no está obligado a pagarla y el ganador no tiene derecho a exigirla, y esto es esencial en la obligación natural: La falta de coercibilidad, de exigibilidad.

El que pagó una deuda de juego es por que se sintió obligado moralmente a cubrirla, y no será la ley quien en contra del que ha cumplido con una obligación natural, no serán los tribunales testigos de los escandalosos procesos a que esto podría dar margen.

El tradicional concepto cabarresco francés del honor quedó satisfecho: el que cumple una deuda de juego paga una deuda de honor, cumpliendo así con su obligación (natural).

A fin de dar conclusión a la presente reseña histórica, que hemos venido haciendo por el camino de evolución que ha tenido nuestra legislación en materia de los contratos aleatorios del juego y de la apuesta, a continuación anotaremos algunas de las disposiciones más significativas y que en la especie no hemos tratado en éste análisis del ordenamiento Civil de 1884:

El artículo 2777, nos dice que si una persona juega y pierde dinero ajeno, ignorándolo el dueño, puede éste demandar la suma perdida; pues si el juego es un delito y la víctima de él es el dueño del dinero, es natural que tenga acción para obtener la indemnización civil de los delincuentes, consistente en la restitución de lo perdido.

Los artículos 2778 y 2782, nos dicen que las apuestas hechas de buena fe y fuera del juego, son válidas cuando el valor no exceda de la cantidad de cien pesos; y que es nula toda apuesta que tenga analogía con un juego prohibido. Por ser la apuesta un "contrato aleatorio" y que se reglamenta como tal y muy similar al juego, el legislador lo subordina a reglas idénticas, y le señala límites con el evidente objeto de prevenir el mal social.

La apuesta de buena fe están permitidas y por contraposición las prohibidas la analiza este Código en el artículo 22778, declarando que se considera de mala fe la apuesta, siempre que una de las partes haya conocido la verdad a tiempo de provocar o aceptar aquella, por que entonces no es dudoso para esa parte la verdad o la existencia del hecho que motivó la discusión y que se concertará en el contrato.

'EL PRIMER CONTRATO INDICADO AL
HOMBRE POR LA NECESIDAD
Y LA INDUSTRIA FUE LA PERMUTA,
Y EL ALEATORIO DEBE SER
CONSIDERADO EL ULTIMO E
INVENTADO SOLAMENTE POR SU
CODICIA'

GOYENA.

CAPITULO II.

EL CONTRATO.

A.- CONCEPTO DE CONTRATO EN DERECHO MEXICANO.

B.- ACEPCIONES DEL TERMINO CONTRATO.

B1.- CONTRATO COMO ACTO JURIDICO.

B2.- CONTRATO COMO NORMA JURIDICA.

B3.- CONTRATO COMO DOCUMENTO.

C.- ELEMENTOS DEL CONTRATO.

D.- PRESUPUESTOS DEL CONTRATO.

E.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

La primera consideración que hay que realizar en el presente estudio, es la de que no hay posibilidad alguna, de dar un concepto general del CONTRATO, que pueda tener aceptación universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas.²³

Así pues, la connotación que puede ser justamente aplicada en Derecho Italiano, puede no corresponder a la que se le dé en el nuestro, o en el Derecho Alemán

Por otro lado, la influencia doctrinal que es determinante en la labor legislativa, puede ser orientadora de la conceptualización de éste término hacia diversos sentidos; y más aún si los autores de obras jurídicas no se unifican para darle al contrato un significado uniforme, necesariamente éste variará en el aspecto legal, según sea la orientación doctrinal que haya motivado al autor o al legislador en sí, siendo éste último el que en esencia puede o no, dentro del aspecto teórico unificar la pluralidad de sentidos en uno solo, basándose en éste forzosamente el que deberá tomarse como obligatorio.

A manera de ejemplificar lo anteriormente señalado, como la problemática de unificación en la conceptualización del término de contrato, es menester señalar algunos conceptos del mismo, que en diversos países se toman como válidos, teniendo así pues que:

En Argentina, conforme al artículo 1137 de su Código Civil, establece: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

En el Derecho Español, de acuerdo a su artículo 1254, de su respectivo Código Civil, reglamenta "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

De tal forma, que en el campo de la doctrina y según sea el aspecto que cada autor desee hacer resaltar, existirán múltiples acepciones del concepto contrato, ejemplo de ello es que, para los autores Colin Capitant, "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes, puede tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla"

²³ Jarama y Valencia, Miguel Angel, Contratos Civiles, Ed Porrúa, México 1961, p 13

Para los autores soviéticos V. Serebrovski y R. Lálfina -señala el maestro Zamora y Valencia-, el contrato "Es el acuerdo de dos o más personas sobre el establecimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas civiles"

Amen de lo anteriormente señalado, es necesario proporcionar un concepto de contrato que debe tenerse en cuenta para la comprensión y aplicación práctica de lo que es en sí un contrato para tener una idea precisa en el desarrollo del presente trabajo, y también es necesario como consecuencia de ello, precisar que acepción le da al contrato nuestra legislación en cuanto al Código Civil Mexicano vigente, lo que es materia del presente capítulo.

A.- CONCEPTO DE CONTRATO EN DERECHO MEXICANO.

Dentro del Derecho positivo mexicano, se hace la distinción entre el Convenio y el Contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, si descuidar de que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos.

El Derecho positivo mexicano, distingue al contrato del convenio y de los preceptos respectivos puede obtenerse la distinción entre convenio en un sentido amplio y convenio en un sentido restringido, aun cuando como especies de un mismo género, que es el de acto jurídico, todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos también lo serán a los convenios.

De tal manera que así lo señala el mismo Código Civil, en su artículos respectivos:

Artículo 1702.- "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

Artículo 1703.- "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Artículo 1859.- "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la Ley sobre los mismos".

Así tenemos, que de acuerdo con los artículos anteriormente transcritos del Código Civil Mexicano, el convenio en sentido amplio, es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Mientras que, el contrato en sí, es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

De tal manera, señala el maestro Ramón Sánchez Medel, en relación a la diferencia apuntada entre convenio y contrato, que "...La mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil Italiano la ha eliminado, y nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios -artículo 1859-, lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre contrato y convenio".²⁴

Más no obstante, que desde el punto de vista estrictamente civil, es acertada la apreciación, anteriormente señalada, dentro del ámbito general de derecho mexicano, si podría tener importancia la distinción, si se toma en consideración algunas otras áreas específicas del derecho civil, como lo es el derecho familiar, en donde los cónyuges necesitan de autorización judicial para contratar entre ellos, pero no así para convenir.

De lo anteriormente señalado, es de desprenderse y se desprende que, en cuanto a nuestro Derecho, la conceptualización del término contrato, deberá basarse y se basa en lo preceptuado por el Código Civil Mexicano Vigente en sus artículos 1782 y 1783, para lo que el Derecho Mexicano no acepta algún otro concepto sobre el contrato.

B. - ACEPCIONES DEL TERMINO CONTRATO

La expresión o vocable "CONTRATO", tiene en la práctica jurídica mexicana diversos significantes: como acto jurídico; como norma individualizada y como documento, en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes que crean o transmiten derechos y obligaciones, y lo que en la especie, en cuanto al presente trabajo se trata, es de preponderante interés, para así poder establecer el aspecto uniforme con el cual se va a trabajar, dejando asentados los términos a utilizar.

²⁴ Sánchez Medel, Ramón De los Contratos Civiles, Ed Porrúa, México 1981 p 4

B1.- CONTRATO COMO ACTO JURIDICO.

Toda transformación en el ámbito jurídico, es decir, cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se clasifique o califique como jurídica, necesariamente debe ser el resultado de una modificación a un supuesto jurídico y toda activación de un supuesto jurídico, forzosamente debe de obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

Los términos de "supuesto jurídico", "consecuencias de derecho", "sujetos de derecho" que son las personas a quienes se imputan las consecuencias -y que son los entes que sirven de centros de imputación de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de derecho²⁵ y "objetos de derecho" que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de "conceptos jurídicos fundamentales", sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse de situación o relación con la calificación de jurídica.

Siendo así que, los supuestos jurídicos, son las hipótesis normativas de cuya realización depende el que se produzcan consecuencias de derecho

Las consecuencias de derecho, son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse motivado uno o varios supuestos jurídicos²⁶

En un análisis lógico de ideas, es de concluirse que, para que se produzcan consecuencias de derecho, es necesario motivar o actualizar un supuesto, a lo que se le conoce como el nombre de hecho jurídico, ya que éste el impulso, el activador del supuesto.

Siguiendo el mismo orden de ideas, existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas por no motivar ningún supuesto, pero en cambio existen otros que sí las producen y a estos últimos son a los que se les denominan hechos jurídicos.

Estos hechos jurídicos, se pueden clasificar, en hechos jurídicos en sentido estricto y en actos jurídicos. Los hechos jurídicos en sentido estricto son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no interviene su voluntad o que aún interviniendo, ésta intervención es irrelevante en

²⁵ Haynes Villegas, Reyes, Derecho Civil Mexicano, Tomo 1°, Introducción y Personas, Cárdenas Editores, México 1990, p. 118

²⁶ Op. Cit. Tomo Quinto, Obligaciones, Vol. I, pp. 99 y 100

cuanto a la producción de las consecuencias y que por la motivación de un supuesto jurídico, se producen consecuencias de derecho.

Por tanto tenemos entonces, que el acto jurídico, es el acontecimiento del hombre en el cual interviene su voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de derecho.

De lo anterior, se desprende como conclusión, la diferencia entre hecho y acto jurídico, siendo que en el primero, no interviene o interviene indirectamente la voluntad del hombre para la obtención de efectos jurídicos, mientras que en el segundo, siempre va a ser necesaria la voluntad del hombre para la generación de efectos de derecho, siendo así que, si en estos interviene una sola voluntad, se diga que éste es mono subjetivo, y si intervienen dos o más voluntades, el acto será plunsubjetivo.

Amanera de establecer, la diferenciación entre la mono subjetividad y plunsubjetividad, en relación con la unilateralidad o bilateralidad, para no causar confusión, la primera clasificación obedece a que en su realización intervienen una o más personas manifestando su voluntad de un mismo acto; en cambio en la clasificación de los actos jurídicos y en especial en los contratos, en unilaterales y bilaterales, se toman en consideración las obligaciones que genera el acto ya sea para una sola de las partes o para todas las que intervienen en él.

Y así, un acto será unilateral si sólo genera obligaciones para una de las partes aún cuando intervengan dos o más personas en la realización del acto; y será bilateral si genera obligaciones para las dos partes o para todas las personas que intervengan en él, sin son más de dos.

Al referirse el acto jurídico a la materia civil y dentro de ésta a la regulación patrimonial que presupone la posibilidad de la obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de la riqueza y además relacionando los conceptos anteriores con la posibilidad de crear y transferir derechos y obligaciones, se está ya en posibilidad de dar un concepto de contrato como acto jurídico:

Por lo que podemos decir que "El contrato, como Acto Jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial"²⁷

En el presente trabajo, a manera de simplificar términos y manejar éstos en forma general, se relacionará al contrato como acto jurídico, para estudiar sus

²⁷ Zamora y Valencia, Miguel Angel Op Cit p 17

elementos, presupuestos y clasificación, sin olvidar que es una norma jurídica individualizada -tema que se tratará en el apartado que precede- teniéndose presente también esa naturaleza para poder comprender el funcionamiento y utilidad de esta figura jurídica.

B2.- CONTRATO COMO NORMA JURIDICA.

Este apartado del contrato como norma jurídica, doctrinariamente, está basado en la Teoría Pura del Derecho, del Doctor Hans Kelsen, en la cual hay que distinguir cuidadosamente: Primero.- El acto o procedimiento de la convención. y Segundo.- La Norma o el orden convencional creados por aquella en cuanto a acto o procedimiento.²⁸

Por lo que hay que estudiar al contrato, desde dos aspectos fundamentales: uno, el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creador del contrato, y el otro, que es el resultado de ese proceso; y así como no deben confundirse los actos discursivos con el discurso mismo o el proceso de elaboración legislativo con la Ley, tampoco deben confundirse el acto productor del contrato, con el contrato mismo.

El resultado del acto jurídico contractual puede considerarse como una norma de la cual emanan derechos u obligaciones para las partes que en él intervienen.*

El fundamento de obligatoriedad del contrato, es que en sí mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general -que viene a ser la plasmada en el Código Civil- la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional.

Ante la problemática que presenta la obligatoriedad de los contratos, han existido diversas teorías que fundamenta dicha obligatoriedad del contrato:

La religiosa que hace depender esa fuerza obligatoria de la divinidad; la del imperativo categórico, que señala que los contratos obligan por que sí, sin dar mayor explicación; la positivista, que la fundamenta en los artículos de un código que así lo manden; la utilitarista, que la hace descansar en la ventaja que le reporta a los hombres, el cumplir con su palabra; la de la autonomía de la voluntad, que

²⁸ El Contrato y el Testado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho, Dr. Hans Kelsen, Editora Nacional, México, 1974

hace depender esa fuerza de obligatoriedad del hecho de que los contratantes lo quieran, y así entre otras.

De manera esencial, los temas principales que deben tratarse en el estudio del contrato como norma jurídica son: Los Ámbitos de Validez material, temporal y personal; y los conflictos entre contratos relacionados con los ámbitos indicados.

Ya habiendo quedado establecido lo anterior, no obstante la importancia que tiene este estudio -el contrato como norma jurídica- no debemos olvidar la vinculación intrínseca del estudio del contrato como acto jurídico, lo que en el presente trabajo se le dará preferencia, por la importancia de esta figura, pero sin desconocer aquel carácter que entre otros aspectos, trata acerca de sus consecuencia o efectos.

83.- CONTRATO COMO DOCUMENTO.

Esta acepción, hace referencia al documento o al conjunto de signos sensibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada y su estudio debe hacerse en términos generales, analizando cada uno de los contratos que en particular reglamenta nuestro Código Civil, en cuanto al elemento "forma" de cada uno de ellos.

Por lo que pasaremos a hacer un pequeño análisis, en cuanto a éste aspecto, es decir, en cuanto al "elemento" forma de los contratos reglamentados por nuestro Código Civil, teniendo así:

Que en cuanto al contrato de Promesa, la Ley exige que se otorgue por escrito. En virtud de que no se establece la forma como elemento indispensable y necesario para que se produzcan exactamente las consecuencias previstas por la norma, sino que permite implícitamente el que las consecuencias se produzcan aun cuando no se le dé la forma prescrita, el contrato será formal y no solemne, y si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se le dé al contrato la forma legal, lo anterior de acuerdo con el artículo 1883 del Código Civil.

Por otra parte, la falta de esa forma conforme al artículo 2228 del ordenamiento citado, sólo producirá la nulidad relativa del mismo, ya que las partes en cualquier momento pueden perfeccionar el contrato dándole la forma omitida, según lo preceptúa el artículo 2231 del mismo ordenamiento.

hace depender esa fuerza de obligatoriedad del hecho de que los contratantes lo quieran, y así entre otras.

De manera esencial, los temas principales que deben tratarse en el estudio del contrato como norma jurídica son: Los Ámbitos de Validez material, temporal y personal; y los conflictos entre contratos relacionados con los ámbitos indicados.

Ya habiendo quedado establecido lo anterior, no obstante la importancia que tiene este estudio -el contrato como norma jurídica- no debemos olvidar la vinculación intrínseca del estudio del contrato como acto jurídico, lo que en el presente trabajo se le dará preferencia, por la importancia de esta figura, pero sin desconocer aquel carácter que entre otros aspectos, trata acerca de sus consecuencia o efectos.

B3.- CONTRATO COMO DOCUMENTO.

Esta acepción, hace referencia al documento o al conjunto de signos sensibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada y su estudio debe hacerse en términos generales, analizando cada uno de los contratos que en particular reglamenta nuestro Código Civil, en cuanto al elemento "forma" de cada uno de ellos.

Por lo que pasaremos a hacer un pequeño análisis, en cuanto a éste aspecto, es decir, en cuanto al "elemento" forma de los contratos reglamentados por nuestro Código Civil, teniendo así:

Que en cuanto al contrato de Promesa, la Ley exige que se otorgue por escrito. En virtud de que no se establece la forma como elemento indispensable y necesario para que se produzcan exactamente las consecuencias previstas por la norma, uno que permite implícitamente el que las consecuencias se produzcan aun cuando no se le dé la forma prescrita, el contrato será formal y no solemne, y si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se le dé al contrato la forma legal, lo anterior de acuerdo con el artículo 1883 del Código Civil.

Por otra parte, la falta de esa forma conforme al artículo 2228 del ordenamiento citado, sólo producirá la nulidad relativa del mismo, ya que las partes en cualquier momento pueden perfeccionar el contrato dándole la forma omitida, según lo preceptúa el artículo 2231 del mismo ordenamiento.

En relación al contrato de compraventa, y en la especie en cuanto a los de bienes muebles la ley no exige una manera especial para que se exteriorice el consentimiento y por lo tanto la forma para el contrato es libre y no impuesta. El Contrato de compraventa de bienes muebles pueden celebrarse en escritura pública, en documento privado, con o sin testigos, en forma verbal o por actos o circunstancias que necesariamente supongan consentimiento.

De lo anterior se desprende que el contrato de compraventa respecto de bienes muebles sea un contrato consensual, en oposición al formal, lo anterior de acuerdo con el artículo 2316 del Código Civil.

En contraposición, las compraventas de bienes inmuebles, en cambio son formales, en virtud de que la ley siempre exige una formalidad determinada e impuesta para su validez.

Así tenemos, que de acuerdo con el artículo 2320 del Código Civil, el principio general, respecto a la forma en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, es de que debe de ser y constar en escritura pública, las excepciones a esta regla general, son las siguientes:

1.- Si el valor convencional, es decir el que señalan las partes de común acuerdo, no excede de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo, el contrato de compraventa respecto de bienes inmuebles, puede celebrarse en escrito privado ante dos testigos y ratificadas las firmas de otorgantes y testigos ante Notario, ante Juez competente o ante el Registro Público de la Propiedad.

2.- Si el contrato lo celebra el Departamento del Distrito Federal, como vendedor, respecto de terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos económicos y el valor no excede de la cantidad que resulte de multiplicar por tres mil seiscientos cincuenta veces el importe del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, en la época en que se celebre el contrato, éste puede otorgarse en escrito privado sin los requisitos de testigos y de ratificación de firmas, lo anterior conforme al artículo 2317 del Código Civil.

En relación a bienes inmuebles que estén inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor no excede de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario en el momento de la operación, cuando la venta sea al contado podrá formalizarse, haciéndola constar por escrito en el certificado de inscripción de propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes. La ratificación se hará ante el registrador quien deberá cerciorarse de la identidad de las partes, de la autenticidad de las firmas y de que se cubran los impuestos originados por la operación, y a continuación deberá realizar una nueva inscripción de propiedad en favor del comprador.

En cuanto al contrato de permuta, si el objeto indirecto son bienes muebles, el contrato es consensual y por tanto puede otorgarse en la forma que escojan las partes, dado que la ley no impone ninguna formalidad.

Si existe la transmisión de dominio de uno o más bienes inmuebles, el contrato es formal, ya que la ley sí exige la formalidad determinada para la validez del contrato, consistente en que debe otorgarse en escritura pública, con la única excepción consistente en que si el valor del inmueble no excede de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo, puede otorgarse en documento privado ante dos testigos y ratificadas las firmas de los otorgantes y de los testigos ante juez, Notario o Registro Público de la Propiedad.

El contrato de donación es formal, ya que la ley siempre exige para su validez de una formalidad mínima determinada, lo anterior de acuerdo con el artículo 2341 del Código Civil. Cuando la donación recaer sobre bienes muebles: a) si el valor de los mismos no excede de doscientos pesos, puede hacerse en forma verbal; b) si excede de doscientos pesos pero no de cinco mil, debe hacerse por escrito; y c) si el valor de los bienes donados es mayor de cinco mil pesos, el contrato debe otorgarse en escritura pública.

Las donaciones que recaigan sobre bienes inmuebles, deberá otorgarse en la misma forma que para su venta exige la ley.

La ley dispone que las donaciones ante nupciales no requieren para su validez de aceptación expresa. Esto significa que la oferta no debe revelar la forma exigida por la ley para la validez de la donación, ya que la ley no exige al donante de esa obligación, y sólo la aceptación es la que puede ser tácita y por lo tanto cualquier forma es suficiente, inclusive los actos que necesariamente supongan ese consentimiento.

En cuanto al contrato de mutuo, las partes pueden libremente pactar la manera de exteriorizar el consentimiento, ya que la ley no establece para este contrato una forma impuesta determinada.

No obstante de ello, la práctica en materia de mutuo de dinero, es que se otorgue por escrito y cuando se garantiza la obligación de restitución del mutuatario con hipoteca, como ésta debe constar en escritura pública, también el contrato de mutuo se otorga con la misma formalidad.

No obstante que el contrato puede otorgarse en forma verbal, por señas, por actos que necesariamente supongan el consentimiento, o como las partes determinen, es conveniente celebrar el contrato por escrito, para precisar con toda

certeza el alcance de las obligaciones de las partes; más sin embargo, el contrato será válido cualquiera que sea la formalidad consignada.

En relación al contrato de arrendamiento, el principio general, es que debe constar por escrito. No se exige que el contrato se otorgue en escritura pública o ante testigos y menos que se ratifique por otorgantes o testigos ante funcionario público, simplemente que se celebre por escrito.

En el contrato de comodato, la ley no impone forma alguna para la validez de este, y por lo tanto las partes pueden escoger libremente la manera de exteriorizar su voluntad.

En el contrato de depósito, la ley no establece para el perfeccionamiento de este contrato una forma determinada, lo que significa, que las partes pueden libremente escoger cualquier manera al efecto.

En cuanto al contrato de mandato, la ley siempre exige una forma determinada para la celebración de éste, La cual debe ser en forma verbal o por escrito.

Sólo puede celebrarse verbalmente, si el interés del negocio para el que se concede no excede de doscientos pesos, pero debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para el que se otorgó y no se requiera que haya testigos.

La mínima formalidad si el interés del negocio excede de doscientos pesos pero no llega a cinco mil, es que debe constar por escrito privado ante dos testigos, sin requerir la ratificación de firmas.

Por último debe constar en escritura pública o en documento firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante Notario, Juez o ante autoridad administrativa ante quien se vaya a hacer el documento: 1.- cuando sea general, 2.- cuando el interés del negocio para el que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de esa cantidad, y 3.- cuando los actos que deba ejecutar el mandatario a nombre del mandante, deban constar para su validez en escritura pública conforme a la ley.

La falta de forma en los términos indicados, produce la nulidad relativa del contrato, ya que puede confirmarse el acto dándole la forma omitida.

En el contrato de prestación de servicios profesionales, la manera de exteriorización o socialización del consentimiento es libre, no impuesta, por lo tanto puede manifestarse en forma expresa o tácita. La ley no exige una forma determinada en este contrato para su validez y por lo tanto las partes pueden

escoger libremente esa manera exteriorizante de su voluntad. De ahí que este contrato se clasifique como consensual en oposición a formal.

En el contrato de obra a precio alzado, si éste se refiere al ajuste cerrado de la obra de cosa inmueble cuyo valor sea más de cien pesos, será formal, ya que para su validez debe otorgarse por escrito y para que el empresario tenga derecho a exigir un aumento en la retribución como consecuencia por un cambio de planos, diseños o directrices de la obra, debe el dueño autorizar esos cambios por escrito y con expresa designación del precio.

En todos los demás casos, el contrato es consensual en oposición a formal, ya que no requiere para su validez de una manera específica o impuesta de manifestarse la voluntad de las partes.

En cuanto al contrato de hospedaje, independientemente de que este contrato, como, todos los demás, requiere de una manera cierta para exteriorizar el consentimiento, la ley no exige una forma determinada para ese efecto y por lo tanto, esa forma es libre, no impuesta, la que califica al contrato como consensual.

El contrato de asociación civil, en éste la manera de exteriorizar el consentimiento, no es libre, ya que la ley exige que se celebre por escrito, por lo que se clasifica como un contrato formal.

En términos generales, este contrato puede celebrarse simplemente por escrito sin necesidad de testigos, pero si las partes desean relacionar a la persona jurídica creada con terceros y que surta pleno efecto jurídico esas relaciones respecto de los terceros, deberán inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad, y para poderlo inscribir, deberán ser documentos auténticos o constar en escritura pública, que es un documento auténtico.

Si el contrato no se inscribe en el Registro Público, sólo surtirá efectos entre los que lo celebren, pero no puede perjudicar a terceros, quienes al pueden aprovecharse de la circunstancia de no estar inscrito en lo que les fuere favorable.

Además si algunas de las aportaciones, para su validez, debe constar en escritura pública, también el contrato debe constar de igual forma, si la aportación se hace en el momento de la constitución.

El contrato de sociedad, es formal, por que la ley exige que en todo caso conste por escrito. Si en la celebración del contrato se transmiten bienes que para su enajenación deba otorgarse en escritura pública, deberá otorgarse en esa formalidad. Además que para que el contrato surta efectos contra terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, y por lo tanto se requerirá que

conste en documento auténtico, que en éste caso por disposición del artículo 3005 del Código Civil, deberá ser una escritura pública.

En cuanto al contrato de aparcería rural, éste para su validez debe otorgarse por escrito, sin necesidad de testigos ni ratificación de firmas, en dos ejemplares, uno para cada parte contratante.

En el contrato de renta vitalicia, debe para su validez constar por escrito.

El contrato de fianza civil, normalmente llamado consensual, puede otorgarse con la forma que escojan libremente las partes, con el único requisito de que el consentimiento se manifieste en forma expresa.

En la práctica, es normal que cuando se afianzan obligaciones emanadas de un contrato, se dé a la fianza la misma formalidad que para la validez de tal contrato exige la ley.

En cuanto al contrato de prenda, el Código Civil, preceptúa que debe constar por escrito y que si se celebra en documento privado, deben formularse dos ejemplares, uno para cada de los contratantes.

Además, para que la prenda surta efectos como derecho real en el sentido de poder ser oponible a terceros siendo ésta la razón de ser precisamente la celebración del contrato, debe tener fecha auténtica. Siendo la manera lógica y normal de darle autenticidad a la fecha de un contrato, son el celebrarlo en escritura pública o el certificar las firmas ante Notario Público. Aún cuando, la inscripción en el Registro Público de la Propiedad también autentica la fecha del documento inscribible.

En relación al contrato de hipoteca, siempre debe de constar por escrito y por lo tanto es un contrato formal. Siendo la regla general, que el contrato debe constar en escritura pública, salvo las excepciones que marca la ley al respecto.

En cuanto a los contratos de Juego y Apuesta, que en el presente trabajo y en la especie es el que nos atañe, debemos establecer que, estos contratos en términos generales Consensuales, es decir, que la ley no impone la necesidad que para su celebración se cumplan determinadas formalidades, y por tanto las partes pueden escoger la formalidad que mejor les convenga, y que para sus efectos sea necesarios para ellos, a lo que más adelante en el presente trabajo entraremos a su estudio.

C. - ELEMENTOS DEL CONTRATO.

En cuanto al presente rubro, nos hemos encontrado con dificultades doctrinarias, para lo que a manera de resolver tal situación, tomaremos como base para identificar propiamente a los elementos del contrato los subdividiremos, en propiamente los elementos del contrato y los presupuestos de los mismos, de acuerdo a algunos de los autores más abundantes en el tema.

Así tenemos, que la mayoría de los autores mexicanos, siguen el criterio del Código Civil para determinar las partes que necesariamente integran un contrato, clasificando a los elementos del contrato en esenciales y de validez.²⁰

Para la doctrina mexicana, son elementos de esencia el consentimiento y el objeto; y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

Amen de que los autores mexicanos y el propio Código Civil, analizan al contrato respecto a sus elementos de esencia y de validez, en este estudio se seguirá el criterio del Licenciado Miguel Angel Zamora y Valencia, ya que tal y como el mismo lo indica, no deben confundirse los ámbitos o campos de la formación y los de los efectos del contrato²¹. Donde el mismo señala, que ciertos requisitos son indispensables para que el contrato exista, y a estos debe llamarse precisamente Elementos (de existencia), y otros son necesarios para que produzca efectos normales en los términos previstos en la norma a los cuales el autor de referencia los denomina Presupuestos del contrato, y a los que se les conoce también como requisitos de validez.

Así tenemos que, llámese elemento a la parte integrante de una cosa, que si falta, esta cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa, ante tal situación, para la realización del análisis de la figura jurídica Contrato, deben distinguirse aquellas partes que efectivamente son indispensables para que exista y se manifieste este acto jurídico, de aquellas que deben existir previamente a la formación del mismo contrato, haciendo las primeras referencia a la estructura del contrato y las últimas a las consecuencias del mismo.

Teniendo así que, son elementos del contrato, el consentimiento, el objeto y la forma, ya que sin estos no existiría esta figura jurídica como tal.

Siendo el consentimiento, el acuerdo de dos o más voluntades en los términos de una norma para la producción de consecuencias previstas en la misma.

²⁰ Héctor Villegas Hualde, op. cit. Tomo quinto, Vol. I, p. 399
²¹ Zamora y Valencia Miguel Angel, Op. Cit. p. 21

Dado que la voluntad es un elemento indispensable del acto jurídico, y los contratos son una especie del género actos jurídicos, necesariamente se requerirá de esa voluntad en el contrato, pero dado que éste siempre es un acto plurisubjetivo, la unión acorde de voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toma el nombre de consentimiento.

Ahora bien, esas voluntades deben estar a cordes respecto de un objeto de interés jurídico y en relación a la materia contractual, ese objeto es la conducta proyectada como una prestación o como una abstención, y esa para dar cierta cosa, prestar un servicio o realizar una abstención.

Por lo que el consentimiento respecto de tal conducta, necesaria y forzosamente debe manifestarse o exteriorizarse de alguna manera para que tenga existencia social y por ende jurídica.

La existencia de la persona o la existencia de tal persona con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es un presupuesto necesario y elemental de todo acto jurídico, pero no es lógico expresar que es un elemento de tal acto, ya que el elemento no es el sujeto sino la voluntad, por lo que si se toma en consideración al contrato como norma jurídica individualizada, sus elementos serían y son: La forma o manera de exteriorizarse y el contenido o sean los pactos o cláusulas del mismo.

A continuación analizaremos, los elementos de existencia de los contratos en general, individualizándolos uno a uno, señalando así al primero de ellos:

1.- El Consentimiento como Elemento de Existencia.- La intención de la celebración de un acto jurídico, el ánimo o resolución de hacer una cosa, es la Voluntad, y la voluntad desde el punto de vista jurídico, es esa intención para la realización de un acontecimiento referido a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos plurisubjetivos la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto se llama consentimiento.

Por lo anterior, en el concreto, el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Por consiguiente, si en un determinado supuesto no existiera esa unión, conjunción o comunión acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o uno o varios actos mono subjetivos que originarán

consecuencias de derecho, pero en ningún momento existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de ésta, el que se dé al consentimiento con la acepción señalada.

2.- El Objeto como Elemento de Existencia.- La conducta, que viene a ser tanto el objeto del contrato, como el objeto del derecho en general, lo que es importante en este punto, es el resaltar que tal conducta debe ser humana, ya que el derecho sólo puede concebirse referido al hombre, y tal conducta puede manifestarse como una prestación -situación activa, móvil, dinámica- o como una abstención - situación pasiva, inmóvil, estática -.

Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede encausarse como un hacer algo; si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, se podrá encausar como un dejar de hacer algo.

En cuanto a la conducta a realizar, esta debe ser, en cuanto a su contenido de la prestación "hacer algo", debe ser posible y lícito, ya puede ser que se proyecte hacia un hecho o hacia una cosa; de esto se puede deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en objeto directo y objeto indirecto ³¹

Por lo que entonces así tenemos que, será objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación, que podrá consistir en un dar o en un hacer o como una abstención, que vendrá siendo un no hacer.

De la misma forma, tenemos que será objeto indirecto del contrato: La cosa como contenido del dar, la cual debe ser posible; el hecho como contenido del hacer, el que debe ser posible y lícito; y la abstención, como contenido del no hacer, que deberá ser posible y lícito.

Dados los anteriores razonamientos tenemos que, la creación y transmisión de derechos y obligaciones, no son ni pueden ser objeto del contrato, toda vez que esas situaciones son propiamente la consecuencia o resultado del propio contrato como acto jurídico que motivó o actualizó un supuesto de derecho.

Sin embargo, como tales consecuencias son precisamente la razón de ser de los contratos, el motivo que impulsa a las personas a vincularse jurídicamente, es por lo que se ha originado la confusión, considerando la creación y la transmisión de derechos y obligaciones como el objeto directo de los contratos.

³¹ Zamora y Valencia Miguel Angel, Op Cit p 24

"De lo anterior y conforme a la definición legal del contrato, en cuanto a nuestro Código Civil en su artículo 1793, el objeto directo e indirecto del contrato es la creación o transmisión de obligaciones y derechos, sean estos reales o personales; pero por una elipsis que viene desde el Código Napoleónico, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él.

Este objeto indirecto o mediato del contrato, puede ser o la prestación de una cosa, según el artículo 2011; o la cosa misma, según el artículo 1824 en su fracción I; o bien la prestación de un hecho, conforme a lo que preceptúan los artículos 2027 y 2028; o el hecho mismo, según el artículo 1824 en su fracción II".³²

Además el equivoco, señalado anteriormente, también puede tener su origen en los términos de objeto, que es la conducta y objetivos o finalidades del contrato que son los de producir las consecuencias existentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones.

Por tal motivo, es de insistirse en que la creación y la transmisión de derechos y de obligaciones *son las consecuencias del contrato, pero nunca su objeto*. Por lo que si en un supuesto o pretendido contrato no existe una conducta humana, no puede hablarse jurídicamente de CONTRATO.

"El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho, estos son los objeto indirectos de la obligación, pero como el contrato la crea y ésta tiene como objeto al cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje, ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato.

Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que así mismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionado con dicha conducta".³³

3.- La Forma como Elemento de Existencia.- La forma, en términos generales es la manera de exteriorización del consentimiento en el contrato, y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización de las voluntades de las partes que intervienen en él.

³² Sánchez Medel, Ramón, Op. Cit. p. 17

³³ Roura Villegas, Rafael, Op. Cit., Tomo quinto, Vol. 1, p. 361

Por lo que la voluntad, es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico, y las voluntades acordes de dos o más sujetos de derecho, que a su vez forman el consentimiento, sino existe esa forma o manera de exteriorizarse no se podría hablar del acto jurídico como contrato.

Toda vez que todo contrato tiene forma, ya que sin ella es inconcebible, tomando en cuenta, que la forma es la exteriorización, la visibilidad del acto mismo, abstraída de su contenido y ningún acto tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifiesta.

En otro sentido, es indispensable y necesario que se emplee alguna manera de proyectar exteriorizando la voluntad, y por lo tanto el consentimiento, y si esa manera de exteriorizarse es la forma, ésta por necesidad lógica será un elemento de existencia del contrato.

Como ya se ha indicado también que la forma, en ese sentido, debe ser estudiada como elemento - sin la necesidad de calificarlo de esencial, toda vez que se supone que todo elemento es indispensable e imprescindible para la existencia del todo - del contrato como una norma individualizada y estudiando el contrato desde ese ángulo, se deberá analizar el continente o forma por una parte y al contenido o pactos o cláusulas y sus repercusiones en los ámbitos espacial, temporal y personal, por la otra.

Partiendo de el punto propuesto, tenemos que, la estructura del contrato como negocio jurídico bilateral comprende al forma y el contenido: La forma es su figuración exterior que le permite ser reconocible en la vida de relación; el contenido es su tipicidad interior, pues la voluntad humana sería mero fenómeno psíquico irrelevante para el derecho, sino fuera contenido de declaraciones y manifestaciones humanas.

El legislador sin desconocer la necesidad de satisfacer una forma, para la formación y existencia del contrato, regula sin embargo, generalmente tres situaciones diferentes a distinguir:

La primera, que en determinados contratos, la ley taxativamente exige una manera específica y determinada de exteriorizar el consentimiento, para que se produzcan ciertos y determinados efectos, los cuales no se producirán si no se cumple con esa forma.

Tal es el caso, en el derecho mexicano respecto de la prenda, si en el forma de tal contrato no consta la cartaza de la fecha, no se genera el derecho real, por no

surtr efectos en contra de terceros, por disposición expresa del artículo 2860 del Código Civil.

Igual situación se presenta en el llamado mutuo subrogatorio, si éste no consta en título auténtico y en él se declara expresamente que el dinero prestado fue para pagar una deuda, no produce el efecto de subrogar al mutuante por ministerio de la ley en los derechos del acreedor a quién se cubrió su crédito con la cantidad mutuada, por disponerlo así el artículo 2059 del ordenamiento citado.

La segunda, en otros casos específicos, la ley exige una manera explícita y determinada de exteriorización del consentimiento que pretende una mayor seguridad y prueba de las operaciones, pero que si no se cumple con esa exigencia, de todas maneras se generan los efectos previstos por el contrato como norma jurídica individualizada, aun cuando éstos podrían llegar a ser nulificados por falta de esa formalidad. Más, si se da el contrato la forma omitida y siendo que cualquiera de las partes puede exigir si la voluntad de ambas consta de manera fehaciente, se extingue la nulidad que pudo haber existido, esto con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1833, 2231 2232 del Código Civil.

Esta situación se presenta en derecho mexicano, por ejemplo, en el caso de que se celebre un contrato de compraventa de un bien inmueble con valor mayor del trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo en documento privado, no obstante que la forma exigida por la ley es escritura pública, aun cuando ésta no se cumpla se producen los efectos traslativos de dominio y obligatorios del contrato.

Por último, en la tercera, la ley no puede exigir una determinada manera de exteriorizar el consentimiento, sino dejar a la voluntad de las partes que escojan libremente la forma del contrato y de cualquier manera se producirán los efectos previstos por la norma, pero en todo caso, deberá existir siempre una forma, cualquiera que ésta sea, para la existencia del contrato. Así sucede en el derecho mexicano, entre otros, en los contratos de compraventa de bienes muebles, de mutuo, de comodato, y en la especie del presente trabajo, en los contratos aleatorios de Juego y Apuesta.

Así tenemos que, en la primera situación señalada, cuando la ley en un contrato específico impone u obliga a la necesidad de exteriorizar el consentimiento cubriéndolo o rodeándolo de ciertos y determinados elementos visibles o sensibles para que puedan producirse las consecuencias de derecho previstas en la norma, se dice que el contrato es *Solemne*.

Existen autores, que en términos generales manifiestan que en derecho mexicano, no se encuentran regulados por el Código Civil, tales contratos Solemnes, más a pesar de tales declaraciones y con fundamento en lo dispuesto por los

artículos 2059 y 2060, entre otros, muestran dos supuestos en los cuales si no se manifiesta o exterioriza el consentimiento en una forma determinada e impuesta por la ley, no se producen las consecuencias previstas por la norma; pueden y de hecho se producen otras consecuencias, pero no las previstas en esos supuestos y por lo cual debe concluirse que en definitiva, en nuestro Código Civil, si se regulan a estos contratos como solemnes.

En cuanto a la segunda situación planteada, si la ley impone una cierta manera de exteriorizarse el consentimiento, no para que se produzcan los efectos previstos por la norma, sino sólo para la validez del acto, para que éste no pueda ser anulado por la falta de ese requerimiento, se dice que el acto o contrato es *Formal*.

En relación a la tercera situación planteada, si la ley no regula la manera en que debe exteriorizarse ese consentimiento, sino que deja a la libertad de las partes la manera de exteriorización ósea si esa manera no es impuesta sino libre, se dice que el contrato es *Consensual*.

De antemano debe precisarse que la forma, no simplemente es la manera de emplearse el lenguaje, sino todo un conjunto de elementos sensibles que pueden comprender más que la simple expresión plasmada en un documento.

D.- PRESUPUESTOS DEL CONTRATO.

Los contratos, además de los elementos de existencia, es decir del consentimiento, el objeto y la forma, los que son imprescindibles para que pueda hablarse de contrato, la ley exige otros requisitos, que deben darse en la formación del contrato, para que éste produzca plenamente sus efectos y para que no pueda ser anulado, o sea, aspectos que deben estudiarse para determinar los efectos o consecuencias de todo tipo de contratos.

Los requisitos a que nos referimos, deben darse y existir aún antes del contrato y los cuales son: la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin, los que en el presente trabajo sólo se mencionarán a manera de enunciación como introducción, para posteriormente precisarlos en el campo de su aplicación en los contratos que en particular no es incumbente en el presente trabajo, como son el contrato del Juego y de la Apuesta.

1 LA CAPACIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ.- La capacidad es la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, así como para hacer valer estos, por sí mismos en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

De la conceptualización anterior, podemos desprender la clasificación de la capacidad en los siguientes términos:

- a).- Capacidad de Goce, de derecho o jurídica;
- b).- Capacidad de Ejercicio, de hecho o de obrar.

La anterior clasificación, la hacemos de una manera general, más en nuestro derecho mexicano, sólo se utilizan las expresiones de Capacidad de Goce y de Capacidad de Ejercicio, siendo que en el derecho extranjero también se designa a la capacidad de goce como capacidad de derecho o jurídica y a la de ejercicio como de hecho o de obrar, las cuales en la presente investigación no se le dará valor dado que es un estudio enteramente de derecho mexicano, salvo algún aspecto comparativo que sea necesario.

La Capacidad de Goce, es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones.

La Capacidad de Ejercicio, es la aptitud que tienen las personas para hacer valer esos derechos de que son titulares, ya sea por sí mismos, en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

Es de gran importancia realizar la diferenciación anteriormente hecha, dado que, la falta de capacidad ya sea de un tipo o de otro, puede acarrear consecuencias diversas.

En nuestro derecho, que sigue una tendencia ideológica sustentada en la libertad humana, ambas capacidades de goce y de ejercicio se presumen, lo anterior de acuerdo con el artículo 1798 del Código Civil, en cuanto a que preceptúa: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la Ley". Lo que significa que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad.

Por otra parte la ley establece incapacidades de ejercicio, tal y como lo preceptúa el artículo 450 del Código Civil, pero en ningún momento podría establecer incapacidades de goce, ya que estaría atentando contra la dignidad humana o sin negar la personalidad jurídica.

Si en términos generales se dijera que determinada persona o grupo de ellas no tienen aptitud para ser titulares de derechos, tales personas no serían sujetos jurídicos ósea se les estaría negando su personalidad jurídica.

Por otra parte, aunque una persona no sea apta para hacer valer por sí misma sus derechos o para cumplir con sus obligaciones, no significa que no los tenga o que no pueda hacer ejercicio de los primeros o que no pueda cumplir con los segundos, sino que sólo no puede hacer ejercicio de ellos por sí mismo, y por lo tanto requerirá de otra persona para que en su representación lo haga.

De ahí la necesidad jurídica de la representación, ya que sin ella sería lo mismo el tener o no derechos, ya que si no se pueden hacer valer ni por sí ni por otro, desde un punto de vista lógico significa que no los tiene, y no se volvería al punto de partida, al indicar que faltaría la personalidad jurídica a ese ente. Por lo que, de esto se desprende, que no puede hablarse de una incapacidad sin ley.

Así tenemos que, en cuanto a las incapacidades generales de ejercicio, están regidas por el Código Civil, en su artículo 450, en donde se establece taxativamente las personas a las personas que son titulares de derechos pero que no puedan ejercerlos por sí mismos, sino que requerirán de una tercera persona, que en su representación los haga valer.

En cuanto a estas personas incapaces, o de incapacidades de las personas, que específicamente ahora hablaremos de la de goce, la ley no las establece en forma general, sino sólo señala en forma particular, quienes o quienes no tienen aptitud de ser titulares de ciertos derechos.

Teniendo así que, también, tenemos que hablar sobre lo que se conoce como capacidad general y de capacidad especial, conceptos que son aplicables a los contratos en su especie, dependiendo de cada uno de ellos.³⁴

Se entiende por capacidad general, la aptitud para poder intervenir por el en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir de su prestación de dar.

Por lo que, por capacidad especial, debe entenderse, además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una

³⁴ Sánchez Medel, Ramón, Op. Cit. pp. 113 y 146

calidad específica de tipo personal o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.

Dado los razonamientos que anteceden, si se celebra un contrato por un incapaz con incapacidad de ejercicio, el contrato será anulable o sea, estará viciado de una nulidad relativa, lo que origina que sólo él pueda invocar esa incapacidad; esa nulidad de la que está viciado el contrato, podría ser confirmado por sus representantes legales si tienen facultades para ese efecto o por el mismo incapaz cuando haya cesado su incapacidad y además, por el transcurso del tiempo prescribe la acción de nulidad.

Por el contrario, si el contrato es celebrado por un incapaz con incapacidad de goce, el contrato será nulo de pleno derecho, o sea que estará viciado de nulidad absoluta, lo que origina que de ella pueda prevalerse todo interesado, inclusive el Ministerio Público, y el vicio no desaparece por confirmación ni por prescripción.

De tal forma que la capacidad de ejercicio se establece en protección de intereses individuales, ya sea de los menores o de las personas que por circunstancias personales no tienen una facultad normal de razonar y por tal motivo la calificación de un contrato celebrado por ellas será la nulidad relativa.

En cambio, la incapacidad de goce, se establece en protección de intereses de orden público, en normas de carácter imperativo o prohibitivas y por lo tanto su incumplimiento o violación se traducirá en un hecho ilícito y por ende la calificación de un contrato celebrado en contravención de tales disposiciones será la nulidad absoluta.

Por otro lado, si se celebra un contrato por una persona que requiera de una capacidad especial sin tenerla, el contrato podrá ser declarado nulo por la ley, o no producirá los efectos previstos por las partes sino los que determine la ley y hará responsable al otorgante de los daños y perjuicios causados a la otra parte, y en ocasiones la ley sanciona en forma específica al sujeto.

De lo anterior podemos referir que, en términos generales, los requisitos específicos de tipo personal que exige la ley en la celebración de los contratos, es lo que constituye la capacidad especial y las normas que los señalan son imperativas. Sin embargo, cuando no se cumplen, pueden establecerse diversas sanciones que pueden consistir en la nulidad del contrato o en privarlo de ciertos y determinados efectos. A esta capacidad especial también recibe el nombre de Legitimación.

2. LA AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ

En este tema empezaremos por dar el concepto de lo que son los vicios del consentimiento, esto para poder entender con más claridad la forma en que perjudican al contrato, así tenemos que "Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimir al consentimiento dañan a éste".

De lo anterior, podemos desprender que, cuando uno de los llamados vicios no sólo daña al consentimiento, sino que lo suprime, deja de ser vicio, para constituir una falta de consentimiento.³⁵

En la especie, en cuanto a que el presente trabajo se tratan dos tipos específicos de contratos y en general de los contratos, en estos se requiere que las personas como sujetos de derecho manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias pueden invalidar y de hecho invalidan el contrato, lo que origina su nulidad, por lo que la calificación que le pudiéramos dar a esa nulidad sería de Nulidad Relativa.

De lo anterior, resulta que, sin duda que, "Los vicios de la voluntad en su aspecto general son causa de nulidad relativa".³⁶

En términos generales, se han considerado como vicios del consentimiento al error, al dolo, a la lesión y a la violencia, los cuales pasaremos a estudiarlos en su aspecto especial.

El Error.- Es el conocimiento equivoco de la realidad, el cual no debe confundirse con la ignorancia, por que ésta es una falta de conocimiento. También puede decirse que el error, es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso lo que es cierto.³⁷

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1813 del Código Civil, para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto origine la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes.

El error puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa considerada en sí misma; a las calidades o funcionalidad de la cosa referida al uso o utilización que desee darle el sujeto o a la identidad de la persona del contratante en aquellos contratos que se celebren en atención a las cualidades del sujeto.

³⁵ Sánchez Medel, Ramón Op. Cit. p. 33

³⁶ Rojas Villegas, Rafael Op. Cit. tomo primero, p. 373

³⁷ Cámara y Valencia Miguel Ángel Op. Cit. p. 35.

Si la falta de identidad entre la realidad y el motivo determinante de la voluntad del sujeto recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad misma de la cosa como objeto del contrato, técnicamente no puede ser considerada como un vicio sino como una falta de consentimiento, toda vez que las voluntades no serían coincidentes en los términos previstos por la norma jurídica, para formar un consentimiento, y al faltar éste, por ser un elemento del contrato, no existiría éste.

Atendiendo a lo previsto por los artículos 1813 y 1814 del Código Civil para el Distrito Federal, existen errores que la ley no considera como causa de nulidad del contrato, y estos son el que no recaiga el error sobre el motivo determinante de la voluntad y el error de cálculo que sólo da lugar a rectificación.

El Dolo. - En cuanto a la conceptualización del éste término, no presenta dificultad alguna en nuestro derecho, toda vez que el Código Civil, en el artículo 1815 lo establece taxativamente, y señala que "...es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...".

En términos generales, puede decirse también que, el dolo es el empleo de cualquier medio ilícito para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona en la formación de un contrato.

Las sugestiones, los artificios o los medios ilícitos, no constituyen prácticamente un vicio del consentimiento, sino que son los medios para obtener el resultado de inducir a error o mantener en él a una persona, y por lo tanto el vicio no es el dolo sino el error.³⁸

Sin embargo, el concepto dado con anterioridad es útil, en virtud de que puede ser más fácil probar la presencia de un dolo en el contrato por la materialización en las sugestiones o artificios, que probar el error y aun más cuando éste se desprende de circunstancias que no están declaradas en el contrato.

Este vicio es causa de nulidad relativa del contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo, recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración.

El dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una parte a celebrar un contrato, sino hay esa intención de daño no será considerado como dolo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1821 del Código Civil para el Distrito Federal.

³⁸ Sánchez Medul, Ración Op. Cit. p. 32

La Violencia - El artículo 1819 de nuestro Código Civil, señala que "hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado" para determinar a una persona a celebrar un contrato.

De lo anterior podemos desprender que, la violencia cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino una falta absoluta de él.

La violencia en sí o el temor que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto, esto de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 2228 del Código Civil.

Se ha considerado que, para que la violencia sea considerada un vicio del consentimiento se requiere:

Que sea grave, en derecho mexicano, se atiende en forma principal al daño mismo que se puede causar por el agente que infringe la violencia, al establecer que debe importar peligro de perder la vida, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona que la ley supone allegada a él.

Que sea actual, inminente. Aunque la ley no establece esta característica, se desprende de la naturaleza misma del vicio

Que sea injusta, es decir ilícita, por lo que debe implicar un hecho contrario a las leyes o a las buenas costumbres, por lo que el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento.

Que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar; y

Que provenga de una persona y no de un hecho dañoso, ya que en éste caso se estaría en presencia de un estado de necesidad.

La Lesión.- Es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en el momento de la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación a lo que él por su parte se obliga.

La ley, en este caso, da al perjudicado la acción de nulidad del contrato por el plazo de un año, o de ser esta posible la reducción equitativa de la obligación, esto de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 17 de nuestro Código Civil.

La lesión para que se considere un vicio se requiere, de una desproporción entre las prestaciones, así tenemos, que en la lesión, al haber desproporción entre las prestaciones, en los actos en que no haya prestaciones recíprocas, no puede originarse, y si en cambio, puede haber un vicio del consentimiento en los actos a título gratuito.

Al analizar los fines que persiguen por una parte la lesión y por otra los vicios del consentimiento, se encuentran diferencias más profundas, tales como que, aquellos tratan de proteger a una persona en forma individual y en una relación jurídica determinada.

3.- LA LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ. Lo relacionado en cuanto al presente rubro, es de tratarse en cuanto al objeto, es decir la conducta manifestada como una prestación o a contrario sensu, una abstención, la cual debe de ser lícita además de posible y así mismo el hecho, como con tenido de la prestación, también debe ser lícito.³⁰

Así tenemos que, en cuanto a la licitud referida, no es posible hablar de la misma si hablamos sobre la "cosa" como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en si mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, sino que la conducta referida esas cosas es la que puede ser lícita o no, según esté acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa ya existente.

Por lo que la conducta de los contratantes será lícita, si se establece conforme a lo dispuesto por una norma o simplemente sino se contraviene una disposición de carácter imperativo; y por consiguiente, será ilícita si el pacto constituye una contravención a una norma de interés público.

Ahora bien, esta conducta debe de ser lícita y por ende en ese sentido debe entenderse el objeto como lícito. También los motivos y fines del contrato deben ser lícitos, es decir, que no estén en contradicción con alguna disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.

Teniéndose así que, los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contrato en cuanto al contenido de la prestación de la otra parte.

Los motivos a que nos referimos anteriormente, los podemos clasificar, según la terminología del Código Civil vigente el artículo 1813, en dos grupos: El primero comprende a los que la ley denomina motivos determinantes de la voluntad; y el segundo a todos aquellos motivos que no sean en forma directa, determinantes de la voluntad del sujeto al contratar.

³⁰ Zamora y Valencia Miguel Angel, Op Cit p. 41

Los motivos que una persona puede tener para contratar, son móviles internos, personales de cada parte contratante y que amenudo son desconocidos, no sólo para los terceros sino que escapan aún al otro contratante y por ende, cuando éstos son ilícitos rara vez puede demostrarse esa circunstancia.

Los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte. Las figuras anteriormente señaladas y conceptuadas, son totalmente elementos subjetivos, los cuales en la mayoría de los casos en que existe un motivo o un fin ilícito, es muy difícil lograr que se declare nulo el contrato celebrado viciado por tales circunstancias.

El motivo determinante y los móviles, aunque internos deben estar directamente relacionados con el objeto como contenido de las prestaciones de las partes, para que su ilicitud pueda ser causa de nulidad del contrato y esta circunstancia es lo que distingue claramente al motivo de los fines. Estos últimos, son así mismos móviles de la voluntad, pero no relacionados en forma inmediata con el objeto.

La consecuencia directa de la ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o de las buenas costumbres, lo anterior lo desprendemos de lo establecido por los artículos 6, 8, 1830 y 1831 del Código Civil.

Técnicamente podemos decir que, un negocio, y habiendo específicamente de los contratos, con objeto ilícito, no es un contrato en sí, ya que éste por ser una especie de acto jurídico supone la voluntad acorde de las partes conforme a lo dispuesto por un supuesto jurídico, para producir consecuencias de derecho y esta voluntad debe de ser relevante para la obtención de los efectos previstos por la norma.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato origina la nulidad absoluta del mismo. La cual se tiene como la sanción que la ley impone a las partes, cuando realizan un acontecimiento contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, lo anterior se desprende en nuestro derecho mexicano de lo preceptuado por el artículo 1830 del Código Civil, y tiene como consecuencia de lo anterior, el que produce provisionalmente sus efectos los que son destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie su nulidad.

Decimos que específicamente, la licitud en el objeto produce la nulidad absoluta del contrato, por que si este produjera la nulidad relativa, esto significaría que se deja a la voluntad de los particulares el acatar o no las disposiciones de orden público, ya sea mediante la confirmación del acto o simplemente no haciendo valer la sanción, lo que haría inútil tal norma de orden público, destruyéndose así el valor y principio de seguridad que tutelan estas disposiciones.

E.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

A continuación procede el análisis de la clasificación de los contratos en general, con el propósito de ubicar la situación exacta en donde se encuadran los aleatorios, toda vez que en el apartado que precede al presente, se tratará en la especie los contratos aleatorios del juego y de la apuesta, que son el centro del presente trabajo.

Las formas que pueden revestir los contratos son enteramente indeterminables. El número y especies existentes en cada momento, es variable, dependiendo de la cultura jurídica de cada pueblo y época, y de la extensión y carácter de sus relaciones de cambio.

Ahora bien, en el análisis de estos tipos naturales de contratos, puede advertirse la oposición de dos de ellos, pues en uno de ellos se vio que todas las partes contratantes asumían obligaciones, en otros alguna o algunas de ellas se eximían de las cargas, adquiriendo sólo beneficios, a los primeros de estos se les denomina contratos onerosos, y lucrativos o gratuitos a los segundos.

Más aún, si consideramos en el grupo de los contratos onerosos, éstos, de aquellos en que cada una de las partes obtiene una prestación a cambio de otra que ha de realizar y que se reputa equivalente - con lo cual ambos contratantes tienen un interés pecuniariamente apreciable -, considerando este grupo, repetimos, por que a las veces el equivalente pecuniario de la contratación está bien determinada desde el momento mismo de la celebración del contrato, al paso que en otros no lo está, dependiendo su determinación de un acontecimiento venidero. Se les denomina a los primeros, contratos conmutativos, y a los segundos el de aleatorios, dando raíz a esta denominación una antigua palabra latina que significa tanto como riesgo, azar o suerte. Claro es - como lo señalan la mayor parte por no decir todos los autores - que el elemento riesgo interviene en todos los contratos.

Con los anteriores conceptos, altamente ilustrativos y con la finalidad primordial, tratamos de dar a conocer en parte la naturaleza de los contratos aleatorios, para acto seguido exponer las distintas clasificaciones de los contratos en general y posteriormente se enuncian las divisiones sobre los contratos aleatorios en particular.

Nuestro Código vigente, sin artículo expreso que manifieste una clasificación al respecto, la hace en sus artículos 1835 a 1838, y así podemos ver: artículo 1837: "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente para una de las partes"; artículo 1838 "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o de la pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice".

Así en nuestro derecho actual, encontraremos a los contratos onerosos que expresamente implican una subdivisión en conmutativos y aleatorios, y dentro de los aleatorios ocupan un lugar preferencial los contratos DEL JUEGO Y DE LA APUESTA.

Los contratos civiles, han sido objeto de un gran número de clasificaciones, dada su importancia, por lo que se puede decir que existen tantas como lo sea el punto de vista en que se coloque el clasificador, y así encontramos que hay autores que han destacado que estos contratos, tienen las siguientes características para efectos de su clasificación:

1.- Consensuales; 2.- Bilaterales, esto último es discutido, señala el autor Windscheid, que no puede negarse ese carácter a los contratos del juego y de la apuesta, ya que si en un contrato bilateral, la obligación de una de las partes puede ser condicional, no se ve por qué no podrá serlo las ambas partes y la naturaleza del contrato no se altera por que la condición de una obligación sea precisamente la condición de la inexistencia de la otra, de tal modo que se sabe a priori que existirá en definitiva una obligación.

"Von Der Rforden enseña que el juego y la apuesta son contratos bilaterales en el modo de celebrarse, y en su ejecución son unilaterales. Kurtze, considera que las obligaciones que nacen del juego y de la apuesta son alternativas".

Para Maneti, la bilateralidad del contrato de juego o de apuesta es peculiar, ya que existe en cuanto al celebrarse el contrato la obligación puede pesar sobre una u otra parte, pero es unilateral en su cumplimiento".

3 - Onerosos, así lo enseñan Pothier y Gluck, donde sostienen que engendra donaciones condicionadas; niega pues la onerosidad, de los contratos del juego y de

la apuesta. Mientras que Maneti opina que la onerosidad no puede entenderse como se entiende para los demás contratos.⁴⁰

La onerosidad en este tipo de contratos, deberá estimarse en dos momentos; el primero en el momento de celebrarse, dado que en este acto ambas partes se comprometen al cumplimiento de una obligación recíprocamente, la cual va a estar supeditada a la realización del acto del que se trate o a la cumplimentación de lo que se propusieron llevar a cabo las partes; y en segundo lugar, al momento en que se haya realizado el acto al que se supeditó el contrato o al momento de haberse llevado a cabo lo que habrían de realizar las partes, en el primer punto definitivamente emana este principio dado que las partes se prometen recíprocamente una o varias prestaciones, y en el segundo caso, dado que habríamos del cumplimiento del contrato estaríamos frente a que sólo una de ellas tendría un beneficio y de igual forma una sólo de ellas tendría el perjuicio.

Más debemos entender la onerosidad, en cuanto a que ambas partes sufrieron el riesgo de tener que cumplir solamente ella la obligación a tratar. Por lo que en cuanto a su clasificación podríamos entender al contrato de Juego y de la Apuesta, como oneroso en su celebración y gratuito en su cumplimiento, esto en un modo amplio de apreciación, mientras que en stricto sensu, los clasificaríamos en el momento de su celebración, como onerosos

4.- Aleatorios; En cuanto a la especie, Gluck, sostiene que es un negocio condicional. Maneti señala que eso no es exacto, por que la condición es algo extrínseco al negocio jurídico y el alea, en el contrato del juego y de la apuesta es un elemento intrínseco de los mismo.⁴¹

En relación al carácter de aleatoriedad, este es un elemento natural de los contratos, dado que sin el alea, serían cualquier tipo de contrato menos de juego y apuesta, ya que este elemento es necesario para su realización como tales, en cuanto a que sean actos condicionales, es algo que es relativo en un contrato condicional, ya que si la condición no se cumple no generará obligaciones pero el contrato se dio, más sin embargo si en el contrato de Juego y apuesta no existe el alea, este contrato no existe como tal, dado que es un elemento intrínseco de él.

Para partir de un punto general debemos entender que, los contratos pueden y de hecho se clasifican de muy diversas maneras y desde diferentes puntos de vista, algunas clasificaciones atienden a la utilidad o necesidad que se presenta en

⁴⁰ Polhes R. J. Tratado de los contratos, Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 46

⁴¹ Enciclopedia Jurídica Ornela, p. 369

un determinado país; algunas otras en virtud de la causa de aspecto que contemple cada autor.

Estas clasificaciones se presentan en la doctrina y en el derecho positivo, dice el maestro Rafael Rojas Villegas desde diversos puntos de vista. " Se distinguen: 1° Contratos bilaterales y Unilaterales; 2° Onerosos y gratuitos; 3° Conmutativos y Aleatorios; 4° Reales y Consensuales; 5° Formales y Consensuales; 6° Principales o Accesorios; 7° Instantáneos y de Tracto Sucesivo."⁴²

Así mismo, establece sobre los aleatorios que estos junto con los conmutativos pertenecen a una subdivisión de los contratos onerosos.

Propone el autor otra clasificación de contratos, tomando en cuenta su función jurídica o económica y lo hace formulando tres categorías: 1.- Contratos que tienen por objeto una finalidad económica; 2.- Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídica; y 3.- Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídico-económica.

Por lo que al tratar de encuadrar los contratos aleatorios dentro de su clasificación expone: "Nos resta el grupo de los contratos aleatorios que generalmente no tienen clasificación y que en los códigos constituyen una categoría independiente, este grupo de la clasificación propuesta, quedaría comprendida en aquellos contratos que tienen por objeto una finalidad económica que consiste en la apropiación de una riqueza.

En la especie, el maestro Rojas Villegas manifiesta de forma clara la clasificación de este tipo de contratos, dado que la finalidad específica de todo contrato es el tráfico de la riqueza, por lo que en este contrato se tendría por objeto cantidades de dinero -generalmente- o especies a manera de apropiación de riqueza, más aún, y en términos de estricto derecho, tal y como lo señala el Código Civil, en su generalidad no da acción para reclamar lo ganado en juego prohibido, sin señalar taxativamente a cuáles se refiere para poder partir de sí dichos actos jurídicos van crear derechos y obligaciones, y como es el caso de que los genera, no podríamos hablar de tráfico de riqueza por lo que su clasificación no sería preponderantemente económica, sino jurídica, dado que sería un acto de estudio en relación a si genera o no derechos y obligaciones.

El juego y la apuesta son formas, en los casos permitidos por la ley, de apropiarse un valor determinado, implicando por consiguiente una transmisión de dominio sujeto a un acto eventual".⁴³

Collin y Capitant, señalan que las tres clasificaciones de los contratos que debemos indicar, son las siguientes:

⁴² Rojas Villegas, *Manual Op. Cil* pp. 11, 20 y 43

⁴³ *Op. Cit. Loc. Cit.* p. 45

1a - Contratos a título gratuito (o liberalidades entre vivos), contratos desinteresados, contratos a título oneroso;

2a - Contratos sinalagmáticos, contratos unilaterales;

3a - Contratos consensuales, reales y solemnes.

Encuadrando a los aleatorios dentro de la 2a clasificación.

El Código Civil mexicano, aunque sin clasificar propiamente los contratos en grupos o categorías, iniciando con los antecontratos o contratos preliminares, y además, agrupando expresamente a los contratos aleatorios, de la siguiente manera: 1.- Contrato preparatorio; 2.- Contratos traslativos de dominio, 3.- Contratos traslativos de uso; 4.- Contrato de prestación de servicios; 5.- Contratos asociativos; 6 - Contratos Aleatorios; 7 - Contratos de garantía; y 8.- Contratos de transacción.

"Nec fuisse pudet,
se non incidere ludum".

"No es pecado el haber jugado,
pero sí el no haberlo dejado a
tiempo".

HORACIO (85-68 p.J.C)

CAPITULO III.

EL JUEGO Y LA APUESTA COMO CONTRATOS.

A.- EL JUEGO Y LA APUESTA COMO CONTRATOS.

B.- CONCEPTOS DE CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA.

C.-SUS CARACTERÍSTICAS.

D.- SU CLASIFICACIÓN.

E.- ELEMENTOS ESENCIALES.

F.- ELEMENTOS DE VALIDEZ.

G.- EL JUEGO Y LA APUESTA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

H.- SU DISTINCIÓN COMO CONTRATOS.

A.- EL JUEGO Y LA APUESTA COMO CONTRATOS.

ASPECTO GENERAL.- Analizados los antecedentes históricos y conceptualizados los términos Juego y apuesta, es menester continuar con lo que se considera una de las partes medulares del presente trabajo. A manera de preámbulo, es importante destacar que "las apuestas aparecen en las sociedades contemporáneas unidas a la idea del entretenimiento y asociadas a diferentes deportes y juegos.

Entre los tipos de juego más importantes, las apuestas son esencialmente corrientes cuando en ellos el azar tiene un papel determinante pero también ciertas proezas físicas".

En sus distintos aspectos, el juego de interés puede considerarse al mismo tiempo como una institución recreativa de gran importancia, un vicio menor, una industria de gran escala, una poderosa fuente de delitos y corrupción política, un problema social, un integrante rompecabezas psicológico y un pasatiempo fascinante.

Las restricciones legales han ido desde la prohibición total a la tolerancia selectiva, en la que se han permitido e incluso fomentando ciertos tipos de actividades de juego mientras que otras eran prohibidas, o en las que las normas contra el juego levantaban durante festividades determinadas.

Con frecuencia, las leyes han distinguido entre los juegos de azar y los que entrañaban una habilidad, o entre los jugadores profesionales y sus clientes. De forma análoga, las bases para la desaprobación del juego han variado de sobremana, desde considerar al juego como fundamentalmente malo en principio, hasta condenarlo sólo si produce consecuencias manifiestamente nocivas.

Los católicos han asumido una actitud liberal hacia el juego, sosteniendo que no hay nada en principio que sea intrínsecamente malo en él, siempre que se den ciertas condiciones a saber: que sea honrado, que las apuestas sean moderadas y se encuentre dentro de las posibilidades de los jugadores, que el dinero sea propio, etcétera.

El estudio de estos contratos puede facilitarse mucho si se hace en forma ordenada, contemplando las necesidades de carácter didáctico y de interpretación, más aún, en atención a la singularidad de los contratos que nos ocupa, ya que

dentro de la teoría de los contratos en general se significan los de juego y apuesta como los contratos aleatorios por excelencia.

Motivo por el cual en éste apartado se tratará de presentar de una manera clara y precisa, los elementos y aspectos generales de su propia y especial naturaleza, sus acepciones, su causa y consecuencias.

Sentadas las bases para la continuación del presente trabajo, debemos destacar la figura "CONTRATO", lo que para su definición citaremos al maestro Rafael Rojas Villegas al establecer que : "El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios

El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos; y la otra negativa, que es para modificarlos o extinguirlos. En la especie, preferimos decir derechos reales y personales, y no derechos patrimoniales, en virtud de que pueden existir derechos personales de contenido ex patrimonial"⁴⁴

Especialmente sobre los contratos de juego y apuesta se puede señalar que "el carácter de éste contrato, que lo distingue de los demás, es el ser aleatorio, estos no pueden determinarse, por depender de un factor desconocido todavía, en el momento de la celebración, las prestaciones recíprocas.

Es decir, que la causa del contrato aleatorio consiste en el hecho de que, para lo que cada una de las partes es incierto en el acto de la formación, se derivará una ventaja y que hará que gane una de las partes; y el fundamento jurídico del contrato se encuentra precisamente en que cada una de las partes está consiente, en caso de que pierda, en dar a la otra cierta cosa o cantidad para indemnizarla de los riesgos e los que se ha expuesto.

En estos contratos es indiferente la desproporción entre las prestaciones, por grave que ésta pueda ser, además de no tomarse en cuenta la lesión y así lo determina Jossarand en su tratado de derecho civil "...por haber querido las partes correr un albur, no pueden quejarse squéilas de la lesión que sufren cuando les sea contraria la suerte. la reacción por lesión no rige en el contrato aleatorio. Desde luego hace falta que el azar sea verdadero"

Según la distinción, que tiene su base precisa en el texto del Código Civil italiano, que hay contratos aleatorios por voluntad de las partes.

⁴⁴ Rojas Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, Vol. I Edt. Porrúa, México 1969, p 9

Por lo que tenemos, que contrato aleatorio por voluntad de las partes, es aquel en el cual la parte se vale de un contrato conmutativo, pero modificándolo mediante el agregado de un riesgo que, de estar a su esquema típico, sería absolutamente extraño a él.

Contratos aleatorios por naturaleza son: la compraventa de esperanza, el contrato vitalicio, el seguro, el juego y la apuesta. De tal forma es oportuno destacar la clasificación que de ellos hacían los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884, en los cuales se adiciona entre otras: la sociedad de minas.

Por otra parte, dicen Colin y Capitant: "En el código civil francés, hay dos definiciones del contrato aleatorio: 'una convención recíproca, cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y en cuanto a las pérdidas, ya sea para todas las partes, ya sean una o varias de ellas, dependen de un acontecimiento incierto'; y 'cuando el equivalente (de lo que cada parte da y recibe) consiste en la probabilidad de ganancia o de pérdida para cada una de las partes, según un acontecimiento incierto.

Para este autor, de entre las dos definiciones debe ser preferida la segunda, pues no puede haber probabilidades de ganancias o pérdidas para una de las partes sin que a ellas correspondan otras probabilidades correlativas o inversas para la otra parte. Por lo que debemos concluir que, un contrato no puede ser aleatorio para sólo una de las partes, sino que tiene que serlo para ambas".

Sin embargo, explica Jossierand, "cuando un contrato se aleatorio, el azar existe para los dos contratantes: el acontecimiento que aprovecha al uno, significa una pérdida para el otro. Sin embargo, se ha pretendido que un contrato podría ser aleatorio unilateralmente"

La verdad, es que existen dos categorías de contratos aleatorios: aquellos en los cuales la finalidad de las partes consiste en provocar la suerte, en beneficiarse de ella, en jugar sobre el acontecimiento; y, por el contrario, aquellos otros que tienen por objetivo, en el espíritu de las partes o en el de uno de ellas, protegerse contra la suerte; el juego y la apuesta deben ser clasificados en la primera categoría; y el seguro, en la segunda.

Por lo anterior podemos decir que, lo que caracteriza esencialmente a los contratos aleatorios "es que las ventajas o pérdidas que ellos pueden producir, dependen de un acontecimiento incierto; en otros términos, que existe incertidumbre sobre su realización".

La incertidumbre puede existir para una de las partes o para ambas, el juego es un contrato por el cual las partes se prometen que de ellas obtendrá una

Por lo que tenemos, que contrato aleatorio por voluntad de las partes, es aquel en el cual la parte se vale de un contrato conmutativo, pero modificándolo mediante el agregado de un riesgo que, de estar a su esquema típico, sería absolutamente extraño a él.

Contratos aleatorios por naturaleza son: la compraventa de esperanza, el contrato vitalicio, el seguro, el juego y la apuesta. De tal forma es oportuno destacar la clasificación que de ellos hacían los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884, en los cuales se adiciona entre otras: la sociedad de minas.

Por otra parte, dicen Collin y Capitant: "En el código civil francés, hay dos definiciones del contrato aleatorio: 'una convención recíproca, cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y en cuanto a las pérdidas, ya sea para todas las partes, ya sean una o varias de ellas, dependen de un acontecimiento incierto'; y 'cuando el equivalente (de lo que cada parte da y recibe) consiste en la probabilidad de ganancia o de pérdida para cada una de las partes, según un acontecimiento incierto.

Para este autor, de entre las dos definiciones debe ser preferida la segunda, pues no puede haber probabilidades de ganancias o pérdidas para una de las partes sin que a ellas correspondan otras probabilidades correlativas o inversas para la otra parte. Por lo que debemos concluir que, un contrato no puede ser aleatorio para sólo una de las partes, sino que tiene que serlo para ambas".

Sin embargo, explica Josserand, "cuando un contrato se aleatorio, el azar existe para los dos contratantes: el acontecimiento que aprovecha al uno, significa una pérdida para el otro. Sin embargo, se ha pretendido que un contrato podría ser aleatorio unilateralmente"

La verdad, es que existen dos categorías de contratos aleatorios: aquellos en los cuales la finalidad de las partes consiste en provocar la suerte, en beneficiarse de ella, en jugar sobre el acontecimiento; y, por el contrario, aquellos otros que tienen por objetivo, en el espíritu de las partes o en el de uno de ellas, protegerse contra la suerte; el juego y la apuesta deben ser clasificados en la primera categoría; y el seguro, en la segunda.

Por lo anterior podemos decir que, lo que caracteriza esencialmente a los contratos aleatorios "es que las ventajas o pérdidas que ellos pueden producir, dependen de un acontecimiento incierto; en otros términos, que existe incertidumbre sobre su realización".

La incertidumbre puede existir para una de las partes o para ambas, el juego es un contrato por el cual las partes se prometen que de ellas obtendrá una

ganancia determinada, ganancia que depende de la mayor o menor destreza o agilidad de los jugadores, de sus combinaciones o , en mayor o menor escala, el azar.

Hay autores, que sostienen que no existe ningún juego -ni aún los propiamente llamados de azar, como la ruleta o bacará- en el que no haya posibilidad para algunos cálculos o combinaciones, como no hay juego de cálculo o destreza en el que no intervenga poco o mucho el azar, puesto que el mejor jugador puede no verse favorecido por las circunstancias, o tener un momento de desmayo que le haga perder la partida.

B - CONCEPTOS DE CONTRATO DEL JUEGO Y DE LA APUESTA.

Durante el desarrollo del presente estudio, se han analizado los antecedentes de los contratos del Juego y de la Apuesta, tanto históricos, teóricos y doctrinales, lo cual ha permitido hasta el momento, su exacta ubicación dentro de la teoría general de los contratos, por lo que ahora es conveniente iniciar la conceptualización teórica y jurídica de estos contratos.

Dentro del marco jurídico del Código Civil vigente, se habrán de destacar de una manera particular, las distintas definiciones y teorización de los contratos del Juego y de la Apuesta.

Nuestro Código Civil vigente, en su Título Décimo Segundo se encuentran consignadas las disposiciones sobre los contratos aleatorios, es decir: del Juego y de la Apuesta, la renta vitalicia y la compra de esperanza.

El Código Civil en sí, no define los contratos del juego y de la apuesta, ni enuncia expresamente en un artículo las clases de contratos aleatorios que disciplina, por lo que se concreta a tratarlos por separado.

Así tenemos que, el primer contrato en este título, es del Juego y de la Apuesta, que son la materia del presente trabajo, que establece de una manera general el principio contenido en los dos Códigos anteriores (de 1870 y 1884) y que consiste en negar el derecho de acción a aquel que gana en juego prohibido. (artículo 2764)

Así mismo, nuestro ordenamiento aplica la anterior disposición a las apuestas que deben tenerse como prohibidas. (artículo 2766).

En esto, nuestra ley sigue los principios de Derecho Romano y es semejante a todas las legislaciones modernas que, con más o menos diferencias, asientan el

principio de falta de acción, también sigue en ello a los códigos civiles mexicanos que le antecedieron. En la falta de acción, que los ordenamientos de todos los países consignan, debemos entender un esfuerzo para limitar el vicio del juego.

CONTRATO DE JUEGO.

Como se estableció con anterioridad, nuestro Código Civil no proporciona la definición de contrato de Juego, da por sabido este concepto, motivo por el cual, se proporcionarán en el presente análisis, algunos conceptos de algunos autores, que se han considerado, que destacan la noción de este contrato.

"Windscheid enseña que el contrato de Juego en el Derecho Romano era lícito solamente si se trataba de juego con fines de ejercicio físico, o la apuesta de objetos destinados al consumo inmediato".

En los Juegos permitidos según Justiniano, las apuestas no podían exceder del valor de un 'solium'. "Desde luego, han existido autores que han negado la existencia del contrato de Juego, "Janoty ha negado que el juego sea un contrato, por que la ley no acuerda acción civil para reclamar el cumplimiento de las obligaciones".

"también discuten los autores, en tomo a la definición del contrato de Juego. G. Frerejouan Du Saint, lo define como el contrato consensual, sinalagmático, a título oneroso y aleatorio, por el cual una o más personas se obligan a una u otras a pagar una suma determinada o a remitir tal o cual objeto mobiliario o inmobiliario, si tal acontecimiento previsto no se realiza, o reciprocamente".

"Maneti le objeta que hay juegos, como el de damas en que las partes pueden hacer tablas y, en consecuencia, no hay vencedor, y que esa definición no determina el 'quid' en que consiste el contrato de Juego, al punto que caven en la misma los contratos de seguros y las donaciones".

"Tampoco satisface la definición de Aubry y Rau: "Convención por lo que dos o más personas se obligan, al librarse el juego, a pagar a la que gane, etcétera", por que como señala Maneti, lo que interesa precisamente es saber en que consiste ese librarse el juego".

"Para Merlin, es un contrato interesado de una y otra parte, que no es justo en tanto no haya igualdad en la partida, y los jugadores no hayan aportado la fidelidad requerida. Pothier se pronuncia en sentido parecido."

"Lo que caracteriza al contrato de Juego, no es que la prestación o prestaciones que una u otra parte se obligan a entregar depende de un acontecimiento incierto, característica de los contratos aleatorios que no sirve para diferenciar el de juego, sino que en éste, las mismas partes crean el riesgo. En los demás contratos aleatorios las partes tratan de cubrirse de un futuro riesgo; en el de Juego originan voluntaria y arbitrariamente aquél".⁴⁵

Al respecto Lafaille, expone que el contrato de Juego es aleatorio por excelencia, estableciendo, además, que el juego que normativamente es significativo, es el juego con interés económico, afirmando que "La ley Civil solamente se puede ocupar de él en cuanto importa una utilidad posible para el que triunfe en la partida, por que evidentemente no interesa el juego que no se haga por dinero o por un objeto susceptible de apreciación pecuniaria. Aquí no habría un acto aleatorio, ni aún oneroso 'Ni siquiera podría denominarse contrato, mientras no surgieran obligaciones'.

"El maestro Rafael de Pina, en su diccionario de Derecho, da la siguiente definición del Contrato de Juego: 'Contrato aleatorio, en el cual, el beneficio o la pérdida de las partes desarrollado entre ellas, con fines de distracción o de ganancia, o más frecuentemente con ambos fines a la vez'".

El diccionario jurídico de Ramírez Gronda consigna, la definición siguiente: "Tiene lugar cuando dos o más personas entregándose al juego se obligan a pagar al que ganare, una suma de dinero u otro objeto determinado". La definición anterior está tomada, fundamentalmente, del artículo 2052 del Código Civil Argentino"

Es discutido el concepto de los contratos del Juego y de la apuesta dice Enneccerus, "ambos contratos tienen por nota común que las partes se prometen una prestación bajo condiciones opuestas, pero la delimitación de uno y otro contrato es muy dudosa, y si bien la discusión habrá perdido mucho de su importancia incluso con relación al derecho común, es menester establecer su diferenciación

A este efecto lo decisivo es el motivo: la Apuesta tiende a robustecer una afirmación, el Juego tiene por objeto la distracción o la ganancia o ambas cosas".

El concepto de Juego no exige tampoco en modo alguno que la decisión dependa exclusiva o parcialmente del azar; aún en los casos en que todo depende de la fuerza o de la habilidad, como en los juegos de fuerza o en el ajedrez, no desaparece el carácter de juego, y aún menos decisivo para el concepto de juego

⁴⁵ FERRERAS J. J. (Ramírez Gronda), El Contrato de Juego, p. 217 y sigs.

es la circunstancia de que la cuantía de la ganancia o de la pérdida depende también del Juego mismo.

Por consiguiente, cabe asentar la siguiente definición: "Contrato de Juego es aquel por el cual, con fines de distracción o de ganancia, las dos partes se prometen una prestación bajo condiciones opuestas".⁴⁶

Es menester, conocer los conceptos que el autor anteriormente señalado esgrime, en virtud, de que se significa como uno de los más importante en ésta materia.

Los hermanos Mazeaud definen que: "El Juego, o contrato de Juego, es el contrato por el cual cada una de las partes promete a la otra una prestación si una de ellas obtiene un resultado dependiente de la fuerza, de la destreza, de la inteligencia respectiva de las partes o del puro azar.

Así mismo, establecen algunos aspectos diferenciales o comparativos con otras figuras, señalando que al juego hay que comparar la lotería, ya que los provocan el acontecimiento, el sorteo, la lotería se distingue a veces del juego observando que aquél no hace que intervenga sino el azar; pero sucede con algunos juegos de naipes en que las partes se contentan con sacar una o más cartas. La única diferencia entre el juego y la lotería consiste en el número de participantes".

Para Ruggiero el "Contrato de Juego es la convención por virtud del cual dos o más personas hacen sendas apuestas (suma de dinero u otra determinada) con el compromiso de perderla en favor de aquella que venza en el juego, ya consista ésta en una actividad que desenvuelvan las partes mismas que participen en el juego o en que se verifique o no un determinado evento."

Tal y como se observa, hay un sin número de definiciones, y más que pueden proporcionarse. Algunas parecidas entre sí, otras casi idénticas, pero una cuestión en la que si se han puesto de acuerdo los autores, es que tratar el análisis Jurídico del Juego plantea un problema difícil y no sólo para ellos, sino aún mayor, para los legisladores que de la posición o actitud que la ley debe adoptar en orden al juego teniendo en cuenta los peligros a que expone el abuso del mismo, si los perjuicios que el juego produce por fomentar el ocio y los vicios, por provocar la dilapidación del patrimonio, inclinarían a un criterio prohibitivo y punible del juego.

⁴⁶ Ferrnandus Lubano, Tratado de Derecho Civil, Vol. Primero, Barcelona España p. 404 y 405

No hay que olvidar que el Juego usado modestamente con el fin de procurarse agradable entretenimiento, por no tener nada ilícito o antijurídico, no debe ser castigado, si bien debe ser protegido por no entrañar un interés que sea digno de tutela jurídica.

Pero además de juegos nocivos e inicuos, hay también juegos que son socialmente útiles por que favorecen el desarrollo físico de los hombre, afinan sus facultades intelectuales y constituyen el incremento de la industria y el comercio, frente a esta especie de juegos la actitud del legislador no debe ser prohibitiva, sino más bien, protectora.

La solución que a tal problema han dado algunas legislaciones, es que hay juegos que por lo causal de su resultado y por el mayor peligro de abuso que ofrecen, deben ser prohibidos, tales son los juegos de azar, castigados por la ley Penal, - lo que en nuestra legislación había sido prohibido directamente por ella, más que actualmente, ya no se rige en la especie por el Código Penal, sino por Leyes especiales, que en su momento en el presente trabajo trataremos - los cuales no pueden ser indirectamente protegidos por la ley Civil.

Todos los restantes sería lícitos, pero estos a su vez se agrupan en dos categorías, o se trata de juegos que tienen una utilidad social en cuanto que contribuyen al desarrollo del cuerpo, como los que adiestran en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, los juegos de pelota, etcétera, y así lo describen expresamente algunas leyes.

A estos otorga la Ley Civil un reconocimiento pleno, por que atribuye al vencedor de ellos, una acción para obtener que el que pierda realice la prestación a que está obligado, o se trata de otros juegos que no son socialmente útiles, a estos la ley dispensa una protección, privando al vencedor de toda acción y abandonando la honradez el pagar o no la apuesta pérdida.

CONTRATO DE APUESTA

Sobre el presente contrato a tratar, tan similar al que en el apartado anterior tratamos en la especie, resulta prudente, como afirma Zamora y Valencia, que deben de tomarse en cuenta las dos acepciones que tiene la palabra 'apuesta', para no incurrir en una confusión.

En primer lugar significa un contrato, y en Segundo, significa la prestación misma que debe pagar el perdedor en un contrato de juego o en uno de apuesta".⁴⁷

Y así tenemos que, como sucede en el contrato de Juego, nuestro Código Civil Mexicano, tampoco define al contrato de Apuesta.

Enneccerus, define que "El contrato de Apuesta es aquel por el cual, con el fin de robustecer una afirmación, las partes se prometen recíprocamente ciertas prestaciones para el caso de ser o no verdad aquella afirmación".⁴⁸

Ruggiero, a su vez establece que el contrato de apuesta, "Es una convención en cuya virtud la apuesta es atribuida a aquella parte cuya afirmación respecto a un hecho o cuya opinión relativamente a un asunto o materia que es objeto de discusión resulta cierta, exacta".

Esta definición resulta completa a decir Ricardo Treviño, ya que como menciona, fue en la que precisamente se basó De Pina para elaborar la suya, al referirse de la siguiente manera:

"Contrato de apuesta, es el contrato en virtud del cual dos o más personas convienen recíprocamente, en realizar una determinada prestación en favor de aquella que, en relación con un hecho, cuestión u opinión que sea objeto de discusión entre ellas, afirme lo que resultare ser cierto o exacto".

Ramírez Gronda, al referirse a la apuesta, expresa: "Contrato por el cual dos personas que son de opinión contraria, sobre cualquier materia, convienen en que aquella cuya opinión resulte fundada, recibirá de la otra una suma de dinero, o cualquier otro objeto determinado". La presente definición está tomada del artículo 2053 del Código Civil Argentino.

La apuesta, dicen los hermanos Mazeaud, o contrato de apuesta "es el contrato por el cual cada una de las partes promete a la otra una prestación según que tal acontecimiento, a la realización del cual cada una de las partes promete a la otra una prestación según que tal acontecimiento, a la realización del cual son ajenas se haya producido o no, se produzca o no se produzca".

Las definiciones que del contrato de apuesta, proponen los autores, varían, de las cuales a continuación se reproducen algunas: "La apuesta es una convención en cuya virtud dos partes, una que afirma y otra que niega un hecho determinado, se

⁴⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Cij. Cij. p. 252
⁴⁸ Enneccerus, Ludwig, Cij. Cij. p. 465

prometen recíprocamente cierta ganancia, que obtendrá aquella de las partes que resulte que tenía razón, una vez comprobado el hecho de que se trate".⁴⁰

Se ha considerado que la apuesta tiene, entre otros dos elementos "1º.- Personales: los contratantes, que necesitan capacidad para obligarse, siendo por tanto, incapaces los menores, inhabilitados para administrar, etc.; 2º.- Reales, objeto (que puede serlo no sólo el dinero, sino las demás cosas corporales) y Materia (la legalidad o destreza en los juegos permitidos).

Así mismo, en virtud de que en este contrato los efectos son los mismos que para el de Juego, las apuestas prohibidas no producen acción para reclamar lo ganado, ni repetir lo voluntariamente pagado, a no ser esto último en caso de dolo, o tratándose de un menor o incapacitado, las no prohibidas producen acción civil para reclamar lo ganado, pero la autoridad judicial puede, a su prudente arbitrio, no estimar la demanda, o reducir la obligación en lo que exceda en los usos de un buen padre de familia, cuando sea excesiva la cuantía cruzada en la apuesta.

"Las formas más usuales de la apuesta son las siguientes: Apuesta aislada.- Es la que efectúan los apostadores sobre cuál de dos caballos ha de llegar primero a la meta; Apuesta a plazo.- Se hace por medio de una ganancia sobre un caballo que ha de correr en un día más o menos lejano; Apuesta doble.- Se llama así cuando el especulador juega en favor de dos o más caballos, procurándose mayores probabilidades de ganar, aunque teniendo que ofrecer mayor compensación al que juega en contra, puesto que las posibilidades de perder éste son mayores que en la apuesta sobre un sólo caballo; Apuesta en contra.- Como su propio nombre indica, se hacen en contra de varios o todos los caballos, menos uno de los que han de correr; Apuesta irregular.- Es la que se concierta a capricho entre los jugadores; Apuesta mutua.- Es la más generalizada, y consiste en la reunión de todas las apuestas en un total que luego se distribuye a prorrata entre los jugadores; Apuesta por puesto o lugar.- Se hacen en el que ocupará el caballo al llegar a la meta, primero, segundo y tercero, que son los de clasificación a la llegada; por último, se conceptúan las Apuestas válidas.- según el reglamento, las que no tienen vicio de nulidad y tienen posibilidad de ganancia igual para ambas partes contratantes".⁵⁰

⁴⁹ Enciclopedia Jurídica Ombria. Ob. Contrato Aleatorio
⁵⁰ Ibidem.

C - SUS CARACTERISTICAS.

Tanto del contrato de Juego como del de Apuesta, se puede señalar que son, desde luego, esencialmente aleatorios. Lo que Ruggiero destaca que el carácter aleatorio de estos contratos lo decide el concepto de riesgo que cada contratante corre, sin que pueda determinarse al momento de celebrarse el contrato en cual de las dos partes lo sufrirá.

Así tenemos que, de acuerdo con el maestro Zamora y Valencia, podemos definir tres características específicas de estos contratos, a saber:

1.- La principal - como ya se menciona - característica de estos contratos, es que son aleatorios. Esto significa que, en el momento de la celebración del contrato, ninguna de ambas partes tiene la certeza de quien deberá pagar la prestación convenida, sino que esa obligación dependerá de la realización del hecho o de que se pruebe la certeza del acontecimiento, previsto en el contrato y en esa hipótesis sólo una de las partes será deudor de la prestación y la otra el acreedor.

2.- La realización del hecho o la prueba de la certeza del acontecimiento, ya sea positivo o ya negativo, originan el derecho en favor de una de las partes y la obligación de la otra, respecto de la prestación convenida; o sea, sólo uno de los contratantes percibirá los provechos del contrato y el otro sufrirá los gravámenes.

3.- Por regla general, la prestación que debe dar el perdedor es la misma ya sea que resulte obligado uno u otro de los contratantes y sólo por excepción las prestaciones serán diferentes ya sea que resulte uno favorecido o en su caso el otro, por el hecho o por la prueba del acontecimiento.⁵¹

Dado que los aspectos de características de estos contratos van ligados estrechamente con el de su clasificación, pasaremos en seguida a dicho rubro, en donde especificaremos algunas otras de las características de estas instituciones jurídicas.

D.- SU CLASIFICACION.

En cuanto al contrato de Juego, como el de Apuesta se puede señalar que esencialmente son aleatorios, consensuales, bilaterales, dice De Pina, los han calificado como gratuitos, pero según señala, se equivocan los que aceptan esta

⁵¹ Zamora y Valencia, Miguel Angel, Op. Cit. p. 252 y 253

categoría. "frente a esta opinión, se ha recordado la del clásico Pothier, quien refiriéndose a la supuesta gratuidad de estos contratos, afirmó que el bien en ellos es una sola parte la que gana, la adquisición no puede ser tenida como gratuita, puesto que el ganador la recibe como el precio del riesgo de dar igual suma a la otra, si ésta hubiese ganado"⁵²

De lo que resulta que no sólo no es posible tocar la designación de aleatorios por la de negocios gratuitos y de beneficencia, sino que implica también un caso de error al creer que un mismo contrato pueda ser aleatorio para un contratante y no aleatorio para el otro, el carácter de aleatorio de los contratos afecta a toda la relación desde el momento en que se establece y es absolutamente indiferente el resultado final, el cálculo de las mayores o menores probabilidades de pérdida o de ganancia, a no ser que éste cálculo elimine absolutamente toda incertidumbre futura

Consecuentemente prevalece en estos contratos el aspecto oneroso, además de que como se ha observado, en el análisis de como se ha observado, en el análisis de las clasificaciones de los contratos en general, los aleatorios son una subdivisión de los onerosos.

La Enciclopedia Universal Ilustrada, establece la siguiente clasificación de estos contratos, diciendo que son Principales, por que no tienen un fin dependiente de otros contratos; Bilaterales, por que hay derechos y obligaciones recíprocas y predeterminadas para ambas partes; Aleatorios, por que los resultados, no sólo se desconocen en el momento de la celebración, sino que dependen del caso o de la destreza; y Consensuales, por que se perfeccionarán por el sólo consentimiento.

Para Treviño y García, la clasificación de estos contratos es: 1.- Principales; 2.- Aleatorios, se puede decir que es la característica fundamental de estos contratos, pues incluso el título bajo el cual se encuentran en el Código Civil, es: "De los Contratos Aleatorios", por ser esta la característica que los identifica, en el mismo título se encuentran la Renta Viticia y la Compra de Esperanza. El concepto de contrato aleatorio lo determina el artículo 1838 del Código Civil; 3.- Bilaterales; 4.- Onerosos; y 5.- Consensuales.

Por otra parte, el contrato de Juego se le clasifica en: Juegos de destreza, de azar y mixtos.

Una vez analizado lo anterior se puede concluir que los contratos de Juego y de la Apuesta, se clasifican en: A) Principales; B) Civiles; C) Aleatorios; D) Bilaterales o Plurilaterales; E) Onerosos; y F) Consensuales.

⁵² De Pina Hazalet Op. cit. p. 230

Principales, por que no están sujetos a la existencia de ningún otro contrato.

Civiles, por estar reglamentados en el Código de esta materia.

Aleatorios, en absoluto, por que sus efectos en cuanto a las ganancias y pérdidas depende ambos contratantes de un acontecimiento incierto, es decir, que las partes tienen en cuenta un gravamen o provecho, aunque este pudiera ser indeterminado.

Bilaterales o Plurilaterales, ya que deben intervenir necesariamente dos o más partes, asimismo, esta característica le da el carácter mismo de todo contrato, a la simple aprehensión de su definición: "El acuerdo de dos o más personas...".

Oneroso, ya que la cantidad o cosa jugada no es entregada gratuitamente sino como precio del riesgo de dar otra cosa o cantidad al otro interesado si hubiese ganado.

Consensuales, que se opone a la de formalidad, es fácil de captar, ya que tanto el Juego como la Apuesta no necesitan elevarse a ninguna formalidad para ser concertados.

Por último, no se debe de olvidar la clasificación de los juegos en: de Destreza y de Azar, y en lícito o permitido e ilícitos o prohibidos; los cuales ya se han quedado conceptualizados y definidos en el presente trabajo.

Así mismo, en relación a la apuesta, estas pueden ser: prohibidas y permitidas y toman su base de distinción, cuando estos provengan de juegos y estos se señalen o no como prohibidos o permitidos.

E.- ELEMENTOS ESENCIALES.

A continuación se analizarán a la luz de nuestra legislación los elementos esenciales de los contratos que nos ocupan, como lo son el Juegos y la Apuesta.

Los elementos de esencia del acto jurídico son el Consentimiento y el Objeto que pueda ser materia del contrato, física y jurídicamente posible, de acuerdo al artículo 1794 del Código Civil vigente.

El objeto será jurídicamente imposible cuando una norma impida su realización. El artículo 2224 del Código Civil actual, nos habla de la falta de efectos: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser

materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado”

El acto jurídico viciado o afectado de inexistencia jamás puede producir consecuencias de Derecho, existiendo como simple hecho.

Como señala el doctor Ortiz Urquidí, se debe distinguir dos tipos de elementos: los esenciales, o también denominados de Existencia, por que basta que falte alguno de ellos para que el contrato (o como le denomina el autor "negocio") sea jurídicamente inexistente.

Son estos elementos a los que nos hemos de referir en este apartado, para posteriormente enfocarnos al análisis de los denominados de Validez los cuales, son ciertamente necesarios para el contrato, más sin embargo en caso de ausencia de alguno de ellos no origina la inexistencia del contrato, ya que existe pero afectado de nulidad, es decir, derivado de su mismo nombre inválido.

Los elementos esenciales de los contratos de Juego y de la Apuesta son el Consentimiento y el Objeto, así mismo, la doctrina destaca que hay un tercer elemento esencial según se desprende de lo expuesto por el autor citado, y que viene a consistir en la norma que sanciona la voluntad del autor o el consentimiento de las partes para la producción de las consecuencias deseado por ellas.

Lo anterior es expresado en forma por demás característica, de la siguiente manera: consiste en el no desconocimiento por la ley de las consecuencias jurídicas deseadas por el autor o las partes.

En consideración con el anterior criterio se establece que hay un cuarto elemento esencial que viene a ser la solemnidad, que como se dice, no es común a todos los negocios o contratos (para el autor en cita), sino que la ley expresamente señalará expresamente en que casos deberá cubrirse esta solemnidad, específicamente en los contratos de Juego y Apuesta no mantienen ninguna relación con la misma, por lo que no habrá necesidad de observarla.

Por lo que a continuación, procederemos a analizar, el elemento primordial de estos contratos, el Consentimiento, enfocado substancialmente desde el punto de vista de "consentimiento" y no de "voluntad" como podría aplicarse para algunos otros contratos, los unilaterales, en este caso y en virtud de que justamente la materia a tratar son los actos jurídicos o contratos de Juego y Apuesta, por lo en

todo caso se requerirá el acuerdo de dos o más voluntades, y consiguientemente pueda producir los efectos jurídicos deseados por las partes.

Establece Zamora y Valencia, en su obra Contratos Civiles, que el consentimiento en los contratos de Juego y Apuesta, "...consiste en el acuerdo de las partes para que una dé la otra o viceversa, la prestación convenido entre ellas, si no es favorecida entre ellas, por el hecho o por la existencia del acontecimiento (positivo o negativo) previstos".

"Las voluntades deben de ser acordes, tanto respecto del acontecimiento del que se pretende probar su existencia o del hecho previsto, como de la prestación que quedará obligado el perdidoso".⁵³

Por su parte Treviño García, se limita a señalar que el consentimiento en estos contratos sigue las reglas generales relativas a su formación⁵⁴, con lo cual resulta poco expresivo, en su concepción sobre éste elemento considerado como de vital importancia.

Se destaca que para el consentimiento pueda producir sus efectos, es necesario que sea expresado por persona capaz y que no se encuentre viciada su voluntad, situaciones a las que nos referiremos en su momento al analizar los elementos de validez de los contratos de Juego y de la Apuesta.

Así mismo, la expresión de este consentimiento se hará en los términos que deseen las partes, no olvidando que existe un elemento singular que viene a ser el riesgo o alea, es decir la aleatoriedad que se viene a significar como la característica principal de los contratos de Juego y de la Apuesta.

Consentimiento que podrá expresarse sin más limitaciones que la que establezca la ley, o sin que se llegue a contravenir esta, por lo cual no debemos olvidar el principio de lo que no está permitido. De tal suerte que se considerará que el consentimiento es jurídico, cuando es susceptible de dar nacimiento, con la concurrencia claro, de los demás elementos esenciales del mismo, a un negocio productor de consecuencias dentro del campo del Derecho. Pues cuando se reúnen los siguientes requisitos:

1.- Que exista una voluntad psicológica; 2.- Que la ley no le niegue a esa voluntad el efecto de poder obligar; y 3.- Que la misma sea seria. Esto es lo que considera Ortiz Urquidi sobre la voluntad jurídica.

⁵³ Zamora y Valencia, Miguel Angel, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, México, p. 251

⁵⁴ Treviño García, Ricardo, Contratos Civiles y sus generalidades, Tomo I I, 4a edición, Ed. Porrúa, México, 1992, p. 539

El Objeto, que es el segundo elemento significativo dentro de las denominaciones esenciales viene a ser el objeto, el cual no se significa exactamente como la cosa material, sino como específica, éste último autor citado, recae en la situación natural y propiamente en que se produzcan las consecuencias jurídicas - creación, transmisión modificación o extinción de derechos y obligaciones- es decir que el objeto de todo contrato será el de que se produzcan estos efectos y como señala, la palabra objeto tiene las siguientes acepciones:

1.- "la de objeto directo o inmediato del negocio (contrato) que no es otro que la producción de consecuencias jurídicas;

2.- La de objeto indirecto o inmediato del propio negocio, que no viene a ser sin el objeto directo de la obligación creada, transmitida, modificada o extinguida, es decir, una prestación de dar, de hacer y/o de no hacer; y

3.- La de objeto como sinónimo de la cosa o el hecho material de un negocio".

Sobre la prestación de la cosa, para que esta prestación sea posible, la cosa objeto del negocio debe: I.- Existir en la naturaleza; I I.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y I I I.- Estar en el comercio.

Se ha hecho mención a las anteriores consideraciones en virtud de que resultan aplicables y necesarias para la exposición de la acepción del objeto dentro de los contratos de Juego y de la Apuesta.

Al respecto, considera Zamora y Valencia, que el objeto o sea la conducta que pueden observar las partes debe ser lícito y posible y el objeto indirecto, lo constituye tanto el hecho que puede o no producirse pero que debe de tener la posibilidad de que se produzca como la prestación o obtención a que quedará obligado el perjudicado y la cosa sobre la que recaiga, en su caso la prestación si está consiste en un dar.⁵⁵

En este orden de ideas, y en virtud de la libertad de contratación, las partes podrán obligarse, en caso de que el acontecimiento sea adverso, a hacer o a no hacer determinada cosa o dar cierta cantidad de dinero a otros bienes, por lo que el objeto será tan variado, como lo permita las situaciones reales lícitas de hacer, no hacer o de dar.

Considerando por último el autor que, todas las conductas que deban realizar los obligados deben ser lícitas y posibles.

⁵⁵ Zamora y Valencia, Miguel Angel Op. Cit. p. 253

En el mismo sentido del maestro Zamora y Valencia, se expresa García Treviño, diciendo que el objeto lo constituye todos los casos, dinero, bienes muebles e inmuebles de los cuales se dispone para arriesgarlos, tanto en el Juego como en la Apuesta.

Pueden ser objeto del Juego, no sólo el dinero, sino todas las cosas que estén en el comercio de los hombre; no por tanto las personas.

Por lo que se refiere al tercer y cuarto elementos citados por el maestro Ortiz Urquidí, es decir relativos al reconocimiento legal, este se encuentra establecido por la ley, y el último como ya especificamos no será materia del presente estudio, en virtud de que la ley no lo establece dentro de sus requisitos.

Analizados de manera sistemática los elementos esenciales de los contratos de Juego y de la Apuesta, pasemos en seguida al estudio de los demás elementos necesarios para ellos, considerados como los elementos de validez de los contratos de Juego y de la Apuesta.

F.- ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Por lo que se refiere a los elementos de validez del acto jurídico, el artículo 1795 del Código Civil vigente enumera cuatro: capacidad de las partes; consentimiento ausente de vicios; licitud en el objeto o fin; y consentimiento legalmente manifestado.

La nulidad ya absoluta o relativa, según el caso, se dará por falta de uno de los elementos. "La licitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad ya relativa, ya absoluta según lo disponga la ley, lo anterior tal y como lo preceptua el artículo 2225 del ordenamiento en cita; "se estará en presencia de un acto jurídico nulo, de acuerdo con el artículo 8° del mismo ordenamiento: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

La nulidad será absoluta cuando reúna las características de ser imprescriptible, inconformable, y cuando cualquier interesado pueda pedir dicha nulidad. La falta de alguno de estos caracteres, aún si se siguen conservando dos de ellos, se estará en presencia de nulidad relativa.

Los contratos de Juego de azar y los juegos con apuesta, se encuentran prohibidos en nuestro país por el artículo primero de la Ley Federal de Juegos y Sorteos. Sin embargo, esta ley permite el juego y la apuesta en otras condiciones, como serían carreras de caballos, frontón, etcétera.

De lo apuntado se deduce que el juego y la apuesta en sí, no están prohibidas por la ley, sino en cuanto son objeto de contrato de juegos de azar o juegos con apuesta.

Al estar en presencia de un contrato de juego o de apuesta prohibidos, vemos que el objeto existe, también el consentimiento, pero al celebrarse el contrato se está violando una norma de orden público, tal y como lo es el artículo 8° del Código Civil, por ello estará afectado de nulidad, esta nulidad será absoluta, ya que siendo un acto ilícito, contiene las tres características que lo distinguen.

La nulidad absoluta, por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales eran destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. El efecto provisional será, en el caso, el pago de la deuda del juego, el que subsistirá en tanto no se demuestre que la obligación fue originada por un acto ilícito.

Dado que en el inicio del presente apartado se habló de los elementos de validez, en su aspecto general, en seguida lo haremos de forma específica.

LA CAPACIDAD.

Existen dos especies de la capacidad; la de goce y la de ejercicio:

La capacidad de goce, es la actitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio, es la actitud de tener determinadas personas para hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

En lo particular, sobre los contratos de Juego y de la Apuesta ha de expresarse, al decir de Zamora y Valencia, que en términos generales los contratos sólo necesitan para que estos se celebren válidamente, de la capacidad general, es decir la de ejercicio; sin embargo, señalar que si la prestación que se obliga a realizar el perdedor implica la disposición de un bien, debe tener la capacidad especial de poder llevar a cabo tal disposición, resumiendo, para ser sujeto de contratación deberá ser mayor de edad y estar en pleno uso de facultades.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Estos vicios, analiza Ortiz Urquidí, son dos: el Error y el Miedo o temor, ya que conceptualiza a estos como vicios autónomos y a el Dolo, la Mala Fe, la Ignorancia y la Resistencia.

Sin embargo establece Zamora y Valencia, que la ausencia de vicios en el consentimiento no tienen ninguna aplicación especial o directa en los contratos de Juego y de la Apuesta por lo tanto deben seguirse las reglas generales.

De tal forma, los contratos objeto del presente análisis, no deben de tener ningún vicio de la voluntad (autónomos o no), pues de lo contrario, estarán afectados de nulidad relativa, de conformidad con el artículo 2228 del Código Civil.

LICITUD.

Se describe como ilícito, el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbre.

Toda vez, que se ha considerado a la licitud como un elemento realmente controvertido por la ley como por los aspectos sociales, esta singular importancia se transmite al presente estudio y por lo cual a continuación se esbozan algunos aspectos relativos a la materia de éste apartado:

Desde los tiempos antiguos se distingue entre juegos lícitos e ilícitos y se prohíben los segundos. El criterio para establecer la ilicitud es vario, si bien puede afirmarse que esta depende principalmente de dos factores: el azar y la cantidad que se atraviesa. Considerando como mero pasatiempo, que no constituya profesión o medio habitual de vivir, en cantidad que no comprometa la situación económica del jugador ni de su familia, el juego, aún el de azar, es lícito; pero considerado como medio de adquirir riqueza como profesión habitual, es un vicio que reprobaban de consuno la moral, la economía, la política y el Derecho, por lo que debe de ser prohibido por las leyes y hacerse cumplir tal prohibición por las autoridades.

Fundándose en que siempre se ha jugado y se jugará y en que puede ser mejor reglamentario que prohibirlo, se ha pretendido en algunos tiempos y países que el juego que sea autorizado, aún el de azar, estableciendo severamente sus condiciones para aminorar sus estragos y aún convertirlo en fuente de ingresos para el Estado, sometiendo a fuerte tributación a las casas de juego. Semejante doctrina es inadmisable, pues ni el Estado debe permitir lo que es malo en sí mismo,

reuniendo todos los caracteres de una acción punible, ni esa reglamentación ha producido ni puede producir los resultados benéficos que de ella se pretenden.

En foca García Treviño, su atención respecto a la licitud en el sentido de que efectivamente se tiene que hacer una mención especial de este requisito, pues si se trata de un juego o apuesta prohibidos, los contratos estarán afectados de nulidad absoluta, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 8° y 2225 del Código Civil.

El estudio de la licitud en estos contratos de proyecta hacia dos aspectos fundamentales:

1°.- La conducta que se obliga a realizar el perjudicado debe ser lícita. Así, el contrato por el cual las partes obligan a asesinar a determinada persona si gana o pierde un equipo de fútbol, será nulo, con nulidad absoluta, por tener un objeto ilícito

2°.- El juego mismo, del cual depende que se realice el hecho, debe ser lícito. En términos generales son ilícitos y por lo tanto están prohibidos los juegos de azar y los juegos con apuestas.

De tal forma, como se ha expuesto con la parte correspondiente a los antecedentes históricos, los juegos de azar son los que están afectados de ilicitud, a través de diversas épocas, situación que se prevalece cuando menos en nuestro país.

FORMA.

La forma ha sido considerada como la manifestación del consentimiento en los contratos, esta se puede presentar de diversas maneras, las cuales entre otras puede ser, verbales, escritos, por comportamiento o conducta. Sin embargo, la ley preceptua en cada caso el modo o Forma en que han de celebrarse los contratos.

Los contratos de Juego y de la Apuesta, en términos genéricos, han afirmado los autores, son contratos consensuales (si es que se les quiera ver como tales), es decir no se encuentran sujetos a ninguna formalidad más que de sujetarse a las reglas que las partes impriman, teniendo cada juego los suyos, que han de tratar de observarse con lealtad.

G.- EL JUEGO Y LA APUESTA COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

En relación a este tipo de contratos, se ha establecido que las obligaciones que engendran y generan son de carácter natural, por lo que de igual forma la característica de este tipo de obligaciones, radica en que conforme a Derecho no hay acción para hacer cumplir una obligación y que en caso de pago voluntario, no hay derecho para repetir. El mismo caso es el de una obligación que ha prescrito, jurídicamente y por tal, no es exigible ante los tribunales en juicio, ya que el deudor podría oponer la excepción de la prescripción, evitando así que, la acción prospere. Pero si el deudor pague, teniendo conocimiento o no de la prescripción de la misma, no tiene derecho a repetir.

Tradicionalmente se han aceptado como obligaciones naturales, las deudas provenientes de los contratos del Juego y de la Apuesta, en algunos casos sólo aplicable a aquellos que se consideraban lícitos o permitidos y en otros incluso aplicables a los prohibidos, a los que generalmente no se les han concedido ninguna protección legal, para su exigibilidad o cumplimiento.

En algunos casos, en diferentes épocas también, se ha contemplado la posibilidad de repetición de lo pagado en esta clase de obligaciones voluntarias, como ocurría en el derecho romano, en donde se admitía la repetición "indebidamente", y no sólo eso que la acción de repetición se concedía incluso a los procuradores o herederos del pagador y el término de prescripción de esta acción era de cincuenta años. No todas las legislaciones conceden esta acción de repetición.

El Derecho español, sólo la admite en los casos de dolo, minoría de edad o inhabilitación para administrar bienes.

El Derecho italiano, en su artículo 1933, sólo la acepta en los casos de dolo e incapacidad.

El Derecho alemán, no la concede expresamente pero se deduce, dada la nulidad que hace recaer a todos los juegos considerándolo como prohibidos. A los de destreza y otros permitidos en otras legislaciones, no les concede interés jurídico, artículo 782.

El Código Federal suizo de obligaciones, merece el mismo razonamiento anterior, ya que en su artículo 313, establece que estos contratos no originan ningún derecho de crédito.

En el Derecho francés, se encuentra que únicamente se admite la repetición de lo voluntariamente pagado, cuando hubiese habido por parte del ganador, dolo, superchería o estafa, artículo 1967 del Código Civil.

Este último Código exige una condición que no contemplaba al Derecho romano, que era el pago que debía haberse hecho voluntariamente, o sea con conocimiento de causa: si el Solvens no conociera el vicio que invalida su obligación, o si por cualquier otra causa creyera estar obligado civilmente, la repetición es imposible. Es la aplicación del principio de que el cumplimiento de obligación natural no puede ser más que voluntaria.)

Nuestro Código Civil vigente, establece que " el que pierde en un juego o apuesta que no quede obligado civilmente, con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna. Prescribe en treinta días el derecho para exigir la deuda de juego a que éste artículo se refiere".

Este precepto está formado de sus correlativos de los Códigos de 1870 y 1884, que establecían que las apuestas hechas de buena fe y fuera del juego, son válidas cuando el valor no exceda de la cantidad de cien pesos.

Como se analizó, en su momento, en el Código de 1870, se consideraba a las deudas de Juego, como obligaciones naturales y al efecto dice: "como en el juego de buena fe el peligro es igual para los interesados, es evidente que al pagar el que pierde, cumple con una obligación de derecho natural, la cual basta según las doctrinas generalmente admitidos en Derecho, para que se niegue la repetición de lo pagado.

En el Código Civil vigente, como se ha visto, no se reconoce que en este caso exista una obligación natural en los términos de los anteriores códigos, por lo que se procede a hacer una ligera referencia al concepto de las obligaciones naturales y como están concebidas en la legislación actual, para determinar que semejanza tienen, con las deudas de juego y apuestas.

El artículo 1894 de nuestro Código Civil, establece, "El que ha pagado una deuda prescrita, o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir".

Al respecto Planiol, expone que "el legislador ha considerado el juego como peligroso por ser causa de desmoralización; la perspectiva de ganancias enormes y fáciles, obtenidas con un simple golpe de los dedos, aparta al hombre del trabajo, y el hábito del juego es una causa de vagancia y de ruina. Así pues, no debiera haber

duda alguna en cuanto al alcance de las disposiciones legales: Se trate de un acto inmoral que la ley no quiere consagrar y se niega la acción de repetición, una vez efectuado el pago, no es para atribuir efecto alguno a una operación por ella reprobada, sino por aplicación del adagio in turpi causa melior causa possidentis".

Sin embargo se admite generalmente, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, que el juego crea una obligación natural. Esta concepción no es la de los redactores del Código; cierto es que algunos autores han llegado hasta pensar que la obligación que resulta del juego o de la apuesta es civil, por poco y compatible que ello parezca con la limitación de los efectos de esa obligación"¹²⁾

Destaca Messineo, que el "Juego y la Apuesta se consideran casos de obligación natural por la cual al vencedor no le compete acción para obtener el pago de la postura. Pero aquí opera una excepción muy clara que trae implícita la distinción que es de gran importancia en la materia: La de Juegos prohibidos y no prohibidos.

Es juego prohibido el efectuado mediante una prohibición de la ley penal (y en el caso de nuestra legislación la de una ley especial, dado que actualmente el Código Penal ya no contempla a los juegos prohibidos como delitos), ósea el juego denominado de azar, en el cual concurre el fin del lucro y el hecho de que la pérdida es enteramente, o casi enteramente aleatoria, dependiendo de la casualidad o de la fortuna; como tal el juego se distingue el de azar del Juego de habilidad".

"El juego de azar teniendo causa ilícita, es nulo de pleno Derecho, con la consecuencia de que no sólo se niega al vencedor la acción para obtener la postura ganada, sino además, -y es aquí donde adquiere relevancia la figura del juego prohibido, en contra posición a la de juego no prohibido- se admite la repetición de lo que el perdedor haya eventualmente pagado...".

Al llegar a este punto se advierte la relevancia del juego no prohibido, solamente al juego no prohibido se vincula efecto peculiar de que no corresponde acción para el pago de una deuda de Juego o Apuesta, pues a obligación natural, dan lugar solamente los casos de Juego no prohibido"

Aquí también, como en el caso de juego prohibido, el perdedor puede negarse a pagar la postura convenida, la ley no ofrece al vencedor el medio jurídico para constreñir a ello al perdedor. Una cosa muy diferente es que, según la costumbre o la moral, este último pueda, por el hecho de no pagar, incurrir en la desaprobación de sus coasociados, es decir no pagando dentro de las veinticuatro horas, y pueda ser que para no incurrir en tal reprobación, el perdedor se determine

¹²⁾ Furlini, Manual, Teoría General de los Contratos, pp 419 y 500

pagar la postura, apareciendo la eficacia jurídica de tal pago en el sentido de que dándose los supuestos del pago válido, espontaneidad, posterioridad del pago respecto al resultado del juego, ausencia de fraude y capacidad de obra, "no es posible que se arrepienta el gesto realizado y a considerar como suyo un caso de pago de lo indebido", pues la obligación natural no es susceptible más que de cumplirse voluntariamente, estando ante un caso de irrepetibilidad,

Lo anterior tiene como fundamento que no es un pago de lo indebido el que se ha efectuado, sino que partiendo de la definición misma de obligación natural: "La obligación natural no es susceptible sino de cumplimiento voluntario, a diferencia de la obligación civil, que es vínculo de derecho a virtud del cual una persona está sujeta a otra, por una acción u omisión".

Por lo que respecto a la irrepetibilidad de los pagados en este tipo de contratos, estaremos hablando de un pago en cumplimiento de un deber moral, lo que es indiscutible, que si estamos en presencia de un caso de obligación natural, a las que el Derecho no concede acción para su cumplimiento, pero en el supuesto de que éste haya sido satisfecha, no se otorga la acción para repetir.

Por otro lado lo que respecto a las "Deudas de Juego", se ha considerado oportuno, iniciar con algunas de las reflexiones y cuestionamiento que el autor Ricci se formula, a los cuales responde desde su punto de vista y que en el fondo tienen profunda relevancia con lo que se expondrá sobre nuestra legislación vigente en materia de deudas de juego en su carácter de obligaciones.

¿Por qué el legislador no concede acción alguna para el pago de una deuda de juego o apuesta?. Estos dos "entretenimientos" se consideran desde un doble punto de vistas: Uno como honesto pasatiempo, y Otro como costumbre viciosa. En el primer caso, el juego tiene por objeto la distracción y el recreo, y es lícito y moral; pero no es un negocio serio, sino una pura diversión; y ¿Había de ocuparse el legislador de esos pasatiempos?.

El legislador regula las relaciones jurídicas de los actos civiles con sabias disposiciones, facilita los negocios, garantiza la propiedad y protege la buena fe de los terceros. El recreo y el pasatiempo escapan a la acción de la ley; no entrando en tales diversiones la especulación, la deuda que constituyen en deuda de honor garantizada por la moralidad de las personas que la contraen, y el legislador no debe ni puede mezclarse en ellas.

"Cuando el juego constituye un vicio en incentivo, es la especulación y la ganancia pronta. El legislador no reprueba la especulación ni el afán de ganancia; pero quiere que el lucro se obtenga produciendo algún bien, no consumiendo el

espíritu sobre una mesa de juego, por consiguiente, no concede ninguna acción por deuda de juego o de apuesta cuyo móvil sea la ganancia".

No dándose acción por deuda de juego o apuesta, se deduce que el deudor demandada por el pago puede oponer la falta de acción del actor y pedir la absolución de la demanda. En una cuestión de carácter ejemplificado, si el demandado no opone como excepción la falta de acción por deuda de juego, ¿Estará obligado el juez a acoger la demanda? Si la falta de acción fuese cosa relativa al interés privado de las partes, no hay duda de que el juez no podría oponer de oficio dicha excepción, por que aún dado que el demandado acepte la satisfacción de una deuda por la cual no está obligado, el juez no puede apreciar lo que más conviene al interés privado del demandado, y si éste acepta una sentencia condenatoria, no debe retraerse de dictarla.

Pero el artículo 2764, que establece que no se concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido, ¿Es caso de interés privado? No, es de orden público, como dictada en interés social, que exige que el vicio se reprime y que la fiebre de ganancia estimule al trabajo, no al juego. Si se trata, pues, de un pasatiempo honesto, la disposición en examen no deja de ser de orden público, por que es materia ésta que se escapa a la atención y competencia del legislador".

"Si tal y como ya se menciona con anterioridad, no se da acción para exigir el pago de lo que se ha ganado en juego prohibido o apostando; ¿Se puede repetir el préstamo hecho con ocasión del juego".

"La obligación sin causa, o fundada en causa ilícita no puede tener ningún efecto. Y como aquí la causa es ilícita, no puede producir efecto, para ver si el adeudo fue causado por el préstamo o no, conviene distinguir entre el hecho de un jugador a otro para inducirlo a jugar y el hecho por tercero extraño al juego.

Hecho el empréstito por uno de los jugadores a otro, al objeto de suministrar los medios de jugar o apostar, la causa de la obligación no es otra que el juego, por consiguiente, no tiene eficacia jurídica la obligación contraída por quien recibió el dinero. Pero si éste lo prestó a un extraño y aún sabiendo que era para jugarlo, la obligación existe, por que se prestó, no para inducir a jugar, sino para satisfacer el deseo de quién lo recibió". *

Ahora bien, respecto a las deudas que se originan en los contratos del juego y de la Apuesta, o como señala Zamora y Valencia, "las consecuencias o efectos que se generan por la celebración de estos contratos, son la creación de obligaciones para las partes".

"La obligación primaria que genera la celebración de estos contratos es que las partes deben de respetar lo pactado entre ellas, respecto a la forma y condiciones en que deba desarrollarse el juego y conservarse en aptitud de poder cumplir la prestación o abstención que deberá de realizar el perdidoso".

Por otra parte, se entiende en el sentido de que el Juego o la Apuesta no estén prohibidos, la obligación secundaria o posterior, será la de realizar la prestación que puede consistir en un dar o en un hacer, o en cumplir la abstención, si se realiza el hecho previsto o se aprueba el acontecimiento ignorado".⁵⁷

En nuestro Código Civil existe una regla general en el sentido de que el que pierde el juego o apuesta prohibidos, no está obligado a pagar: no hay acción por parte del que gana para constreñir al perdidoso a pagar cuando la pérdida sufrida es en Juego o apuesta prohibidos.

La ley, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés, da acción para el cobro cuando se trata de Juegos o Apuestas permitidos con tal de que se satisfagan los requisitos que fija el artículo 2767 de nuestro Código Civil: Que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna. Además, prescribe en 30 días el derecho para exigir la deuda de juego a que éste artículo se refiere.

Nuestro Código Civil, ha variado la técnica francesa en este aspecto: en el Código francés, no hay acción para cobrar una deuda de juego. De aquí al nombre "de deudas de honor" con que se conoce a esta clase de deudas: es decir, deudas morales. Pero en el Código francés, cuando alguien pague voluntariamente una deuda de juego no tiene derecho a repetir, es decir para pedir que se la devuelva lo pagado: el pago está bien hecho.

Planiol, como ya se expuso, da su explicación, diciendo que no se trata de una obligación natural, sino que es la aplicación de aquel axioma o adagio que dice: "en causas turbias debe preferirse la del poseedor", y por tanto siendo turbia esa causa se niega el derecho de repetición. En cambio, ya vimos las dos formas que establece nuestro Código Civil.

Sin embargo, ¿qué sucede en nuestra legislación si el que ha perdido en Juego o Apuesta prohibidos paga voluntariamente? Tiene derecho de repetición, pero hay una sanción para ese que ha perdido, únicamente repetirá el cincuenta por ciento, pero el otro 50% no queda en poder del que ganó, sino a favor de la Beneficencia Pública.

⁵⁷ Janota y Valencia, Miguel Angel, Op. Cit. pp 255 y 256

Por lo que, "no hay acción de deudas que tengan su origen en juego prohibido, como lo establece el artículo 2764 de nuestro Código Civil, la ley no concede acción para reclamar su importe. Esto es lógico, pues si se concediere acción para reclamar su importe ya que, tratándose de Juego prohibido, se le estaría reconociendo indirectamente y, lo que es peor, se estaría permitiendo que PRODUJERA EFECTOS"⁵⁶

De entre los principios generales que se encuentran en el Código Civil se puede exponer lo siguiente: En atención a lo dispuesto por el artículo 2764 y el 2766, puede seguir un problema, que consiste en determinar, cuales son los efectos que produce el contrato de Juego prohibido, y de que si éste está afectado de nulidad absoluta, o de inexistencia por carecer de un elemento de esencia, de definición.

Al concertar un contrato de juego con apuesta, el objeto existe, así como el consentimiento, pero al celebrarlo se está violando una norma de orden público que lo prohíbe (artículo 8° del Código Civil), estando en esta forma afectado de nulidad. Nulidad absoluta por ser un acto ilícito y por contener las tres características de esta nulidad.

El artículo 2226, establece los efectos provisionales que producen los actos afectados de nulidad absoluta: "la nulidad absoluta por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie la nulidad por el juez".

Sin embargo, y he aquí una cuestión interesante, cuando el perjudicado de una obligación de juego prohibido ha pagado su obligación, el contrato surte efectos hasta en tanto no se demuestre que la obligación fue originada por un acto ilícito, en tal hipótesis, el ejercicio de la acción de repetición del deudor, y por disposición expresa, ya señalada, nace un derecho para la Beneficencia Pública, del 50% de lo pagado. Por lo que, el principio general de que la nulidad absoluta no produce efectos, se encuentra desvirtuado en esta ocasión.

Estamos aquí en presencia de una situación jurídica especial, ya que un acto ilícito genera un derecho, es fuente de una obligación a favor de la Beneficencia Pública

Todavía respecto al Juego y a la Apuesta prohibidos, los artículos siguientes establecen:

Artículo 2766 - La deuda de juegos o de apuesta prohibidos no puede compensarse ni ser convertida por novación en una obligación civilmente eficaz.

⁵⁶ Treviño García, Ricardo, Op. Cit. p. 591

Artículo 2769.- El que hubiese firmado una obligación que en realidad tenía por causa una deuda de juego o de apuesta prohibidos, conserva, aunque se atribuya a la obligación una causa civilmente eficaz, la excepción que nace del artículo anterior, y se puede probar por todos los medios la causa real de la obligación.

Artículo 2770.- Si una obligación de juego y apuesta prohibidos se le hubiese dado forma de título a la orden o al portador, el suscriptor debe pagarla al portador de buena fe, pero tendrá el derecho que le concede el artículo 2765.

Las deudas de juego o de apuesta no son susceptibles de compensarse ni de novarse, como quedo establecido, sin embargo para que un crédito pueda compensarse, debe ser homogéneo, líquido y exigible, y esta última característica se presenta cuando el pago no puede rehusarse conforme a Derecho.

Si la ley determina que la deuda de juego prohibido no es exigible, por no conceder acción por no ejercitar su cobro, de cualquier manera no reúne los requisitos para que ese crédito se compense, nos referimos desde luego a los de carácter prohibido.

Por lo que se refiere a la novación, es menester que exista una obligación nueva que sustituya a la antigua; y es el caso de que en la deuda de juego prohibido no existe deuda antigua, lógico es suponer que no procede la novación.

Las reglas que rigen lo anterior resulta para la compensación de los artículos 2188 y 2190 y para la novación lo dispuesto en el artículo 2218.

H.- SU DISTICION COMO CONTRATOS.

Un criterio generalizado que se ha observado, es que las distintas clasificaciones que sobre contratos se han elaborado, presentan unidos al contrato o contratos aleatorios y a los conmutativos, razón por la cual se hace necesario trazar su distinción, sobre lo cual Ruggiero destaca que "los contratos a título oneroso se distinguen a su vez en aleatorios o de suerte y conmutativos, según que la ventaja que ambos contrayentes se prometen o sólo uno de ellos prometa, dependa de la suerte, es decir, de un acontecimiento inciert o desde un principio sea cierta y determinada.

Conmutativa es, por ejemplo, la venta en donde hay cambio de cosa por precio y cada contrayente sabe de antemano el provecho que obtendrá del cambio, o el mutuo con interés en el que es cierto el beneficio reciproco que uno obtiene de la disponibilidad de la suma dada en mutuo y el otro de los intereses.

Aleatorios son el contrato de seguro, el préstamo a la gruesa, el Juego, la Apuesta, el contrato de renta vitalicia, los contratos de bolsa en general, por que la determinación de la parte que sufrirá la pérdida patrimonial o ganará el provecho, depende del el caso, de la muerte más o menos tardía del asegurado, de la incompetencia de quienes apuestan, de las fluctuaciones de los precios de los mercados, etcétera ⁵⁹

De tal suerte que los contratos son conmutados, "cuando los provecho y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato, es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato.

Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o término.

Lo aleatorio está en que las prestaciones no son determinadas en su cuantía al celebrarse el contrato y en que habrá de precisarse en el futuro, cuando se realice la condición o el término.

Generalmente, al definirse los contratos conmutativos y aleatorios no se hace esta distinción, sino que se confunden estas características, diciendo que en el conmutativo hay posibilidad de conocer las ganancias o pérdidas desde la celebración del contrato, y que en el aleatorio no existe esa posibilidad, sino que esto se sabrá cuando se realice la condición o el término".⁶⁰

El maestro Rojas Villegas, hace una observación muy significativa respecto a la distinción entre los contratos conmutativos y aleatorios, ya que establece que esta distinción no estriba en que en el momento de la celebración del contrato conmutativo, las partes conozcan si habrá pérdidas o ganancias para alguna de las partes y en el aleatorio no lo sepan; ya que esto no se puede conocer ni aún en el conmutativo por que este es un problema económico imposible de determinar y lo que si se sabe es la cuantía de las prestaciones que cada parte debe entregar, es decir, lo que es incorrecto es hablar de pérdidas y ganancias y lo correcto es hablar de determinaciones en las prestaciones y lo explica de la siguiente manera:

"Autores como Planiol, se encierran en este error de confundir el carácter conmutativo y aleatorio en función de las ganancias o pérdidas y el errores tan trascendente que nuestro Código Civil de 1928, en su definición, no obstante la crítica que necesariamente debieron conocer sus autores, vuelve a definir en función de las ganancias o pérdidas el contrato conmutativo o aleatorio.

⁵⁹ Ferraguan, Tratado de Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, vol II, Edt Reus, pp 270 y 271

⁶⁰ Rojas Villegas, Natul, Op. Cit. pp 26, 27 y 28

El artículo 1636 dice: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice".

En su primera parte, la definición es correcta, pero se agrega a quizá de consecuencia una explicación que la hace falsa innecesariamente: "...de tal suerte que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o pérdida que les cause éste...". No es exacto que en el contrato conmutativo se sepa de antemano si habrá ganancia o pérdida; lo que es la cuantía de la prestación que cada parte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato.

Por ejemplo, el tipo típico de contrato conmutativo, es la compraventa, por que en el momento de celebrarse el contrato, cada parte sabe exactamente qué debe entregar; pero el problema económico de saber si hubo ganancia o pérdida en una compraventa, es muy complejo y depende de infinidad de circunstancias posteriores.

"En el contrato aleatorio, la prestación no está determinada y sólo por ello es aleatorio, y por que se ignore si habrá ganancia o pérdida".⁶¹

Como se observa Rojina Villegas, coincide en este sentido con la exposición de Roberto Ruggiero expuesta con anterioridad en el presente trabajo.

Otro aspecto distintivo entre los contratos aleatorios y conmutativos es el referente a la lesión ya que esta, en la generalidad de los derechos vigentes no es aceptada como causa de nulidad en los contratos aleatorios.

Las razones que han tomado en cuenta el legislador para ello se justifican en virtud de que no es posible apreciar si, en el momento del contrato, las prestaciones eran equivalentes. Se puede pensar así mismo, que el riesgo que sufren las partes justifica la desproporción que podría surgir en las prestaciones.

El concepto lesión, señala el artículo 17 de nuestro Código Civil vigente es: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser esto imposible, la reducción equitativa de su obligación".

⁶¹ Ibidem

La lesión es fácil de precisar en los contratos conmutativos, ya que en ellos las prestaciones están perfectamente determinadas en el momento de ser celebrados, de ahí la posibilidad de que una de las partes pueda aprovecharse de la ignorancia, inexperiencia o extrema miseria de la otra, por lo que esta última puede pedir la nulidad del contrato o la reducción de su obligación.

En los contratos aleatorios, en caso de aceptarse para ellos la reacción o la reducción, nos encontramos con que el contrato ha sido cumplido por cierto tiempo, el riesgo se encuentra modificado, de lo que no resulta posible volver a colocar a las partes en la situación en que se encontraban al proponer el contrato. Por otra parte, los contratantes han aceptado voluntariamente el riesgo, la sumisión a la azar, que constituye uno de los elementos del contrato.

Para los autores que critican esta exclusividad de la lesión a los contratos conmutativos haciendo notar que puede existir una desaprobación notoria en las prestaciones que las partes deban darse, por ser posible concertarlos entre la clase ignorante, inexperta o necesitada, y hacer de ellos un medio de explotación, como en el caso de la venta de una cosecha que de antemano se sabe no se producirá debido a condiciones climáticas, características del terreno, condiciones de la semilla sembrada, etcétera, o bien en el caso de los sorteos de objetos o suma de dinero que deban entregarse como premios, sea completamente desproporcionado a la cantidad que se haya colectado, diciendo además que no hay razón para restringir la lesión a los aleatorios.

Deberán tener en cuenta que en el primer caso se estará tratando con gente de campo, avazada a los efectos climáticos y demás peculiaridades agrarias, y en el segundo caso haremos notar que todo sorteo requiere de permiso de autoridad competente precisamente para tutelar el derecho de la parte que pudiera ser perjudicada.

Así mismo, por último se debe destacar que los juegos de azar a través de las diferentes épocas fueron prohibidos por que constituyen un medio fácil de explotación para personas ignorantes e inexpertas.

Y sobre la situación de que la lesión no influya en los contratos aleatorios señalaba Pothier que era en atención a "Que en los contratos aleatorios las ganancias son el precio del riesgo que se aventura".

Dado que ya ha quedado precisadas algunas de las diferencias y semejanzas entre los contratos aleatorios y conmutativos, es menester señalar lo propio con algunos otros contratos con los que podría confundirse a los primeros, tal y como son con los contratos sujetos a condición suspensiva, por lo que pasaremos a hacer lo propio.

La lesión es fácil de precisar en los contratos conmutativos, ya que en ellos las prestaciones están perfectamente determinadas en el momento de ser celebrados, de ahí la posibilidad de que una de las partes pueda aprovecharse de la ignorancia, inesperienza o extrema miseria de la otra, por lo que esta última puede pedir la nulidad del contrato o la reducción de su obligación.

En los contratos aleatorios, en caso de aceptarse para ellos la rescisión o la reducción, nos encontramos con que el contrato ha sido cumplido por cierto tiempo, el riesgo se encuentra modificado, de lo que no resulta posible volver a colocar a las partes en la situación en que se encontraban al propalar el contrato. Por otra parte, los contratantes han aceptado voluntariamente el riesgo, la sumisión a la azar, que constituye uno de los elementos del contrato.

Para los autores que critican esta exclusividad de la lesión a los contratos conmutativos haciendo notar que puede existir una desaprobación notoria en las prestaciones que las partes deban darse, por ser posible concertarlos entre la clase ignorante, inexperta o necesitada, y hacer de ellos un medio de explotación, como en el caso de la venta de una cosecha que de antemano se sabe no se producirá debido a condiciones climáticas, características del terreno, condiciones de la semilla sembrada, etcétera, o bien en el caso de los sorteos de objetos o suma de dinero que deban entregarse como premios, sea completamente desproporcionado a la cantidad que se haya colectado, diciendo además que no hay razón para restringir la lesión a los aleatorios.

Deberán tener en cuenta que en el primer caso se estará tratando con gente de campo, avezada a los efectos climáticos y demás peculiaridades agrarias, y en el segundo caso haremos notar que todo sorteo requiere de permiso de autoridad competente precisamente para tutelar el derecho de la parte que pudiera ser perjudicada.

Así mismo, por último se debe destacar que los juegos de azar a través de las diferentes épocas fueron prohibidos por que constituyen un medio fácil de explotación para personas ignorantes e inexpertas.

Y sobre la situación de que la lesión no influye en los contratos aleatorios señalaba Pothier que era en atención a "Que en los contratos aleatorios las ganancias son el precio del riesgo que se aventura".

Dado que ya ha quedado precisadas algunas de las diferencias y semejanzas entre los contratos aleatorios y conmutativos, es menester señalar lo propio con algunos otros contratos con los que podría confundirse a los primeros, tal y como son con los contratos sujetos a condición suspensiva, por lo que pasaremos a hacer lo propio.

Los contratos aleatorios, como se ha analizado, son aquellos en los que las partes contratantes no pueden determinar y por ende apreciar los provechos y gravámenes al tiempo de celebrarlos, en virtud de que estos dependen de un acontecimiento de realización incierta.

El contrato esta sujeto a condición suspensiva, cuando las partes contratantes han convenido en que sus efectos dependen de un acontecimiento futuro e incierto; luego la existencia misma del contrato quedará sujeta a esa condición

El contrato aleatorio no debe confundirse con el contrato sometido a condición por que el riesgo no es un elemento autónomo respecto de la configuración del contrato, como lo es en cambio la condición, y además por que el contrato aleatorio es siempre un contrato puro y simple.

De tal forma que, como se ha aceptado por algunos autores, el "hecho de que intervenga una condición dentro de los contratos aleatorios nos permite sin embargo asimilar los contratos condicionales a los que estamos examinando.

En aquellos, el acontecimiento futuro e incierto determina, cuando se realiza, la existencia misma del contrato, por lo menos en cuanto a la plenitud de sus efectos jurídicos; mientras que para los segundos no está en juego los nacimientos de la convención sino simplemente la mayor o menor ventaja que ella pueda originar".

Con lo anterior el autor Lafaille, basado en la opinión de Colin y Capitant, al igual que Espin, "indican que la diferencia entre ambos estriba en que en el contrato condicional lo que el acontecimiento incierto suspende es la existencia misma del contrato, al paso que en una apuesta, el contrato adquiere existencia firme, y lo que depende del acontecimiento incierto que se considera, es únicamente el extremo de saber cuál de las dos partes obtendrá una ganancia y cuál experimentará una pérdida.

Importa por ultimo, vista la definición, distinguir los contratos aleatorios de las obligaciones condicionales, con las cuales a primera vista, pudieran confundirse.

A poco que se fije la atención, la confusión desaparece. Por que, an efecto, en las obligaciones condicionales, lo que se subordina al acaecimiento de la condición, es la obligación misma, mientras que en los contratos aleatorios al acontecimiento futuro o incierto que llega o se realiza, no influye en manera alguna sobre el contrato, el cual de antemano está definitivamente perfecto, y el sólo sobre el importe de la ganancia o pérdida de las partes".⁶²

⁶² Manresa y Fariñas, José. Op. Cit. p. 13

En los contratos bajo condición suspensiva la existencia misma del contrato es la que depende del acontecimiento futuro e incierto, de tal manera que no es una determinada prestación la que se realizará o no, según se cumpla la condición, o como dice Manresa y Navarro al distinguir los contratos aleatorios de las obligaciones condicionales: "...en las obligaciones condicionales lo que se subordina al acaecimiento de la condición, es la obligación misma".

En cambio los contratos aleatorios existen de artemano por que su formación no depende de un acontecimiento futuro, pero una de las prestaciones, o ambas, nacerán si se realiza la condición. En el caso de que ésta no se cumpla, el contrato no obstante ha producido sus efectos y ha tenido existencia y validez plena.

Como ejemplo de lo anterior, puede citarse, la compra de esperanza, para el caso de que no lleguen a producirse las cosas futuras, o el contrato de seguro contra incendio si no se realiza el siniestro. En uno y otro caso, una de las partes cumple y realiza su prestación, como es el pago del precio en la compra de esperanza, o el pago de la prima en el seguro.

Mientras que si en un contrato ya existente y formado, una de las obligaciones depende de un acontecimiento futuro e incierto o de un término cuya fecha de realización se desconoce, el contrato es aleatorio. Pueden ambas partes depender de un riesgo como en el contrato de Juego o en el de Apuesta, pues en ambos casos el mismo hecho permitirá que una parte adquiera en definitiva un provecho y la otra un gravamen, desconociendo antes del acontecimiento quién reportará, uno u otro.

La existencia misma de la obligación para una parte, así como el derecho de su contraria o el gravamen de ésta y el provecho de aquella, dependerán del riesgo, es decir, de la suerte que favorezca a una y perjudica a la otra.

A manera de conclusión, se pueden establecer las siguientes diferencias:

- 1.- En los contratos sujetos a condición suspensiva, su existencia queda supeditada a la realización de un acontecimiento futuro o incierto. En cambio, los contratos aleatorios son válidos y existentes desde su celebración, por que su perfeccionamiento no se hace depender de ningún acontecimiento futuro, pues lo único que se sujeta a ese acontecimiento son las ventajas y desventajas de las partes.

2 - En los contratos sujetos a condición suspensiva, la obligación depende de la realización de un acontecimiento futuro de realización incierta. En los aleatorios, a diferencia de aquellos, las obligaciones pueden depender de un acontecimiento de realización incierta, o también de un acontecimiento de realización cierta.

3 - Como la eficacia del contrato sujeto a condición suspensiva depende de un acontecimiento futuro e incierto, las prestaciones prometidas se harán exigibles hasta que ese acontecimiento se realice, pues de lo contrario si ese acontecimiento no se presenta el contrato no surtirá sus efectos. En cambio, como los contratos aleatorios son existentes desde un principio, las obligaciones se cumplirán se realice o no el acontecimiento futuro, tal y como sucede en la compra de esperanza, en la cual el vendedor tiene derecho al precio aunque los frutos o productos vendidos no hayan llegado a embotar.

"Das Glück ist eine leichte Dime,
Und Weil nicht gern am selben Ort."

"La suerte es una hada intranquila
que no quiere permanecer en el
mismo lugar."

HEINE (1797-1856)

CAPITULO IV.

LEGISLACION ESPECIAL SOBRE JUEGOS Y APUESTAS.

A.- REGLAMENTACION ESPECIAL.

B.- LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

C.- JUEGOS PROHIBIDOS.

D.- JUEGOS, SORTEOS Y RIFAS PERMITIDAS.

E.- CARACTER CONTRACTUAL DE JUEGOS,
SORTEOS Y RIFAS PERMITIDAS.

En el presente capítulo se habrá de analizar la legislación que regula no sólo los contratos de Juego y de la Apuesta, sino que se observará un panorama jurídico que prevalece en el juego en general, imponiéndose un especial interés sobre los de azar, que através de las distintas épocas se ha analizado en forma genérica.

"Es un problema difícil el que se le presenta al legislador, relativa a la posición o actitud que la ley debe adoptar en relación al Juego y a la Apuesta, teniendo en cuenta los peligros a que se expone el abuso de los mismos.

Si los perjuicios que el juego produce al fundamentar el ocio y los vicios, y por provocar la dilapidación de patrimonios inclinarían a un criterio prohibitivo y punible del juego, no hay que olvidar que el juego contenido en límites modestos, usado modestamente con el fin de procurarse agradable entretenimiento, por no tener nada de ilícito o antijurídico, no debe ser castigado, si bien tampoco debe de ser protegido por no entrañar un interés que sea digno de tutela jurídica.

Pero además, de juegos nocivos e inocuos, hay también juegos que son socialmente útiles por que favorecen al desarrollo físico de los hombres, afinan sus facultades intelectuales y contribuyen al incremento de la industria y del comercio; frente a esta especie de juegos, la actitud del legislador no debe de ser prohibitiva, sino más bien protectora"⁶³

"Siendo el Juego y la Apuesta contratos, como señala Manresa y Navarro, en los que se conviene que el que pierda pague al que gane una cosa determinada, desde luego, se comprende la suma facilidad con que pueda caerse por este medio en una inmoralidad grave y que revista los caracteres de ilícito, aún ante el sentido más amplio del Derecho. Este es el vicio del juego, que todas las legislaciones han tratado de corregir, prohibiendo el juego en determinadas circunstancias y diputándolo entonces como delito perseguido de oficio".

"Si es o no artificial el delito; si debe tolerarse el Juego, aunque reglamentándolo, para evitar sus perniciosas consecuencias, o si por el contrario, debe castigarse en más o menos amplia esfera, no habrá de discutirse ahora, pues en relación a nuestro propósito, basta con referirnos al derecho positivo, partiendo como base de nuestro estudio de las declaraciones y prescripciones del mismo".

Según algunos, todo juego es ilícito, en rigor de doctrina y de pensamiento, por que aún en aquellos en que el azar no existe, estando sustituido por la habilidad o la fuerza, deben de llevarse a efecto sin interés, o sea, sin fiar a ellos el cambio de riquezas, el cual no tiene relación alguna con el Juego mismo, sino que es un agregado a él. "Económica y jurídicamente hablando, se dice, son lícitas y

⁶³ Manresa y Navarro, Tratado de Op. Cf. pp. 103 y 104

perniciosas las adquisiciones que él produce, y por lo tanto, el legislador no puede protegerlas" "La ambición del hombre, el desmedido afán de adquirir las riquezas materiales invocando a la suerte".¹⁴

En realidad los Juegos y análogamente las Apuestas, que si han sido materia de autorización aún antes de la época romana, son aquellos relacionadas con la habilidad o destreza, las carreras de hombre y animales y en si todos aquellos que vigoricen el cuerpo, esta temática se continúa aplicando y se observa en muchas legislaciones contemporáneas, aceptando como legales las loterías nacionales, pronósticos de números, que en su mayoría son organizados por el Estado.

"Así el legislador, pese al principio de prohibición, ha autorizado ciertas derogaciones. Como decía Portalis, al manifestar un oportunismo sin duda discutible: En la administración de un gran Estado, la tolerancia de los juegos es con frecuencia un acto necesario de policía. La autoridad que no pueda sofocar las pasiones, no debe renunciar a los medios de vigilar a los que a ellas se entregan. Ante la impotencia para impedir sus vicios, su misión constante es prevenir los crímenes".

Destaca Castán, que el problema se da "porque parecen estar en oposición, de un lado, el interés social y económico (que condena el juego, como fomentador del vicio, de la holganza y de la prodigalidad) y de otro, el respecto debido al derecho de propiedad individual y a la libertad de contratación, sino, además, por que se opte -como creemos debe optarse- por la tutela de las conveniencias sociales, le es al Estado muy difícil luchar contra la pasión del Juego, y son de muy limitada eficacia las sanciones directas, que puede la ley establecer contra él.

"En Derecho romano, y lo mismo en Derecho canónico, predominó el criterio prohibitivo respecto del juego. Pero en Derecho histórico español, lucharon la tendencia prohibitiva -representada por las Partidas y por algunas leyes de la Novísima Recopilación- y el régimen de tolerancia -personificado por el Ordenamiento de las Tufurenas, publicado en 1276, en el cual se reglamentaba el Juego, haciendo de él una fuente de ingresos para el Tesoro.

En las legislaciones modernas, prevalece, por lo general, un sistema mixto basado en la distinción entre juegos permitidos y prohibidos, negando a estos últimos OBLIGATORIEDAD CIVIL.

"No es posible llevar tan absoluto el rigor de las ideas y prohibir en todo caso el juego por ser juego; pues en algunas determinadas condiciones no traspasa los límites de lo lícito, y en otras puede ser de utilidad indiscutible. Lo que la ley castiga y

¹⁴ Mainer y Barrio, José Op. Cit. p. 39

debe castigar es el abuso, es que se le tome pretexto para inmorales y ambiciosas negociaciones, pidiendo a la suerte y al azar el éxito de tales propósitos"

"Por esto todas las legislaciones han distinguido entre juegos permitidos y prohibidos, tratando de reprimir estos últimos; y si bien es difícil y casi imposible extirparlos de raíz, algo podrá conseguirse".⁶⁵

De hecho sería una postura de inexcusable ingenuidad aceptar la tesis de que nuestras autoridades desconocen la práctica de nuestra sociedad de juegos de suerte, envite o azar, jugados, precisamente, con el ánimo de alcanzar una ganancia de índole patrimonial. Al margen de la práctica de actividades de esta naturaleza en establecimientos indiscriminadamente abiertos al público, es innegable que en multitud de casinos, sociedades y círculos de recreo que cubre la geografía nacional se tolera o fomenta la práctica de aquéllas.

Por lo anteriormente señalado, resulta que, desde los tiempos más remotos, la incidencia del Derecho en el fenómeno -Juego- ha revestido en el uso de los siguientes perfiles:

A - Absoluta ignorancia de este hecho social, esto es, tolerancia del mismo en el campo estrictamente jurídico; y ello al margen de valoraciones éticas de muy distinto significado.

B - Prohibición al ultranza del juego; en consecuencia, reconocimiento no sólo de su dimensión de vicio, sino también de actividad ilícita que, en ocasiones, se hizo acreedora de punición concebida en términos de extraordinaria dureza.

C - Como vía intermedia entre las dos radicales soluciones apuntadas, surge el criterio de su reglamentación; con lo que se trata de paliar al menos sus perniciosos efectos. Sobre la inteligencia de que se trata de un fenómeno de imposible destierro de cualquier estructura social, se hace objeto de punición tan sólo a sus manifestaciones más intolerables; esto es, aquellas que se hacen acreedoras de un más intenso juicio de reproche.

Finalmente, quizá la constante histórica más significativa del fenómeno del Juego sea la tolerancia que con relación al mismo han actuado los Poderes públicos. Tolerancia que se desvuelve de espaldas a las pretensiones de las leyes sancionadoras, en ocasiones demasiado duras.

Elo, conjugado con el monopolio estatal y el decidido fomento de juegos de suerte o azar, como las quinielas o la lotería, ha determinado que el ciudadano mire con consecuente sarcasmo los preceptos prohibitivos.

A.- REGLAMENTACIÓN ESPECIAL.

La Constitución Mexicana ha regulado "los Juegos con apuestas". Es decir, exclusivamente este tipo de Juego, se encuentra en manos del Poder Legislativo, sólo es del Congreso de la Unión, en su facultad constitucional.

Por lo que, los "Juegos con apuestas y sorteos" se elevan a rango constitucional en el artículo 73 fracción X, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación

El Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere a las facultades del Congreso de la Unión. En la fracción X, en específico, se han llevado a cabo varias reformas.

Los decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, que se han reformado, dicha fracción son los siguientes:

6 de septiembre de 1929;

27 de abril de 1933;

18 de enero de 1934;

18 de enero de 1935;

14 de diciembre de 1940;

24 de octubre de 1942;

18 de noviembre de 1942;

29 de diciembre de 1947, adicionado por Declaratorie publicada en el Diario Oficial del 6 de febrero de 1975.

Y el artículo segundo del decreto del 16 de noviembre de 1982 publicado en el Diario Oficial del 17 del mismo mes y año, en vigor al día siguiente.

El texto de la fracción x del artículo 73 textualmente indica lo siguiente:

Artículo 73. - "El Congreso tiene facultad:

"X - Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuesta y sorteos, servicio de banca y crédito, energía eléctrica y nuclear, para establecer el Banco de Emisión Único en los términos del artículo 28 y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123";...

Lo anterior significa que en materia de juegos con apuesta y sorteos, son de orden federal, y facultad exclusiva del Congreso de la Unión.

El artículo 123 Constitucional, señala que "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, al efecto se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo:...

B.- Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores".

Tan sólo en el párrafo quinto, de la Fracción X I I, del apartado "A", del artículo 123 Constitucional, se señala: "Queda prohibido en todo centro de trabajo el establecimiento de expendios de bebidas embriagantes y de casas de juegos de azar."

Por otra parte la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁶⁶, señala en su artículo 27 fracción X X I, que a la Secretaría de Gobernación corresponderá "Reglamentar, autorizar y vigilar el Juego, las Apuestas, las loterías y rifas, en los términos de las leyes relativas;".

⁶⁶ Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1973

El Reglamento de dicha institución, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 1984, disponiendo sobre el ámbito de competencia de la Secretaría de Gobernación.

En su fracción X X I establece que: "Corresponde a la Dirección General de Gobierno, vigilar, tramitar y autorizar los eventos a que se refiere la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

En cuanto a la punibilidad sobre el presente tema, destaca Rafael de Pina, que "el Juego objeto de sanción penal es el prohibido. La razón de la punibilidad se funda en que éste, como la Apuesta, constituyen dos formas de adquisición y de consumo de riqueza que están en contradicción con la ley moral y económica del trabajo, y en que fomentan las pasiones más funestas, alimentándolas con la esperanza de pingües ganancias".

"El efecto corruptor del Juego ha motivado en todos los tiempos un trato severo contra aquellas personas que se han dedicado a fomentarlo y explotarlo".

"Nuestro Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, impone prisión de tres días a seis meses de prisión y multa de cien a mil pesos a los empresarios, administradores, encargados o agentes de loterías o rifas que no tengan autorización legal; a los que tengan o administren casa o local de Juego en el cual se hagan apuestas y las ganancias o pérdidas dependen única o principalmente del azar, y a los que, de cualquier modo, contribuyen a la venta o circulación de billetes de loterías extranjeras (artículo 257 ya derogado)".

"El Código en mención, sanciona con multa de cincuenta a quinientos pesos y destitución de empleo, en su caso, a quienes alquilen, a sabiendas local para juegos prohibidos; a los jugadores o espectadores que sean aprehendidos en un local donde se juegue en forma ilícita; a los agentes o administradores de casinos o sociedades donde habitualmente se practiquen juegos prohibidos, pudiéndose decretar también en este caso la suspensión o la disolución de la sociedad a cuyo amparo se comete el delito, y a los funcionarios o empleados públicos que autoricen, protejan o asistan a locales de locales prohibidos (artículo 258 ya derogado)".

"Aunque el capítulo del Código Penal aparece con la rúbrica de "Juegos Prohibidos", su artículo 257 hace referencia también a las apuestas (dicho artículo ya derogado)".

"El delito de juego es conceptualizado por nuestro legislador como un delito contra la economía privada".⁶⁷

Dentro del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal⁶⁸, en su Título Decimocuarto denominado "Delitos contra la economía pública", había un capítulo III que decía "Juegos Prohibidos".

Los artículos respectivos, 257, 258 y 259, al capítulo señalado, fueron derogados por el artículo segundo del decreto de 19 de diciembre de 1984, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1985.

Con dicha derogación se observa la tendencia gubernamental, de nuestras autoridades, de despenalizar los Juegos -prohibidos- y muy probablemente un indicador hacia una nueva temática para en un futuro no muy lejano, autorizar la operación de Juegos de azar o la misma apertura de casinos.

Sin embargo, hasta el momento los mismos quedan sancionados, todavía por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, en donde se establece casi la misma penalidad, para los juegos prohibidos, que la anteriormente dispuesta por el Código Penal, de cualquier manera puede distinguirse la tendencia a la despenalización de la mencionada conducta hasta ahora punible, y desprendiéndose de igual forma la reglamentación especial a laque están sujetos el Juego y la Apuesta.

Sobre el particular, en cuanto a la reglamentación especial del Juego y de la Apuesta, se ha emitido una serie de Decretos que reglamentan su aplicación, sobre los cuales se presenta una breve reseña de los mismos, sobre los cuales se observa la prohibición de Juegos de azar o de casino.

"Reglamento a de Juegos para el Distrito y Territorio Federales, del 17 de junio de 1936. El General Lázaro Cárdenas expidió el presente reglamento, constando de cuatro artículos y un único transitorio, lo que más destaca de ese reglamento es:

El artículo 1º, indica que en el Distrito y Territorios Federales se permite únicamente:

I.- Ajedrez, damas y otros semejantes; dominó, boliche, bolos, billar y pelota en todas sus formas y denominaciones, dados, pokar y sus variedades, cunquian, tute, brisca, descarte, malilla, pangulandi, paco, tresillo y bridge; tiro al blanco,

⁶⁷ (In Pina Rufin), Op. Cit. pp 233 y 234

⁶⁸ Diario Oficial del 14 de agosto de 1931, corregido según la de erratas del 31 de agosto y 12 de septiembre del mismo año

carreras de personas a pie, carrera de caballos, de perros, carreras de vehículos, peleas de gallos, luchas, boxeo y,

11.- Rifas y loterías de objetos diversos o de dinero".

Los artículos 2º, 3º y 4º hablan de establecimientos o casas de juego donde se practicaban juegos de cartas, o sea casinos.

Decreto que modifica el Reglamento de Juegos para el Distrito y Territorios Federales de 24 de junio de 1936. Promulgado por General Lázaro Cárdenas, en los considerandos de este Decreto, destacan:

Que el propósito de ese gobierno para el de combatir con toda energía el ocio del Juego.

Que no obstante la prohibición de la ruleta, el bacará y los albuces, la medida resultó insuficientemente para el programa de moralización de ese gobierno; por lo que procede a la abolición absoluta de todos los Juegos de cartas y de dados.

El artículo 1º, señala que en el Distrito y Territorios Federales, se declaran permitidos:

El Ajedrez, damas y otros semejantes: dominó, bolche, bolos, billar y pelota, esta en todas sus formas y denominaciones; tiro al blanco, carreras de personas a pie, carreras de caballos, de perros y de vehículos, luchas y boxeo; rifas y sorteos de toda clase de objetos y de dinero previo permiso y con la supervisión de la Secretaría de Gobernación..."

El artículo 2º, decía, "Para establecer casa o lugares especiales en que se practiquen los anteriores juegos de apuesta, se necesita permiso de la Secretaría de Gobernación"

Ley Federal de Emergencia sobre Juegos y Apuestas del 11 de septiembre de 1942. Esta Ley fue expedida por el General Manuel Ávila Camacho, relativo a la supresión de garantías; en los considerandos de esta Ley destacan:

Que era preciso crear en la República una economía nacional sólida, para hacer frente a la situación creada por el Estado de guerra al que México fue arrastrado por la injustificada agresión de los países del Eje de Berlín- Roma-Tokio.

carreras de personas a pie, carrera de caballos, de perros, carreras de vehículos, peleas de gallos, luchas, boxeo y;

11.- Rifas y loterías de objetos diversos o de dinero".

Los artículos 2º, 3º y 4º hablan de establecimientos o casas de juego donde se practicaban juegos de cartas, o sea casinos.

Decreto que modifica el Reglamento de Juegos para el Distrito y Territorios Federales de 24 de junio de 1936. Promulgado por General Lázaro Cárdenas, en los considerandos de este Decreto, destacan:

Que el propósito de ese gobierno para el de combatir con toda energía el ocio del Juego.

Que no obstante la prohibición de la ruleta, el bacará y los sibures, la medida resultó insuficientemente para el programa de moralización de ese gobierno; por lo que procede a la abolición absoluta de todos los Juegos de cartas y de dados.

El artículo 1º, señala que en el Distrito y Territorios Federales, se declaran permitidos:

El Ajedrez, damas y otros semejantes; dominó, boliche, bolos, billar y pelota, esta en todas sus formas y denominaciones; tiro al blanco, carreras de personas a pie, carreras de caballos, de perros y de vehículos, luchas y boxeo; rifas y sorteos de toda clase de objetos y de dinero previo permiso y con la supervisión de la Secretaría de Gobernación...".

El artículo 2º, decía, "Para establecer casa o lugares especiales en que se practiquen los anteriores juegos de apuesta, se necesita permiso de la Secretaría de Gobernación".

Ley Federal de Emergencia sobre Juegos y Apuestas del 11 de septiembre de 1942. Esta Ley fue expedida por el General Manuel Ávila Camacho, relativo a la supresión de garantías; en los considerandos de esta Ley destacan:

Que era preciso crear en la República una economía nacional sólida, para hacer frente a la situación creada por el Estado de guerra al que México fue arrastrado por la injustificada agresión de los países del Eje de Berlín-Roma-Tokio.

El libre aprovechamiento del producto del trabajo, permite emplear ese producto en juegos no prohibidos, pues al respecto la legislación ordinaria en vigor ofrece un amplio campo de despilfarro, que sólo beneficia a los tahúres profesionales.

La Ley en su artículo 1o, señala "Se declara ilícitos y, por tanto quedan prohibidos, en todo el territorio nacional, toda clase de juegos de apuesta y de azar".

Artículo 2o.- "Sólo están permitidos:

I.- "Ajedrez, damas y otros semejantes; dominó, dados, boliche, bolos, billar y pelota, ésta en todas sus formas y denominaciones; tiro al blanco, carreras de personas a pie y en sacos; carreras de caballos, de perros, de vehículos; luchas y boxeo.

Ley Federal de Emergencia sobre Juegos y Apuestas del 6 de marzo de 1943.

Esta Ley también la expidió el General Manuel Avila Camacho, en sus considerandos señaló:

El inquebrantable propósito de combatir el Juego y las Apuestas de azar por considerarlos en extremo nocivos para la sociedad. Que sin rectificar en lo más mínimo el criterio en que se inspiró la Ley mencionada, es necesario conceder tratamiento distinto a aquellas actividades, especialmente en materia de deportes.

Generalmente esta Ley conserva la misma redacción que la inmediata anterior:

En el artículo 5o, introduce el concepto de lo que es un "garito".- el lugar en que se llevan a cabo los juegos declarados prohibidos y en los que se admita a cualquier persona del público a tomar parte en las apuestas.

La misma denominación de garito, abarcará los recintos cerrados o abiertos o al aire libre, los clubes, casinos, lonjas u otros centros de reunión cualquiera que sea su denominación, cuando en ellos se practiquen habitualmente juegos prohibidos.

Reglamento de Policía para el Juego de Pelota en Frontón del 2 de agosto de 1944.

En su artículo primero señala que el Reglamento regirá en los frontones instalados en el Distrito Federal y para la exhibición con fines de lucro.

Reglamento de Juego de Pelota (Frontón) sin apuestas del 27 de diciembre de 1944.

"Queda estrictamente prohibido cruzar apuestas". Este reglamento al igual que el anteriormente señalado, son reglamentos muy antiguos que no se ajustan a los requerimientos económicos de hoy en día".

Decreto que modifica y adiciona la Ley Federal de Emergencia sobre Juegos y Apuestas del 7 de julio de 1945.

Este Decreto fue expedido por el General Manuel Avila Camacho, en sus considerandos destacan:

I. - "... que tratándose de deportes, el resultado del juego que se practique no depende fundamentalmente del azar, sino de la destreza y preparación deportiva de quienes forman parte en el evento, por lo que es permisible autorizar que en ellos se crucen apuestas". Este Decreto consta de dos artículos y autoriza las apuestas en el Jai-Alai.

Reglamento del Decreto que modifica y adiciona la Ley Federal de Emergencia sobre Juegos y Apuestas, publicado el 14 de septiembre de 1945.

Este Reglamento fue promulgado por el General Manuel Avila Camacho, consta de siete capítulos y reglamenta las actividades de todos los frontones para juegos de pelota cualquiera que sean sus modalidades.

Reglamento de Juegos para el Distrito y Territorios Federales del 13 de agosto de 1947.

Este Reglamento fue promulgado por el Licenciado Miguel Alemán, en sus considerandos a los Juegos de azar les da el mismo tratamiento que leyes expedidas con anterioridad, lo que destaca es que habla de Juegos de azar, de destreza y deportivos.

Su artículo 1o, dice: "Quedan prohibidos en el Distrito y Territorios Federales los Juegos de azar. Únicamente podrán permitirse los siguientes Juegos:

I - Ajedrez, damas y otros semejantes; dominó, dados, bolche, bolos y billar; pelota en todas sus formas y denominaciones, tiro al blanco; carreras de personas, de vehículos y de animales; luchas, boxeo y toda clase de deportes;

II - Rifas y sorteos de toda clase de objetos y de dinero;

III.- La Lotería Nacional."

Es curioso observar como no señala la prohibición para los juegos con apuestas, y ya no se autorizan las loterías de dinero, a excepción de la Lotería Nacional.

Faculta a la propia Secretaría de Gobernación para que dicte normas y reglamentos en esta materia. Tal depende gubernamental, deberá clausurar, desde luego, cualquier establecimiento en el que se efectúen juegos con apuestas, sin autorización de la propia Secretaría, y sus penderá las rifas y sorteos que pretendan efectuarse sin el permiso correspondiente, sin perjuicio de la aplicación de las demás sanciones a que se hagan acreedores los responsables. En términos generales se puede decir, que este Reglamento en su redacción es similar a la actual Ley Federal de Juegos y Sorteos.

B.- LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.

La Ley Federal de Juegos y Sorteos, fue publicada en el Diarios Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1947.

Para efectos del presente trabajo de Investigación, la mención de esta Ley es de vital importancia en cuanto a que es la base de la reglamentación especial del tema que nos ocupa, tal y como son el Juego y la Apuesta.

Recayendo su importancia en que dicha Ley se establecen taxativamente cuales Juegos se encuentran prohibidos y cuales son permitidos, para efectos de que análogamente se pueda distinguir u observar cuales "Contratos de Juegos o de Apuesta" deberán tenerse como lícitos o ilícitos, ya que de ello dependerán sus consecuencias jurídicas; sin embargo, se expondrán también algunos aspectos relevantes de la misma, que pueden proporcionar elementos de juicio a aplicarse en los contratos que se analizan.

Los Juegos de azar y los Juegos con Apuesta, en principio quedan prohibidos en todo el Territorio Nacional, según consigna del artículo 1o de la propia Ley Federal de Juegos y sorteos.

En el siguiente artículo establece, con carácter limitativo, el principio general enunciado, y nos indica que podrán permitirse el juego de ajedrez, damas y semejantes, dominó, dados y boliche, bolos y billar, el de pelota en todas sus formas y las carreras de personas, vehículos y animales y en general toda clase de

deportes, y por último los sorteos. Los anteriores deberán tenerse como juegos ilícitos o permitidos.

El artículo 4o, menciona que no se podrá establecer ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen Juegos con Apuestas ni sorteos, de ninguna clase, sin permiso de la Secretaría de Gobernación.

La misma Ley, estipula que será de la competencia del Ejecutivo federal a través de la Secretaría de Gobernación, la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los Juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase.

Consigna así mismo, una serie de sanciones corporales y pecuniarías y decomisación de utensilios y enseres de todas aquellas personas que violen la presente Ley y señala en su artículo 12:

"Que se impondrá prisión de tres meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos y destitución de empleo en su caso:

I.- A los empresario, gerentes, administradores, encargados y agentes de loterías y sorteos que no cuenten con autorización legal. No quedan incluidos en esta disposición los que hagan rifas, sólo entre amigos y parientes.

II.- A los dueños, organizadores, gerentes o administradores de casa o local, abierto o cerrado, en que se efectúen juegos prohibidos o con apuestas, sin autorización de la secretaría de Gobernación, así como a los que participen en la empresa de cualquier forma;

III.- A los que sin autorización de la Secretaría de Gobernación, de cualquier modo intervengan en la en la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero;

IV.- A los funcionarios o empleados públicos que autoricen Juegos prohibidos, los protejan, o asistan a locales en donde se celebren, siempre que en éste último caso no lo hagan en cumplimiento de sus obligaciones".

A su vez el artículo 13, establece: "Se aplicará prisión de un mes a dos años y multa de cien a cinco mil pesos:

I.- A los que alquilen a sabiendas un local para juegos prohibidos, o con apuestas, o para efectuar sorteos sin permiso de la Secretaría de Gobernación;

II - A los jugadores y espectadores que asistan a un local en donde se juegue en forma ilícita".

deportes, y por último los sorteos. Los anteriores deberán tenerse como juegos lícitos o permitidos.

El artículo 4o, menciona que no se podrá establecer ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen Juegos con Apuestas ni sorteos, de ninguna clase, sin permiso de la Secretaría de Gobernación.

La misma Ley, estipula que será de la competencia del Ejecutivo federal a través de la Secretaría de Gobernación, la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los Juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase.

Consigne así mismo, una serie de sanciones corporales y pecuniarias y decomisación de utensilios y enseres de todas aquellas personas que violen la presente Ley y señala en su artículo 12:

"Que se impondrá prisión de tres meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos y destitución de empleo en su caso:

I.- A los empresario, gerentes, administradores, encargados y agentes de loterías y sorteos que no cuenten con autorización legal. No quedan incluidos en esta disposición los que hagan rifas, sólo entre amigos y parientes.

II.- A los dueños, organizadores, gerentes o administradores de casa o local, abierto o cerrado, en que se efectúen juegos prohibidos o con apuestas, sin autorización de la Secretaría de Gobernación, así como a los que participen en la empresa de cualquier forma;

III.- A los que sin autorización de la Secretaría de Gobernación, de cualquier modo intervengan en la en la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero;

IV.- A los funcionarios o empleados públicos que autoricen Juegos prohibidos, los protejan, o asistan a locales en donde se celebren, siempre que en éste último caso no lo hagan en cumplimiento de sus obligaciones".

A su vez el artículo 13, establece: "Se aplicará prisión de un mes a dos años y multa de cien a cinco mil pesos:

I.- A los que alquilen a sabiendas un local para juegos prohibidos, o con apuestas, o para efectuar sorteos sin permiso de la Secretaría de Gobernación;

II - A los jugadores y espectadores que asistan a un local en donde se juegue en forma ilícita".

El artículo 17, dispone que las infracciones a la presente Ley que no constituyan delitos, a sus reglamentos o a las disposiciones que dicte la Secretaría de Gobernación, serán sancionados por la misma Secretaría con multa de cien a diez mil pesos o arresto hasta por quince días...".

Como se alcanza a observar, las sanciones pecuniarias y de pérdida de la libertad en su caso son muy bajas, esto se debe a que la Ley hace ya bastantes años, en que entro en vigor y nunca ha sido actualizada.

Por último, la Ley prohíbe la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero y los sorteos no autorizados por la Secretaría de Gobernación.

Se ha destacado que la Ley que se analiza, ya no se adecua a los lineamientos que rigen la situación actual del país, por lo que se hace necesaria de una nueva legislación en materia de Juegos y sorteos.

C.-JUEGOS PROHIBIDOS.

La Ley vigente, estos es, la Ley Federal de Juegos y Sorteos, señala en su artículo 1o., que en el Territorio Nacional están prohibidos todos los juegos de azar y los juegos con apuestas; y en su artículo 4o. Indica que "no podrá establecerse ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen juegos con apuestas ni sorteos, de ninguna clase, sin permiso de la Secretaría de Gobernación."

Por lo que se puede deducir que los juegos de azar que están prohibidos son aquellos que se realizan en la explotación de un casino, siendo: la ruleta, el bacará, el black jack, el chenín de fer, las máquinas tragamonedas y en general toda clase de juegos que se realicen con cartas o naipes.

La ley autoriza el juego de dados y dominó, sin embargo de acuerdo a las definiciones señaladas anteriormente, los dados y dominó dejan predominancia a la suerte por los que son juegos de azar.

La ley prohíbe la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero y los sorteos no autorizados por la Secretaría de Gobernación.

El bingo o sorteo de números, también se puede considerar como juego prohibido, ya que para valorar si un evento es una lotería no hay que limitarse al nombre, sino analizar el juego para detectar en él la existencia del factor azar; y esto

El artículo 17, dispone que las infracciones a la presente Ley que no constituyan delitos, a sus reglamentos o a las disposiciones que dicte la Secretaría de Gobernación, serán sancionados por la misma Secretaría con multa de cien a diez mil pesos o arresto hasta por quince días...".

Como se alcanza a observar, las sanciones pecuniarias y de pérdida de la libertad en su caso son muy bajas, esto se debe a que la Ley hace ya bastantes años, en que entro en vigor y nunca ha sido actualizada.

Por último, la Ley prohíbe la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero y los sorteos no autorizados por la Secretaría de Gobernación.

Se ha destacado que la Ley que se analiza, ya no se adecua a los lineamientos que rigen la situación actual del país, por lo que se hace necesaria de una nueva legislación en materia de Juegos y sorteos.

C.-JUEGOS PROHIBIDOS.

La Ley vigente, estos es, la Ley Federal de Juegos y Sorteos, señala en su artículo 1o., que en el Territorio Nacional están prohibidos todos los juegos de azar y los juegos con apuestas; y en su artículo 4o. indica que "no podrá establecerse ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen juegos con apuestas ni sorteos, de ninguna clase, sin permiso de la Secretaría de Gobernación."

Por lo que se puede deducir que los juegos de azar que están prohibidos son aquellos que se realizan en la explotación de un casino, siendo: la ruleta, el bacará, el black jack, el chenín de fer, las máquinas tragamonedas y en general toda clase de juegos que se realicen con cartas o naipes.

La ley autoriza el juego de dados y dominó, sin embargo de acuerdo a las definiciones señaladas anteriormente, los dados y dominó dejan predominancia a la suerte por los que son juegos de azar.

La ley prohíbe la venta o circulación de billetes o participaciones de loterías o juegos con apuestas que se efectúen en el extranjero y los sorteos no autorizados por la Secretaría de Gobernación.

El bingo o sorteo de números, también se puede considerar como juego prohibido, ya que para valorar si un evento es una lotería no hay que limitarse al nombre, sino analizar el juego para detectar en él la existencia del factor azar; y esto

unado al concepto de lotería que da el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "especie de rifa que se hace con mercaderías, billetes, dinero y otras cosas, con autoridad pública..."

Y toda vez que la Secretaría de Gobernación autoriza que el juego del bingo o sorteo de números se lleve a cabo en ferias regionales, como un espectáculo tradicional dentro de los eventos que se realizan en un palenque, organizados por particulares (empresas de galleros) y no por autoridad pública, que de acuerdo a la legislación mexicana en materia de loterías, sólo hay dos instituciones que pueden realizar loterías y que son la Lotería Nacional y Pronósticos Deportivos, estos organismos fueron creados por una Ley y un Decreto respectivamente y su objetivo es la obtención de recursos para ser destinados a la asistencia pública.

Por lo anteriormente señalado, es de concluirse que estos eventos son prohibidos de acuerdo a la Ley Federal de Juegos y Sorteos y demás legislación relativa.

La lotería de figuras tradicionales, eventos que se realizan en las ferias regionales de toda la República, al no estar descritas en la Ley como juegos permitidos se han de considerar por consiguiente como prohibidas, siendo inofensivos y más bien eventos recreativos para toda la familia ya que sus premios se dan en especie y son de poco valor en numerario.

Dentro del mismo rubro, de juegos prohibidos, podemos establecer los denominados 'juegos de habilidad prohibidos', en estos se debería catalogar las peleas de gallos, ya que de acuerdo a la Ley Federal de Juegos y Sorteos, no están señalados en el artículo 2o, y tampoco es aplicable el artículo 11 de la misma Ley, ya que no existe un Reglamento de ella; y que a la letra dice:

"La Secretaría de Gobernación queda facultada para autorizar en ferias regionales, el cruce de apuestas en los espectáculos que determine el Reglamento de esta Ley".

Por otro lado, según los registros de la Dirección General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación, en el expediente 2/2210 existe copia del oficio donde se autorizó por escrito, a la Feria de San Marcos en Aguascalientes, Aguascalientes, el 21 de abril de 1953, permiso para celebrar peleas de gallos dentro de la feria regional, esta costumbre se ha reiterado constantemente, ya que desde entonces se ha otorgado permisos a diferentes municipios en la República Mexicana para la celebración de peleas de gallos dentro de sus ferias regionales.

La Ley no faculta expresamente a Gobernación, para expedir estas autorizaciones, que por varias décadas se ha venido otorgando, sin encontrar oposición por parte de los particulares o autoridades municipales quienes las solicitan y se sujetan a las condiciones que se establecen en los permisos.

Esta costumbre que nació de la repetición de un hecho de la autoridad, uso que ha sido útil al bien común y no contrario a la Ley, se ha establecido públicamente, se ha consentido por los particulares y se ha observado desde hace aproximadamente cuatro décadas y de los cuales habla la doctrina; por lo tanto es esta costumbre el fundamento atravésé del cual la Secretaría de Gobernación otorga permisos para celebrar peleas de gallos en ferias regionales.

D.- JUEGOS, SORTEOS Y RIFAS PERMITIDAS.

Primeramente podemos señalar como juegos de azar permitidos, los sorteos de numerario que realiza la Lotería Nacional, de acuerdo a su Reglamento Interno; y posteriormente los eventos que organiza y celebra Pronósticos Deportivos de acuerdo al Decreto que creó este organismo; además están incluidos de acuerdo al artículo 2o. fracción I y II de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, el dominó, los dados y los sorteos.

Todos los eventos antes indicados están sujetos al factor suerte, por lo que todos ellos son de azar.

A los eventos señalados en la fracción I, del artículo 2o. de la Ley Federal de Juegos y sorteos, se podrían indicar además el backgammon y el juego de naipes, siempre y cuando estos eventos se realicen en domicilio particulares o clubes sociales, con la prohibición de que se crucen apuestas y que sean con el único propósito de diversión o pasatiempo ocasional y que en ninguna forma se practiquen habitualmente, siempre que no se admitan en los mismos a personas que no tengan relaciones de familia o trato social cercano a los dueños o moradores o no sean miembros del club social.

Los sorteos que se autorizan por la Secretaría de Gobernación, son todos aquellos que realizan instituciones que tienen fines educativos o asistenciales y todos aquellos que se lleven acabo dentro de promociones comerciales o como sistema de venta, por empresas comerciales, aquí cabe hacer mención específica

de lo que se entiende por sorteo. Por lo que así tenemos que el concepto de sorteo de acuerdo al diccionario de la Lengua Española, es la acción de sortear.

SORTEAR.- Someter a una persona o cosa al resultado de los medios fortuitos o casuales que se emplean para fiar a la suerte una resolución// 2. Lidar a pie y hacer suertes a los toros// 3. Evitar con maña o eludir un compromiso, conflicto, riesgo o dificultad.

El concepto de rifa, relaciona al de sorteo, por consiguiente se entiende por RIFA.- El juego que consiste en sortear una cosa entre varios por medio de cédula de corto valor, que todas juntas suman, por lo menos, el precio en que se le ha estimado

En los sorteos siempre se han de otorgar premios a los participantes ganadores que cumplen con los requisitos necesarios fijados por la Secretaría de Gobernación, Lotería Nacional o Pronósticos Deportivos.

Dentro del rubro que en el momento estamos tratando, podemos encuadrar a los juegos de habilidad que requieren permisos, en estos eventos, de acuerdo a los artículos 3o. y 4o. de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, queda a criterio de la Secretaría de Gobernación, en cuales de ellos se puede autorizar el cruce de apuestas, tal es el caso de la operación de hipódromos, galgódromos, libros foráneos y las carreras parejeras de caballos.

Los concursos pueden ser de habilidad de proezas físicas, en conocimientos científicos o en cualquier rama del saber y hasta en belleza física.

De igual forma, existen los juegos de habilidad que no requieren de permiso. En la Ley Federal de Juegos y Sorteos, en su artículo 2o. fracción I, enumera los juegos de habilidad, aunque no les da este calificativo y son los siguientes: ajedrez, damas y "otros semejantes", boliche, bolos, billar, el juego de pelota, en todas sus formas y denominaciones, las carreras de personas, vehículos y animales y en general toda clase de deportes.

Los juegos de habilidad no requieren de permiso de la Secretaría de Gobernación para su realización, a menos que se pretenda cruzar apuestas en ellos.

Como se puede observar, el legislador hizo una enumeración incompleta ya a que los eventos anteriores se pueden incluir la lucha grecorromana, lucha libre, el boxeo, el tiro al blanco, el jal alal y los concursos en general.

Los concursos actualmente no están regulados para su vigilancia por ninguna Ley, a excepción de las Leyes Fiscales, que fijan tasas impositivas sobre el valor de

los premios que se otorgan, pero estos eventos deben ser vigilados para que se actúe con honestidad en su organización y realización o sean entregados realmente a los ganadores los premios que se ofrecen, tal y como se demuestra con lo anteriormente indicado, refleja la inexistencia de un contrato, sino que solamente existe es una oferta o una promoción de donde no emana relación contractual alguna.

Toda vez que como ha quedado señalado, las dos únicas instituciones que pueden realizar loterías son la Lotería Nacional y Pronósticos Deportivos, es menester realizar una reseña de cada una de estas instituciones públicas de la siguiente forma:

LOTERÍA NACIONAL.

Para los efectos del presente análisis, la Lotería ante todo podría considerarse como un contrato aleatorio, ya que las ventajas o pérdidas para ambas partes dependen de un acontecimiento incierto, es decir, sujeto a un sorteo.

"Sin embargo, y debe señalarse, reviste un carácter especial esta relación "contractual", en virtud de que tiene características, algunas similares a las de los contratos de adhesión, estos es, solamente por lo que se refiere a que las condiciones las fija el Estado, quien generalmente se encarga de la administración, y el público participante sólo se adhiere al contrato con la simple compra del billete.

La Lotería Nacional en nuestro país ha sido objeto de regulación jurídica como una necesidad real, en virtud de que sus habitantes jugaban o las celebraban y así fue como se hizo en el año de 1769, a través de la Cédula Real del Rey Carlos III; de tal forma que "el antecedente jurídico más remoto en materia de azar en México, es dicha cédula, por la cual se crea la Real Lotería de la Nueva España, Cédula que se dio a conocer en el manifiesto expedido en la Ciudad de México por el Virrey Marques Carlos Francisco de Croix, el 7 de agosto de 1779, habiéndose publicado por bando del 19 de septiembre del mismo año, en donde se establecen las bases de su funcionamiento".

En las primeras décadas del México Independiente la institución en comento, cambio su denominación, conociéndose como Lotería de México, y por decreto del 1o. de mayo de 1861, el Presidente de la República, Don Benito Juárez, se dispuso designarle LOTERÍA NACIONAL.

El mismo Presidente Juárez, por nuevo decreto de fecha 6 de diciembre de 1870, ordenó que los rendimientos de la lotería se destinarán a fines de instrucción o de Beneficencia Pública.

Posteriormente la institución desapareció por algunos años, y fue el Presidente Adolfo de la Huerta quien la volvió a restablecer en el año de 1920.

El autor español Landrove, ha elaborado un amplio análisis sobre este tipo de instituciones, sobre lo que destaca que "al margen de las épocas en que se abordó una tajante prohibición del Juego, y cuya eficacia práctica es muy discutible, cabe destacar, como bien pronto surgieron algunas excepciones legales al principio prohibitivo.

Excepciones que generalmente cristalizaron en un monopolio del propio Estado, que legitimó así una actividad vetada, bajo amenaza de sanción penal, e los particulares".

"En este sentido, afirma Valdés Rubio, que el ansia de dinero que sienten algunos Gobiernos ha sido causa del monopolio de la Lotería. Sobre la base de que la Lotería Nacional es un impuesto sobre la imbecilidad y toda exacción sobre los juegos ilícitos, un impuesto sobre la inmoralidad, afirma la necesidad de que la misma sea suprimida por la ley, por que en vez de fomentar los caracteres de racionalidad y de prudencia propios del ser humano, acrecenta la imprevisión y la hace depender el porvenir y la felicidad de causas independientes al propio valor, a la virtud, a lo que constituye la independencia y la dignidad del ser humano".

"Como Juegos de azar ilícitos y controlados en nuestra patria cabe referirlos, como ejemplos más representativos a la Lotería Nacional y a las Apuestas Mutuas deportivas Benéficas; estas últimas de muy posterior aparición pero que comparten con aquélla el favor popular, alcanzando hoy su volumen caracteres insopechados desde hace algunos años".

Cañiremos la presente exposición a los juegos de azar mencionados, prescindiendo de alusiones a otros también reglamentados (como los llevados a cabo en galgódromos, frontones o hipódromos), en razón de que la Lotería Nacional obtiene todos los años un beneficio líquido para el Tesoro de extraordinaria magnitud, además de tratarse de una institución muy arraigada en nuestra sociedad, ya que cuenta con más de dos siglos de permanencia.

Con relación a las popularmente quimelias, la fecha relativamente reciente de su aparición (1946) no ha sido obstáculo para su espectacular desarrollo que en los últimos años ha desbordado las más optimistas previsiones del patronato a que pertenecen para obligarse a una tarea de constante superación que ha culminado con su reciente y casi absoluta mecanización de los sistemas de escrutinio que reduce al mínimo las ilusionadas esperas de los afortunados de cada jornada deportiva. Además, como lo veremos en su momento han alcanzado también una dimensión económica de extraordinaria entidad.

Resulta de toda evidencia, que los juegos autorizados ostentan naturaleza aleatoria idéntica a los que prescribía el Código Penal. Esta constatación, por sí sola, impide el mantenimiento de la inmoralidad de estos últimos. Además, el examen de los juegos de azar permitidos nos otorga un ulterior y decisivo argumento contra la tesis de la inmoralidad del juego de azar reprimido en los textos penales -actualmente no practicado en nuestro país, ya que se sanciona por medio de una Ley especial, la Ley Federal de Juegos y Sorteos-, por lo que en todos los juegos de azar autorizados está presente el fin de lucro del Estado.

"En oposición a la Lotería Nacional, la Ley del 21 de mayo de 1836 ha prohibido en términos generales toda lotería particular y les declara delito, con excepción de las que tienen una finalidad de beneficencia o de utilidad pública"¹⁰⁹

Así mismo, establece este autor, que las loterías no autorizadas se encuentran afectadas de nulidad absoluta, es decir, que no puede borrarse con el reconocimiento o con la prescripción. Como se observa por este tratadista, las loterías con excepción de la Nacional, no son susceptibles de autorización, ya que, en este caso específico, niega la Ley facultades a la Secretaría de Gobernación para, incluso, vigilar a la Lotería Nacional, la que se rige por su propia Ley.

Lo significativo de la lotería, o sobre lo que los diversos autores aceptan, y que además es una realidad, es que esta actividad reviste en forma casi exclusiva o tiene como principal característica el azar, es decir, que su resolución depende exclusivamente de este, lo cual lo asemeja a la operación de juegos prohibidos o ilícitos, y es esa la razón por la que el Estado ha creado un monopolio para sí en su operación, además de los grandes volúmenes de dinero generalmente logran captar

La Lotería nacional se rige por su propia Ley de fecha 16 de enero de 1943 (Diario Oficial del 16 de marzo del mismo año) y su reglamento interno de fecha 13 de julio de 1940. (Diario Oficial del 13 de noviembre de ese año).

¹⁰⁹ Manuel Marcial y Ripart, Jorja Op. Cit. pp. 510, 511 y 512

La regulación de la Lotería Nacional escapa de la vigilancia de la Secretaría de Gobernación, ya que así lo establece la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y dentro de su propia Ley, misma que fue promulgada por el Presidente Manuel Avila Camacho; se señala que fue creada como una institución que depende del Poder Ejecutivo de la Unión, a efecto de que sus ingresos sean enterados a la Secretaría de Salud

Dentro del Reglamento Interno de la Lotería Nacional, se establece que es una entidad con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 1o.); los fondos que se allegue contribuirán al presupuesto de la Secretaría de Salud (artículo 2o.); funcionará a través de la emisión de billetes para sorteos en numerario, los cuales se celebrarán en público (artículo 3o.).

El reparto de premios que se lleve a cabo, será sobre la base del 65% del valor de la emisión de billetes (artículo 5o.); los billetes se consideran Simples documentos al Portador (artículo 7o.); los premios que correspondan a billetes no vendidos se aplicarán a la misma institución (artículo 11o.).

PRONOSTICOS DEPORTIVOS.

Otra actividad en donde se pueden observar la celebración de apuestas, es en la operación de concursos con premios en efectivo, sobre resultados de competencias deportivas y sorteos de números, cuya gestión exclusiva (monopolio de derecho) la realiza el Estado.

El mercado de los juegos y las apuestas, esta diferenciado por el mercado de juegos institucionalizados. El primero se divide a su vez en tres: el público, en donde encontramos la actividad de Pronósticos y Lotería Nacional; el de beneficencia y asistencial (sorteos de la Cruz Roja y de Universidades, etcétera.); y el privado, son escasas Concesiones de operación como los hipódromos y frontones.

Dentro del juego institucionalizado, se destacan las quinielas deportivas y de números, operaciones que se llevan a cabo a través de la institución Pronósticos para la Asistencia Pública, éste organismo fue creado por decreto presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de febrero de 1978, con la garantía e intervención del gobierno Federal, comprendiendo en principio, apuestas deportivas únicamente sobre resultados de fútbol, el más popular de los deportes en nuestro país.

La institución fue creada con el propósito de obtener recursos económicos que serán canalizados para acrecentar los destinados a satisfacer las necesidades asistenciales en nuestro país, sin necesidad de elevar la carga fiscal impositiva y alcanzó su principal evaluación en los dos primeros años de los 80's, al lograr captar fondos a repartir por más de 280 millones de pesos, sin embargo, en la actualidad su actividad se ha visto menguada significativamente, a tal punto que en este momento, ante el problema económico que representa la institución, ya que desde 1983, sus ingresos han venido a menos y tienden a descender aún más; su máximo órgano de decisión -el Consejo Directivo de Pronósticos- se encuentra en el análisis de las siguientes alternativas de solución: a) Inyección de capital a la institución para que con base a su estudio de mercado a fondo, se conozcan sus problemas y se presenten soluciones a efecto de que continúe su operación; b) Fusión de Pronósticos con la Lotería Nacional, con el fin de aprovechar, la organización, imagen y experiencia y tradición de esta, para que Pronósticos pueda continuar operando, y c) La liquidación del Organismo, ya que se encuentra operando con resultados de operación negativos y por lo tanto, al borde de la quiebra, así como, que al no captar recursos para destinarlos a la Asistencia Pública que fue el objeto de su creación

A manera de conclusión, y para los efectos del presente análisis, hemos de establecer que este tipo de apuestas -aunque relacionadas con el juego- son muy parecidas a los prohibidos en nuestros ordenamientos, ya que el factor determinante es el azar, sin embargo, se permite su operación, en este y muchos otros países con el objeto de que la ciudadanía tenga una forma de canalizar su inquietud por las apuestas y al mismo tiempo pueda el Estado obtener recursos para la Asistencia Pública.

Pero, es evidente que el éxito de estas apuestas depende de un acontecimiento totalmente extraño a la habilidad de los jugadores o participantes en las quinielas

E - CARACTER CONTRACTUAL DE LOS JUEGOS, SORTEOS Y RIFAS PERMITIDOS.

Dado que el punto específico del presente apartado, es el de establecer si existe o no carácter contractual en las figuras de los juegos, sorteos y rifas que son permitidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, es menester reincidir en el concepto de la figura jurídica denominada CONTRATO.

De acuerdo con el maestro Rafael Rojina Villegas: " El Contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; dice, es una especie dentro del género de los convenios".

De lo anterior, podemos partir para establecer que, si bien es cierto que los contratos van a tener el objeto de crear o transmitir derechos y obligaciones, lo es también que las partes que participen en él, serán en algún momento acreedores o deudores

Pues bien en los juegos, sorteos y rifas reguladas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, es necesaria la autorización de la Secretaría de Gobernación a fin de que estos no calgan en el principio de juegos prohibidos, por lo que podríamos establecer que en estos casos muy especiales, existe la intervención de una tercera parte, si habláramos de contratos, la cual viene hacer la misma Secretaría de Gobernación.

Más es menester, mencionar el hecho de que los que intervienen en la conformación de un contrato serán pues, sujetos activos o pasivos de derechos y obligaciones, más en la Ley Federal de Juegos y Sorteos, se establece la necesidad de la intervención, de como ya se menciona, la Secretaría de Gobernación, quien autoriza la celebración y control de los juegos, sorteos y rifas permitidas, a la cual consideraremos como una tercera parte que interviene en estos actos.

Una tercera parte, que si bien interviene en los señalados juegos (con o sin apuesta), sorteos y rifas permitidos, no es sujeto activo ni pasivo de derechos y obligaciones derivados de una relación contractual, por lo que es de considerarse a estos actos como una simple concesión que la autoridad da a algunos particulares.

Dado que la propia Ley Federal de Juegos y Sorteos, da a la Secretaría de Gobernación la facultad de vigilar y controlar las autorizaciones que se otorguen para la explotación de juegos (con o sin apuesta), sorteos y rifas, la obligación que emana de los actos señalados, estarán regulados por dicha autoridad, basándose esta en las bases, reglas y premios que la misma autorice, atendiendo al permiso otorgado

De lo anterior emana que, no se le podría dar la denominación de contratos a estos actos, dado que carecen del acuerdo de voluntades, que caracteriza a esta figura jurídica, en virtud de que la parte que se encarga de celebrar los juegos (con o sin apuesta), sorteos o rifas; así como la parte que participa en estos, deberán sujetarse a lo que determine una tercera parte, la Secretaría de Gobernación.

Así tenemos que, para la reclamación de los premios o epuesta autorizadas por dicha institución, se deberán seguir las bases que se asentaron para ello, sin poder reclamarlo, en base a una acción civil, dado que en la mayor parte de los sorteos o rifas, se establece un término de prescripción para realizar el reclamo de lo ganado. Los beneficiados por algún premio, deberán sujetarse a lo previamente establecido por la autorización otorgada al concesionario.

El Código Civil, no señala expresamente cuales van a ser los juegos y apuestas prohibidos o permitidos, anteriormente se remitía al Código Penal, el que a su vez no señalaba taxativamente a los mismos.

Actualmente, es una ley especial, la que define la legalidad de los Juegos (con o sin apuesta), rifas y sorteos, la Ley Federal de Juegos y Sorteos, este ordenamiento es el que distingue sobre el aspecto prohibitivo de estos actos, más de ninguna forma señala a tales como concretos.

El mismo Código Civil, en su artículo 2272, al establecer que: "Las loterías o rifas, cuando se permitan, serán regidas, las primeras, por las Leyes especiales que las autoricen y las segundas, por los reglamentos de policía".

Así tenemos que, al remitir a las Leyes especiales el propio Código Civil, esta delegando la competencia para su regulación, es el caso de la Lotería Nacional, que se rige por su propia Ley, y la cual a pesar de ser juego o apuesta (o más bien sorteo) de azar, no se reglamenta por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, ya que este, lo relega e incluso impide su regulación por la Secretaría de Gobernación.

Por lo que, si la Ley Federal de Juegos y Sorteos, establece como prohibidos los juegos de azar y los juegos con apuestas de manera general, en su artículo 2º fracción II, y de los que estén autorizados, que la regulación, vigilancia y control este a cargo de la Secretaría de Gobernación, es el caso que la Lotería Nacional, ni esta permitida por la propia Ley en mención, ni mucho menos esta regulada, controlada ni vigilada por la autoridad que la propia Ley señala, por lo que es de tenerse por prohibida

Dado que la Lotería Nacional, es un sorteo de numerario, no es de considerarse como un juego con apuesta, ni como apuesta misma, por lo que en primer lugar se encuentra fuera de la reglamentación del Código Civil, ya que este sólo se refiere a los contratos del juego y de la apuesta; en segundo lugar, si la Ley Federal de Juegos y Sorteos, establece que quedan prohibidos todo tipo de sorteos y a su vez que en caso de haber excepciones será con autorización de la Secretaría de Gobernación, y esta última queda designada de tal institución es de no

considerarse juego ni apuesta y en caso de que se le pudiera dar la terminología señalada, sería un juego o apuesta prohibido, que no engendraría obligaciones civiles

Partiendo del mismo orden de ideas, a fin de establecer el aspecto contractual de los juegos y apuestas, es necesario analizar las consecuencias que emanan de ellos, así tenemos que, el Código Civil no acuerda acción para reclamar el cumplimiento de las obligaciones que como contratos deben engendrar.

Tal y como lo señala el artículo 2764 del ordenamiento citado, "la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido...", por lo que si valoramos que, una de las principales fuentes de obligaciones es el contrato, y en la especie, los del juego y de la apuesta no dan acción para reclamar lo ganado, estos no cumplen con la función primordial de los contratos, lo que desvirtúa su calidad como tal.

La Ley Civil solamente se puede ocupar de el contrato del juego y de la apuesta, cuando estos importen una utilidad posible para el que triunfe en la partida, por que, evidentemente, no interesa el juego que no se haga por dinero o por algún objeto susceptible de apreciación pecuniaria, por lo que aquí no habría un acto aleatorio, ni aún oneroso, ni más aún podría denominarse contrato, mientras no surjan obligaciones, y tal como ha sido señalado con antelación, 'la Ley no da acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido'.

Como ya ha quedado establecido, para que actualmente sea considerado algún juego (con o sin apuesta), sorteos y rifas permitidos, es necesario la autorización de la Secretaría de Gobernación, de tal forma que cumpliendo con los requisitos señalados por la autoridad mencionada, estos no serían juegos prohibidos, y como consecuencia se tendrá derecho a reclamar los beneficios para los participantes que de ellos emanen, reclamo que deberá sujetarse al permiso otorgado sujetándose a las bases del mismo, sin intervención de la Legislación Civil.

De lo anterior podemos concluir que, si se realizan juegos, sorteos o rifas sin la autorización de la Secretaría de Gobernación, estos caerían en el presupuesto de actos prohibidos, teniendo como consecuencia, el dejar sin efectos de reclamo por vía civil lo que se obtuviera como ganancia, lo que desvirtúa su aspecto contractual, ya que no habría movilización alguna de aspecto económico, y esto es uno de los principales objetivos de los actos jurídicos denominados contratos.

Esta falta de autorización, tendría como consecuencia el que los actos mencionados estuvieran viciados o afectados de inexistencia, los cuales jamás podrán producir consecuencias de derecho. Lo anterior en virtud de que el objeto de estos actos será prohibido, en virtud de que no se cumplen con los requisitos previamente establecidos, requisitos que no emanan de la legislación civil, sino de una reglamentación especial puramente administrativa.

Por lo anteriormente establecido, podemos dar otro concepto del término contrato, siendo así que podemos establecer que "contrato, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial".

Partiendo de la definición anterior, podemos establecer que los hechos regulados como juegos (con o sin apuesta), sorteos y rifas, por la mencionada Ley especial carecen del elemento esencial que persigue la figura civil del contrato, tal y como es el acuerdo de voluntades directa de las partes, para la creación de derechos y obligaciones, dado que, tales hechos son guiados en su totalidad por el elemento azar, el cual es un elemento ajeno a la voluntad directa de estas.

Por otra parte, cuando hablamos de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, estos deben ser de entre los sujetos que participan, en términos estrictos de los contratos civiles, mientras que en la especie, al ser en su mayoría sorteos de numerario en efectivo, de campañas comerciales o bien de apuestas por eventos deportivos, la movilización patrimonial va a ser de un sólo tipo de sujetos de nominados "participantes", los cuales con sus aportaciones van a dar la totalidad de lo que se va a sortear, más cantidades extras como ganancias para lo que en sentido también estricto sería un simple intermediario, tal es el caso de la Lotería Nacional o Pronósticos Deportivos.

Mientras que en materia de contratos civiles, las aportaciones deberán ser recíprocas y en cantidad proporcional, por lo que ratificando lo ya señalado, se le podría dar conceptualización cualquiera a este tipo de hechos, pero en ningún momento el de contratos y mucho menos aún el de contratos civiles. Dado que el resultado del acto jurídico contractual, debe considerarse como una norma de la cual emanan derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen, y no también para un simple intermediario.

Ahora bien, dado que el presente apartado tal y como ha quedado señalado, es el establecer la calidad contractual o negar esta, en cuanto a los hechos regulados por las Leyes especiales, denominados juegos, sorteos y rifas ya permitidos o prohibidos sin intervención de la legislación civil, pues bien, es necesario para ello, establecer los elementos esenciales que se requieren para la formación de un contrato, y estos son, en términos generales: El Consentimiento y el objeto.

El consentimiento como elemento de existencia, es la intención de la celebración de un acto jurídico, el ánimo o resolución de hacer una cosa, es la voluntad, y la voluntad desde el punto de vista jurídico, es esa intención para la realización de un acontecimiento referido a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma

En los actos plurisubjetivos la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto se llamará consentimiento

Por lo anterior, en el contrato, el consentimiento es la unión o conjunto acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Como conclusión de lo anterior, podemos establecer que, si en un determinado supuesto no existiera esa unión, conjunción o comunión a corde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o una o varios actos mono subjetivos que originarán consecuencias de derecho, pero en ningún momento existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de éste, el que se da del consentimiento con la acepción señalada.

El objeto como elemento de existencia del contrato, puede ser la conducta, que viene a ser tanto el objeto del contrato, como el objeto del derecho en general, lo que es importante en este punto, es el recalcar que tal conducta debe ser humana -y no dejarla al azar-, ya que el derecho sólo puede concebirse referido al hombre, y tal conducta puede manifestarse como una prestación -situación activa, móvil, dinámica- o como un abstención -situación pasiva, inmóvil, estática-.

Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación, puede encausarse como un hacer algo; si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, se podrá encausar como un dejar de hacer algo.

En cuanto a la conducta a realizar, esta debe ser, en cuanto a su contenido de la prestación de "hacer algo", debe ser posible y lícito, este "hacer algo" en la especie se representa como la acción de apostar, jugar o sortear alguna cantidad o bien específico, lo cual si en un momento puede ser posible su realización, el carácter de ilícito lo dará la falta de autorización y por consiguiente no dará consecuencias de derecho. Como conclusión a lo anterior, de los razonamientos referidos, al no dar efectos jurídicos que se transformarían en la generación de derechos y obligaciones se perdería todo posible carácter de una relación contractual, que ya como en múltiples ocasiones se ha referido es el objetivo primordial de los contratos

**'EL JUEGO DE AZAR ES
MAESTRO DE LA PEREZA,
INSTRUMENTO DE AVARICIA,
OFICINA DE ENGAÑOS,
DESTRUCCION DE LA HACIENDA
MATERIA DE RIÑAS, ESTRAGO
DE COSTUMBRES, COMGOJA
DEL ANIMO Y PERPETUO
TORMENTO'.**

**'FRAY JERONIMO DE
OVIEDO'**

C A P I T U L O V .

C O N C L U S I O N E S .

C O N C L U S I O N E S .

1 - El Juego y la Apuesta como contratos, aparecen definidos hasta hace muy poco tiempo por la doctrina clásica francesa, así mismo, estos se encuentran regulados en casi todas las legislaciones en forma por demás irregular.

2 - La clasificación estrictamente jurídica del Juego y de la Apuesta obedece a su grado de licitud, y así los distinguimos en Juegos y Apuestas permitidos y prohibidos, y a su vez los primeros los podemos subdividir en Juegos de destreza o pura habilidad, los Juegos de Azar y, los mixtos.

3 - En estricto Derecho, se consideran prohibidos a los Juegos de azar, los que actualmente se encuentran sancionados penalmente en nuestro país y regulados por una Ley Especial, la Ley Federal de Juegos y Sorteos, la que establece tal calidad o la que autoriza a los que carecen de ella y por consiguiente se consideran permitidos.

4 - Nuestra Legislación Civil no diferencia entre el Juego y la Apuesta, por lo que hay que distinguirlos, dado que el primero tiene por objeto la distracción o la ganancia o ambas y ha de referirse a un acontecimiento futuro que han de realizar los participantes. Mientras que la segunda tiende a demostrar una afirmación o la solución de una duda, y que no debe de tratarse de un hecho que realicen o vayan a realizar las partes.

5 - En los contratos aleatorios en general, las partes desconocen los provechos o gravámenes que tendrán cada uno de ellos, mientras que en el Juego y la Apuesta se conocen estos, y lo único que se ignora es quien será acreedor o deudor en el cumplimiento de lo pactado.

6 - La Legislación Civil, para que pueda ocuparse del Juego y de la apuesta, debe hacerse de los que sean normativamente significativos, esto es, el Juego y la Apuesta con interés, ya que deben importar una utilidad posible para el ganador, por que evidentemente no interesa el Juego o la Apuesta que no se hagan por dinero o por algún objeto susceptible de apreciación pecuniaria, dado que aquí no habría un acto aleatorio ni aún oneroso, por lo que no pueda denominarse contrato mientras no surjan obligaciones.

7.-La Legislación Civil no concede acción para reclamar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de un Juego o Apuesta prohibidos; y dado que los contratos son por excelencia fuente de obligaciones y los de Juego y Apuesta no las generan, no es de denominarlos contratos en términos del Código Civil.

8.- Los Juegos y Apuestas permitidos por la Ley Especial, para celebrarse con esta calidad, deberán ser autorizados y supervisados por la Secretaría de Gobernación, autoridad que tiene las facultades necesarias para obligar a su cumplimiento en base al permiso otorgado para su celebración, sin la intervención de la Ley Civil.

9 - Si la Ley ha enumerado entre los delitos regulados por una Ley Especial a los Juegos de azar, y les ha negado toda clase de acción civil para reclamar la deuda contraída en ellos, sería absurdo que siendo estos contrarios a la moral y al orden público los tribunales sancionarán los efectos de un hecho ilícito, y más aún dárles la denominación de contratos, en el entendido que estos no deben de tener cláusulas contrarias a la moral, al derecho y a las buenas costumbres, y en la especie, el objeto mismo de ellos recae en la hipótesis anteriores.

10.- En nuestro país, como en todos los que permiten los Juegos y las Apuestas, estos se rigen por Leyes Especiales o de excepción y bajo la vigilancia tolerante del Estado, sin que afecte e intervenga la Legislación Civil, por lo que la regulación de aquellos por esta, es por demás innecesaria.

BIBLIOGRAFIA
GENERAL.

AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO,
CONTRATOS CIVILES,
EDITORIAL PORRUA

BONNECASE, JULIAN,
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL,
TOMO II, EDITORIAL CAJICA MEXICO.

COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT HENRY,
CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL,
TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES,
TOMO II, 2a. EDICION,
INSTITUTO EDITORIAL REUS.
MADRID, ESPAÑA, 1943.

DIGESTO.

ENNECERUS, KIPP Y WOLF,
DERECHO CIVIL,
EDITORIAL BOSCH,
BARCELONA, ESPAÑA, 1947

ENNECERUS, LUDWING,
TRATADO DE DERECHO CIVIL,
VOLUMEN PRIMERO,
BARCELONA 1955.

ENNECERUS, LUWING,
DERECHO DE LAS OBLIGACIONES,
VOLUMEN SEGUNDO,
BARCELONA 1941

LAPAILLE, HECTOR,
DERECHO CIVIL,
TOMO II, CURSO DE CONTRATOS,
EDITORIAL BIBLIOTECA ARGENTINA,
BUENOS AIRES 1928

LOPEZ DE ZAVALA, FERNANDO J.,
TEORIA DE LOS CONTRATOS,
EDITORIAL ZAVALAZ,
BUENOS AIRES, 1978.

LEYES DE PARTIDAS.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE,
COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL,
TOMO XII,
INSTITUTO EDITORIAL REUS,
ESPAÑA 1931.

MAZEUD, HENRY, LEON Y JEAN,
LECCIONES DE DERECHO CIVIL,
VOLUMEN IV,
TRADUCCION DE LUIS ALCALA ZAMORA,
EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA,
BUENOS AIRES, ARGENTINA.

ORTIZ URQUIDI, RAUL,
DERECHO CIVIL,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO 1982.

PINA, RAFAEL DE,
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO,
"CONTRATOS EN PARTICULAR",
VOLUMEN IV, 3a. EDICION,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO 1974.

PLANIOL,
TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS,
1974

POHIER, R.J.
TRATADO DE LOS CONTRATOS,
BUENOS AIRES, 1978.

RICCI, FRANCISCO.
DERECHO CIVIL, TEORICO Y PRACTICO,
TOMO XVIII,
EDITORIAL ESPAÑA MODERNA.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL,
DERECHO CIVIL MEXICANO,
CONTRATOS, TOMO VI, VOL. I 3a. EDICION,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO 1977.

RUGGIERO, ROBERTO DE,
INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL,
(DERECHO DE OBLIGACIONES),
TOMO II, VOL. II,
TRADUCCION DE ROBERTO SERRANO Y JOSE SNTA-CRUZ,
INSTITUTO EDITORIAL REUS, MADRID.

SANCHEZ MEDAL, RAMON,
CONTRATOS CIVILES,
MEXICO 1982.

TREVIÑO GARCIA, RICARDO,
CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES,
TOMO II, 4a EDICION,
MEXICO, 1981

ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL.
CONTRATOS CIVILES,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO 1981.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA,
TOMO XVII

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA
EUROPA-AMERICANA, ESPASA-CALPE.

LEGISLACION.

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- CODIGOS CIVILES DE MEXICO DE 1870 Y 1884.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928.
- LEY ORGANICA DE LA ADMINISTACION PUBLICA FEDERAL.
- LEY FEDERAL DE EMERGENCIA SOBRE JUEGOS Y APUESTAS DEL 4 DE MARZO DE 1943.
- LEY FEDERAL DE JUEGOS Y SORTEOS.
- LEY DE LA LOTERIA NACIONAL.

[Handwritten signature and date]
9 E. 10/11/45