

12 de junio de 1954.

POSIBILIDAD DE INSTALAR EN TANGER UNA CASA DE JUEGO

- Aspectos moral, jurídico-público y jurídico-privado del problema del juego.
- Posición de los moralistas
- Tesis justificativa de ciertos sectores filosóficos.
- Análisis de la filosofía cristiana.
- Tratamiento del juego en el Derecho público, Derecho penal y Derecho administrativo.
- Regulación jurídica del juego.
- Antecedentes históricos.
- Jurisprudencia de los pretores.
- Permiso por Justiniano de algunas clases de juego.
- El «Ordenamiento de las Tafurerías- de Alfonso X el Sabio.
- Reglamentación del juego por el Ordenamiento de Alcalá.

LEGISLACION ESPAÑOLA

Derecho penal

- Juegos ilícitos.
- Las rifas y las loterías.
- Delitos contra las buenas costumbres.
- Delitos de «peligro del patrimonio».
- Juegos lícitos y juegos prohibidos.
- Diferencia entre juego y apuesta.
- Juegos mixtos.
- Juegos de envites, suerte o azar.
- Posición de la jurisprudencia.
- Sujeto y elementos del delito.
- Casas de juego.
- Formas de participación en el delito.
- Comiso de los efectos e instrumentos del delito.
- Diferencias entre delito y falta.

Derecho administrativo

- Reglamentos de policía y regulación de los juegos permitidos o lícitos.

Derecho civil

- Consideración civil del juego.
- Naturaleza jurídica del juego y del contrato de juego y de apuesta.
- Definiciones de los contratos de juego y de apuesta.
- Caracteres.
- Contratos bilaterales y aleatorios.

- Derecho romano.
- Falta de acción para reclamar lo ganado.
- Derecho foral: Cataluña. Navarra. Vizcaya.

Legislación marroquí

- Legislación tangerina sobre el juego.
- El problema del juego en la legislación tangerina.
- Modificación de la eficacia de las normas jurídicas.
- *Derogatio*.
- *Abrogatio*.
- *Obrogatio*.
- El problema de las aguas territoriales argelinas.
- Aguas territoriales.
- Competencia del Comité de Control.
- Sanciones penales y comisas.
- El juego como elemento vitalizador de la vida tangerina.
- Establecimiento de la casa de juego en un buque.
- Concesión temporal para el establecimiento y ejercicio del negocio del juego.

DICTAMEN

SOBRE LAS POSIBILIDADES DE INSTALACION y EXPLOTACION DE UNA CASA DE JUEGO EN TANGER

La consulta se puede centrar, según en el título se indica, sobre las distintas posibilidades jurídicas que existen para la instalación en Tánger de una casa de juego.

El problema debe ser enfocado desde los siguientes puntos de vista:

- A) El problema del juego considerado en sus aspectos moral, jurídico-público y jurídico-privado.
- B) La legislación española sobre el juego.
- C) La legislación tangerina.
- D) Posibilidades en vista de los anteriores extremos.

* * *

A) EL PROBLEMA DEL JUEGO CONSIDERADO EN SUS ASPECTOS MORAL, JURÍDICO-PÚBLICO y JURÍDICO-PRIVADO

El problema del juego es un problema fundamentalmente moral. De esta consideración arranca toda la regulación jurídica que el mismo ha sufrido a lo largo de la evolución histórica. Los moralistas, partiendo de Aristóteles, consideraban al juego como un mal social en base de la doble consideración de pérdida de tiempo y de riesgo para el patrimonio del jugador que dicha actividad implica. Sin embargo, no faltaron quienes trataron de justificar esta institución entre determinados sectores, principalmente de la Filosofía epicúrea, que veían un doble valor en el juego: como pasatiempo y como enaltecimiento del riesgo que implica aquella actividad.

Fue la Iglesia católica la que desde un comienzo opuso, por ser contraria esa actividad a sus doctrinas, la más formal repulsa al juego.

Toda la civilización occidental que fundamentalmente se inspira en las fuentes de la filosofía cristiana trató por diversos modos de repudiar el juego, al que únicamente se disculpaba cuando reuniera los requisitos de mero pasatiempo o distracción y sin riesgo sensible en el patrimonio y personas de los jugadores.

Esta concepción moral, que sociológicamente ha tenido un extraordinario alcance, tuvo la correspondiente repercusión jurídica en los distintos ordenamientos.

Al objeto que aquí nos interesa, y desde un punto de vista genérico, conviene distinguir el trato que el juego ha tenido en la esfera del Derecho público y del Derecho privado.

En cuanto al Derecho público, ha sido tratado el juego:

- a) El Derecho penal.
- b) El Derecho administrativo.

En cuanto al Derecho privado, es el Derecho civil quien se ocupa fundamentalmente del juego.

Al Derecho civil interesa el juego porque es un contrato aleatorio; al Derecho administrativo, para la reglamentación de los juegos lícitos, y al Derecho penal, para la represión de los juegos prohibidos denominados ilícitos en el nuevo Código penal español.

REGULACION JURÍDICA DEL JUEGO. ANTECEDENTES HISTORICOS

Los juegos de azar fueron perseguidos en la antigua Roma y la jurisprudencia de los pretores actuó de modo incesante en su contra, negando toda acción por los insultos, malos tratos y robos de que fueron víctima los suscriptores o dueños de casas de juego. Justiniano permitió, como lícitos y morales, los juegos tolerados por las leyes Titia, Publicia y Cornelia, y entre ellos los gimnásticos, carreras, saltos, lanzamientos de dardos, carreras de caballos, etc.; pero prohibió a los ricos jugar en ellos más de un *solidum* cada vez.

Alfonso X el Sabio promulgó el «Ordenamiento de las Tafurerías», que reglamenta el juego y los locales destinados al mismo, lo que prueba el arraigo en su época de este vicio social. Prohibidas las tafurerías o casas de juego por Alfonso X, prontamente el «Ordenamiento de Alcalá» vuelve a reglamentar el juego, castigando a los militares que en ellos tomaren parte.

B) LA LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE EL JUEGO

1. DERECHO PENAL

JUEGOS ILICITOS

El Código de 1822 colocaba en el capítulo de las estafas y engaños (parte III: Delitos contra particulares) el usar trampas en el juego (art. 767) y las rifas sin permiso del Gobierno (art. 769). El de 1848 creó un título para los juegos y rifas, adonde se trajo el uso de medios fraudulentos en el juego para asegurar la suerte, copiando en lo demás el artículo 410 del Código penal francés, aunque sacaba los juegos ilícitos de los delitos contra los particulares, que es donde se hallan en aquel texto, colocándolos los últimos de los cometidos contra la sociedad, criterio que ha prevalecido desde entonces en nuestra legislación. Alabaron PACHECO y ALVAREZ el que el Código penal de 1848 no castigase por delito a los jugadores. «Esto -decían los comentarios de ALVAREZ y VIZMANOS- es lo que constituye la bondad de la Ley, esto lo que la hace más eficaz contra los juegos prohibidos que todas las penas establecidas en nuestra antigua legislación, y que toda la severidad de los bandos de los alcaldes, corregidores y jefes políticos. No es el jugador que pierde su dinero a quien hay que tratar con severidad añadían-, sino al que lleva la banca, al dueño de la casa o establecimiento.» Reputábase también efficacísimo el comiso, no sólo de dinero y efectos públicos en juego y de los objetos, instrumentos y útiles destinados a él, sino el de los muebles de la habitación que, siguiendo el modelo francés, se establecía. En 1850 la reforma elevó a delito la

falta del que antes era número 2.º del artículo 482 (tomar parte en juegos de envite o azar en casas destinadas a este objeto), penando específicamente la reincidencia, tanto de los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite o azar, como la de los jugadores. El Código de 1870 conservó sustancialmente el sistema anterior, sin más variación que la de formar un artículo con los empresarios y expendedores de billetes de loterías o rifas no autorizadas, y los que en el juego o rifas usaren de medios fraudulentos para asegurar la suerte, de los que se decía «serían castigados como estafadores», marcando con ello un retorno parcial al criterio de 1822; se suprimió, entonces, el comiso de los muebles de la habitación, por entender que estas cosas no tienen directa relación con el delito (GROIZARD). Por Real Decreto de 20 de abril de 1875, al que dio fuerza legal el de 17 de junio de 1876, se preceptuó que las rifas celebradas contraviniendo lo que en él se disponía constituirían delito de defraudación, que había de castigarse administrativamente con multa del cuádruplo del derecho defraudado (art. 9.º); apoyándose en dicho Real Decreto, la jurisprudencia sentó la doctrina de que las rifas no autorizadas ya no eran delito (Ss. de 3 de enero de 1884 y de 27 de marzo de 1893), opinión discutible, pero conforme con la naturaleza de la infracción, más administrativa que criminal, si se tiene en cuenta que las rifas celebradas por particulares sin autorización no entrañan inmoralidad intrínseca desde el momento en que *los Estados acuden a las loterías como fuente de ingresos*. A pesar de la doctrina del Tribunal Supremo, en 1932 se reprodujo la regulación del Código de 1870, mantenida de esta manera hasta el vigente, en el que el valerse en el juego de medios para asegurar la suerte es sólo estafa (art. 529, 8.º) Y desaparece el delito de emisión y expedición de billetes de loterías o rifas no autorizadas, reducido a una defraudación que se pena en la Ley de Contrabando y Defraudación de 14 de enero de 1929.

Los juegos ilícitos, Título VI del Libro II en el texto refundido de 1944, están, pues, configurados en nuestra legislación como delitos contra la sociedad. La mayor parte de los comentaristas destacaron desde el primer instante la idea de que los juegos prohibidos constituyen un delito contra las buenas costumbres y un peligro para el orden público en cuanto que son las fuentes de otros delitos. De vicio califica el juego y de casas de inmoralidad moteja a las de juego D. CIRILO ALVAREZ. PACHECO dice que si el juego de suerte o azar en sí mismo no es una acción mala, es, por lo menos, la más común y fecunda de las preparaciones para cometer malos hechos. El juego, agrega, «es el semillero de infinitos desórdenes: en su abismo se desvanecen como el humo los caudales, el amor al trabajo; no hay mal, no hay crimen, que no nazca espontánea y brevemente de su costumbre». Para GROIZARD, aunque el juego es un vicio que conduce al hombre fácilmente a la degradación moral y puede arrastrarle a todo género de infamias y delitos, causando frecuentemente la ruina de muchas familias, no era un verdadero delito, si bien, por ser un gran mal social, la Ley debe prohibirlo, sin que, en definitiva, pueda condenarse que los Gobiernos refuercen las leyes administrativas como sanciones penales. VIADA insiste también en que los juegos ilícitos «no sólo afectan a la fortuna y comprometen la paz y la dicha de las familias, sino que relajan las costumbres, pervierten y extravían los más nobles instintos y son el foco inmundado de donde salen gran parte de los odios y crímenes que manchan desgraciadamente los anales de todas las épocas».

Por el contrario, en las legislaciones extranjeras se consideran generalmente los juegos prohibidos como delitos de peligro del patrimonio; así, VON LISZTSCHMIDT, destacando algunos autores (A. MERKEL) que lo que en primer término se busca es

proteger a ciertas personas, que no podrían resistir la tentación de jugar desatinadamente, contra los peligros a que exponen con ello su existencia económica y moral, y señalando el parentesco con otras disposiciones de índole tutelar, como las relativas a la usura y a la explotación de menores

JUEGOS ILICITOS y JUEGOS PROHIBIDOS

El juego es una actividad económicamente irrelevante, de cuyo resultado los que en él intervienen hacen depender una pérdida o ganancia (FRANK). Muchas y diversas son las opiniones sobre la diferencia entre juego y apuesta, apoyadas unas en criterios puramente objetivos, y otras en puntos de vista subjetivos. El Diccionario de la Real Academia define el apostar como un pacto por el que los que lo hacen se obligan a que el que esté equivocado o no tenga razón pague una cantidad o pierda alguna cosa. Esta acepción, marcadamente subjetivista porque ve en la apuesta una lucha de opiniones, no es, a nuestro juicio, admisible en el terreno jurídico, en el que hay que partir de un principio objetivo de delimitación. El juego requiere la realización de una actividad, por más que sea indiferente el que proceda de un tercero. Si dos personas porfían sobre si una ciudad se halla situada en Asia o no y se comprometen a que quien esté equivocado pague al otro una cantidad (ejemplo de FRANK), no hay juego, pues el resultado no depende de actividad ninguna de las partes ni de un tercero. Si la actividad de la que pende la pérdida o ganancia tiene un significado económico, tampoco habrá juego, v. gr., el caso en que se vincule una elevación de salario a un mayor rendimiento, o cuando se haga depender la participación de un socio en los beneficios del hallazgo de un determinado invento.

Los juegos se dividen en lícitos y prohibidos. Se hace residir la distinción en que el resultado dependa o no de la habilidad de los jugadores. Juego prohibido es aquel en que la decisión se encomienda al acaso. Lícito aquel en que la ganancia o pérdida están deferidas a la destreza del jugador. La separación entre unos y otros no es tan nítida, sin embargo, como fuera de desear, porque hay juegos en los que, entremezclados el azar y la destreza, no pueden encontrar cómodo asiento en una de las dos categorías de que hemos hablado. Acostumbran a denominarse estos últimos mixtos y, en principio, se admite su licitud (CHAVEAU y HELIE, GROIZARD). Viene a coincidir la clasificación con la de juegos de entretenimiento, que son los lícitos, y de azar los prohibidos. En unos y otros suele mediar un interés y, por consiguiente, éste no puede servir de criterio diferencial; más, sin género de duda, cuando en un juego de azar no media cantidad alguna o su modicidad muestra a las claras que sólo por mero esparcimiento y distracción se jugaba, desaparece la ilicitud. Por el contrario, un juego en sí lícito, por depender del cálculo o inteligencia de los que en él intervienen, puede ser considerado como de azar y, por consiguiente, ilícito, cuando un jugador o varios desconocen por completo las reglas del juego; ésta, al menos, es la opinión de FRANK, SABATH y SEELIG.

En nuestro Derecho no se da en parte alguna definición de los juegos prohibidos. Del Código civil (art. 1.798) se desprende que son los de envite, suerte o azar, estableciéndose en este mismo cuerpo legal que «no se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza» (artículo 1.800). También falta definición de los juegos

de envite, suerte o azar. El Código de 1928 (art. 743) es el único que, recogiendo la jurisprudencia sobre este extremo, dio un concepto de juegos de azar: «Para los efectos de este Código -decía- se considerarán juegos de azar todos aquellos en que, mediando interés, la ganancia o la pérdida dependan totalmente o casi totalmente de la suerte, sin que influya en ellos la natural y lícita habilidad de los jugadores.» Dentro de la doctrina recogida por el Código de la Dictadura se mantiene la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1934, sobre vagos y maleantes, que en su número 5.º advierte, analizando la sentencia de 12 de febrero de 1901, que el juego de suerte o azar es aquel «cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso » y de envite son aquellos «en que se apuesta dinero sobre lances determinados », agregando que «la prohibición comprende estos juegos, únicamente cuando media interés, cuando se realizan con fines de lucro, que, sólo entonces se convierten en ilícitos, tanto en sí mismos, porque se confían a las veleidades de la fortuna adquisiciones económicas que deben ser únicamente fruto de la actividad laboriosa, como en sus efectos, porque disminuyen la voluntad y la capacidad para el trabajo útil, despiertan desordenados deseos de súbita ganancia, ofrecen ocasión a los fraudes y expoliaciones y son frecuentemente causa de lamentables ruinas familiares, de riñas, de suicidios y de toda clase de delitos. Cuando en el juego de azar o de envite media el interés, agrega la Circular, nada importa que a él se asocien otros fines concurrentes (diversión, beneficencia, etc.); pero no todo provecho que pueda dimanar del juego constituye interés o lucro, porque el juego requiere ordinariamente, por sí mismo, aun tomado como diversión o pasatiempo, la esperanza de algún provecho que lo haga interesante y agradable, y son poquísimos los juegos cuyo aliciente consista en satisfacciones puramente intelectuales; así es que cuando el provecho económico que en el juego se disputa es tan exiguo que, en conjunto, carece de relevancia jurídica, en relación con las circunstancias todas de quienes en él participan, debe estimarse que se trata de mero recreo o pasatiempo sin caracteres de ilicitud».

Muchas son las circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Reales Ordenes dedicadas a los juegos de que venimos tratando, ya encareciendo su persecución, ya supliendo la brevedad del Código penal. De éstas merecen destacarse: la Circular que en 14 de septiembre de 1888 dirigió el Ministro de la Gobernación a los gobernadores con instrucciones concretas para impedir el establecimiento o continuación de juegos prohibidos, determinando en su regla 6.ª que, en caso de duda sobre la licitud, «deben considerarse como ilícitos todos aquellos en que resulten a favor de los banqueros ventajas concedidas, especialmente si éstos lo son con carácter permanente, aunque estén representados por diferentes personas». La Circular de 14 de octubre de 1889, emanada de la Fiscalía del Tribunal Supremo, aborda la cuestión de los juegos mixtos de azar y de cálculo y destreza, «que se confunden ora con los permitidos, ora con los prohibidos, según la proporción más o menos apreciable de ambos elementos. Tolerarlos o perseguirlos es cuestión imposible de resolver *a priori*, reconoce la Circular, y, por tanto, debe encomendarse al prudente arbitrio de la Autoridad a quien corresponde averiguar los hechos y estimarlos en su verdadero valor». Dicha Circular declara asimismo que incluso los juegos lícitos «se convierten en ilícitos cuando interviene envite o apuesta que se hace, añadiendo al interés que representan los tantos ordinarios cierta cantidad que se aventura a un lance o suerte».

La jurisprudencia se ha pronunciado por la ilicitud del bacará, el coin pendant, la lotería, el monte, la ruleta, el treinta y cuarenta, la treinta y una con banca y la veintiuna, a que hay que añadir los llamados «jardinera moderna» y «eléctrico japonés» por Orden de 4

de diciembre de 1934, y las siete y media y el barrot, así como todos los que consisten en ganar o perder sin especie alguna de combinación, apuntados en la Circular de 14 de octubre de 1889. La frase «partida de banca» vale tanto como juego de azar.

SUJETO y ELEMENTOS DE ESTE DELITO

No se entienda por lo que llevamos dicho que los juegos prohibidos sean por sí punibles. El concepto penal es más restringido que el civil. No basta la ilicitud del juego, sino que se precisa cierta publicidad y descaro para que se convierta en delito o falta. Para que sea delito se requiere que tenga lugar en una casa de juego; para que sea falta (art. 575), un sitio o establecimiento público.

Cometen delito los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite o azar y los jugadores que concurren a ellas (art. 349).

Casas de juego son las dedicadas de manera habitual a la explotación de este vicio, pudiendo establecerse a pesar de su nombre en un piso o habitación sin perder por ello su calidad de tales. Dueños son no sólo los propietarios de ellas, sino también los arrendatarios de las habitaciones que están instaladas, estén directamente interesados en el juego o no, pues sin su anuencia y conocimiento no se podría jugar. Con el nombre de banqueros, dice VIADA, se designan todas aquellas personas encargadas en las casas de juego de la dirección del mismo, las que serán responsables del delito, tanto si se hallaren ser tales banqueros momentáneamente como si lo fueran habitualmente. Jugadores son las personas que toman parte en el juego; no lo es el que estando en una casa de juego se limita a presenciarse sin intervenir en él.

La reincidencia es una causa específica de agravación, lo mismo para los dueños o banqueros que para los jugadores. Ocurre en éste como en otros pasajes del Código que lo que originariamente fue concebido como un tipo agravado da lugar en algunas hipótesis a un beneficio, en virtud de los términos en que ha quedado redactado el número 6.º del artículo 61. Ahora, conforme a las reglas generales que este precepto establece, en cualquier delito, caso de segunda reincidencia, la pena tiene que ser la superior en uno o dos grados a la consignada en la Ley para el delito de que se trate. Mas como el artículo 59 dispone que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que la Ley haya expresado al describir y penar un delito, dicho se está que la regla 61 no tiene aplicación a la reincidencia en juegos ilícitos, por donde el propósito agravatorio del legislador aparece inequívocamente hasta que se da la segunda reincidencia, ya que hasta este momento si no estuviese, como sucede, especialmente prevista en el artículo 349, no se podría aumentar la pena por encima del grado señalado para el delito básico; mas cuando concurra la segunda reincidencia el Tribunal no podrá nunca imponer la pena superior en dos grados, límite que autoriza el artículo 61 en su número 6.º por estar expresamente determinada la pena (superior en un grado la privativa de libertad y multa para los dueños y banqueros; la misma de arresto mayor, con una multa más elevada, para los jugadores); y aquí es donde el injustificado favor se revela.

La participación suscita dificultades análogas a las que se presentan en los demás delitos que sólo pueden ser cometidos por *intraanei*, pues estos de que hablamos pertenecen a los *delicta propria*, es decir, son de aquellos en los que se requiere para ser autor una

determinada calidad personal. Autores del número 1.^o del artículo 14 no serán, pues, quienes no sean dueños, banqueros o jugadores. Pero, teniendo en cuenta el principio de la accesoriedad en la participación, no hay inconveniente en admitir una inducción, auxilio necesario o complicidad tanto para los supuestos comprendidos en el párrafo primero del artículo 340 (dueños y banqueros de casas de juego de suerte, envite o azar) como en el segundo (jugadores).

Es posible el concurso con la estafa del número 7.^o del artículo 529, pues uno es delito contra el patrimonio y otro contra la sociedad.

Sobre el comiso que establece el artículo 350 se acostumbra a afirmar con VIADA que se podía haber excusado en este lugar cuando ya se dice en el artículo 48 que toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Mas la crítica no está completamente justificada porque el artículo 350 tiene mayor amplitud que la que a la pena de pérdida o comiso de los efectos o instrumentos del delito se atribuye, pues en el juego alcanza al dinero o efectos y a los instrumentos y útiles destinados al juego, cualquiera que sea el lugar en que se hallen. El comiso, por consiguiente, comprende, además del dinero que los gananciosos hayan obtenido en el juego, el que a él estaba destinado, si bien aquí sea conveniente limitar el alcance reduciéndolo al comiso del dinero que esté sobre las mesas de juego; y se extenderá el comiso no sólo a los instrumentos con que el delito se haya realizado, sino también a todos los que pensasen sus dueños dedicar al juego, aunque la historia ya conocida del artículo en cuestión obligue a excluir, desde luego, el mobiliario de las habitaciones en que se juega, excepción hecha, naturalmente, de las mesas de juego mismas.

La diferencia con la falta del artículo 575, consistente en promover o tomar parte en cualquier clase de juegos de azar que no fueren de puro pasatiempo y recreo, en sitios o establecimientos públicos, se desprende del concepto de casa de juego. Entre el juego ilícito en casas destinadas a tal fin y el juego de azar en las moradas particulares, impune porque a tanto no debe llegar la fiscalización de las vidas privadas, está la falta de jugar o promover juegos de azar en establecimientos públicos. No es la publicidad, como sostienen algunos (VIADA), la nota verdaderamente diferencial, porque públicas son también, en general, las casas de juego si la publicidad se refiere al acceso; y reservados son, por lo común, los lugares de los establecimientos públicos en que se juega a los prohibidos, como reserva hay en las casas de juego frente a la acción policial. Lo que diferencia el delito de la falta es la accidentalidad del juego de ésta, la habitualidad en aquél.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO

Por ser el Derecho administrativo fundamentalmente nacional no interesa de una manera específica a nuestro estudio ni siquiera como antecedente para el objeto que aquí perseguimos. Téngase en cuenta, sin embargo, que son los diversos Reglamentos administrativos de tipo local los que regulan esta actividad.

Ahora bien, dichos Reglamentos tienen una doble característica:

En primer término, son todos ellos Reglamentos de policía, esto es, se trata de salvaguardar administrativamente los principios que regulan las sanas costumbres de los ciudadanos.

En segundo término, todos los Reglamentos administrativos vigentes a la sazón en España se refieren tan sólo a la regulación de los juegos llamados permitidos o lícitos, lo que escapa también del margen del presente dictamen.

3. CONSIDERACION CIVIL DEL JUEGO

Numerosos problemas plantea el problema del juego considerado como contrato desde un punto de vista exclusivamente civil. Al objeto del presente dictamen únicamente interesa el de la caracterización del juego en cuanto a su naturaleza jurídica.

Varios son los criterios que han sido adoptados para caracterizar los contratos de juego y de apuesta. He aquí ejemplos:

a) El juego, dice ZACCARIE, es un convenio recíproco de ganancia a cargo y de pérdida a favor de la otra parte, según el éxito de un evento incierto, sobre el cual influyen las partes, bajo la observancia de determinadas reglas. y la apuesta, un contrato, a consecuencia del cual gana, a cargo de la otra, la parte que tiene razón en una controversia sobre la verdad o falsedad de una opinión.

b) A juicio de MIRABELL, la mejor definición del juego es la de ZACCARIE y la mejor definición de la apuesta la que ofrece el Código austriaco, que en su artículo 1.270 expresa que hay apuesta «cuando las partes, por un acontecimiento todavía desconocido para ambas, establecen un precio determinado para satisfacer a aquella cuya aserción sea confirmada por el éxito».

VENZI, PLANIOL y otros juzgan asimismo que en el juego es indispensable la actividad de las partes contratantes.

c) PACIFICI-MAZZONI escribe: *el juego* «es un convenio mediante el cual dos o más personas, poniéndose a jugar, se obligan a pagar a la que venza una suma de dinero u otra cosa determinada». «La apuesta es un convenio mediante el cual dos personas, de opinión contraria sobre una materia cualquiera, estipulan que aquella cuya opinión sea reconocida verdadera y justa recibirá de la otra una suma de dinero o cualquier otra cosa determinada.»

Análogamente se expresan DERNBURG, LOMONACO y BAUDRY-LACANTINERIE.

Los contratos de juego y apuesta son contratos bilaterales onerosos y condicionales, con condición especial: son bilaterales porque ambos contratantes quedan obligados, aunque bajo condición, en el momento en que se perfecciona el contrato. Son onerosos, porque ambos contratantes quedan sujetos entre sí a prestaciones equivalentes (no quiere decirse iguales), sujetas a una condición.

Son aleatorios para ambas partes contratantes. Es un error del Código francés, como se ha observado por PLANIOLE, reconocer que puede ser aleatorio para uno solo de los contratantes; es la negación misma del contrato. No es verdad, según se expresa en el Código civil español, que una de las partes se obliga solamente; se obligan ambas bajo una condición. Por esto se comprende que se afirme que en los contratos aleatorios no sea admisible la acción rescisoria por lesión; es esencial en ellos, para las partes, las probabilidades de pérdida (si el interés es patrimonial), compensadas con las de ganancia.

Y determinando el resultado del evento pretensiones a favor de uno de los contratantes, a éstos no puede serles indiferente el evento en sí, como piensa MANENTI. No es indiferente obtener un número u otro, verbigracia, en el sorteo de la *lotería*; importa que sea el número premiado.

Por considerar, sin duda, que el juego y la apuesta, como contratos, no responden a legítimos intereses de la vida, el Código civil alemán, en su artículo 782, establece que aquellos contratos no fundan ninguna obligación, y el Código federal suizo de obligaciones, en su artículo 513, dice que no originan ningún derecho de crédito.

Los romanos utilizaban la *sponsio* para la apuesta, o un pacto, acompañado de depósito de la apuesta (D., XIX, 5, 17, 5). No se olvide la puesta procesal en la *legislatio sacramento*. Las apuestas tenían validez. Y por lo que respecta a los juegos, no se permitían sobre dinero, a no ser los que desarrollaban la bravura, *virtutis causa*, o sobre objetos de inmediato consumo en la comida: *quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur* (D., XI, 5, 2, 1, 3, 4). JUSTINIANO limitó a cinco el número de juegos, no excediendo la apuesta de un sueldo (C., III, 43, I). Cabía repetir lo pagado en juegos prohibidos.

De los germanos, cuenta TÁCITO que se arrojaban saltando entre espadas y llamas amenazadoras, que jugaban a los dados en ayunas y que, cuando nada les quedaba, jugaban su libertad y su cuerpo... *extremo ac novissimo iactu de libertate et de corpore condendant* (Germania, 24).

Respecto de la apuesta en relaciones procesales, refiere ANTONIO D'ABBADIE, dice JOBBE DUVAL, que, según los legistas de Abisinia, aquí el demandado provoca a una apuesta, y las apuestas se justifican para que el juez preste atención y no dormite.

En el Derecho español anterior al Código civil se mencionan singularmente, sobre juegos, la Ley 6.ª, Tít. 14, Parto 7.ª, el llamado Ordenamiento de las Tafurerías («las casas públicas de juego de suerte y azar») y 18 leyes del Título 23, Libro 12, de la *Novísima Recopilación*.

Importa aclarar la naturaleza del juego y de la apuesta. Hay contratos de éstos que no producen acción. Lo perdido y no pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges, en cualquiera clase de juego, no disminuirá su parte respectiva de los gananciales, y lo perdido y no pagado por alguno de ellos en juego lícito será a cargo de la sociedad de gananciales, según el artículo 1.411 del Código civil. Y según el 1.406, las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego pertenecen a la sociedad de gananciales.

Por el artículo 1.799 del mismo Código, es aplicable a las apuestas, análogas a juegos de suerte, envite o azar, lo que dispone el 1.798, negando acción para reclamar lo ganado en estos juegos o para repetir lo pagado en ellos.

No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza. Lo expresa así el artículo 1.800 del Código civil, concordando con el 1.966 del Código francés y con el 1.803 del Código italiano.

Qué juegos contribuyen al desarrollo del cuerpo es cosa que el Juez apreciará según las circunstancias.

La razón de que se protejan los juegos que contribuyan «al ejercicio del cuerpo» puede ser histórica: la excepción favorable a estos juegos la encontró el legislador francés «en la legislación romana..., sirviendo para mantener en el pueblo sus instintos eminentemente guerreros». Nosotros la hemos encontrado igualmente en el antiguo Derecho francés, con el mismo carácter. De aquí que los redactores del Código francés fueron llevados a reproducir la excepción, escribe JANOLY. Los Códigos italiano y español siguen el modelo francés.

Pero el Código español ofrece variantes de redacción respecto de los Códigos francés e italiano. Dice así en el artículo 1.800: «No se consideran prohibidos los juegos que contribuyan al ejercicio del cuerpo»; mientras que los otros Códigos exceptúan estos juegos de los demás, que no producen acción. Y en el artículo 1.798 sólo se niega acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, sin distinguir juegos que desarrollen el cuerpo o el espíritu.

A efectos puramente ilustrativos incluimos a continuación el régimen del Derecho foral español sobre el problema del juego.

A) *En Cataluña*

El Derecho romano, de acuerdo con lo que actualmente establece el Código civil (art. 1.798), niega acción para reclamar lo ganado en juego ilícito, esto es, en cualquiera que no tenga por fin la perfección en el ejercicio de las armas o el desarrollo corporal. En cambio, a diferencia de lo que dicho artículo dispone, otorga al que pagó lo perdido en juego ilícito, la *conditio sine causa* para repetir lo pagado.

Se considera, también por Derecho romano, que en los juegos ilícitos la máxima postura en cada partida no debe exceder de un escudo de oro.

Y se fija en cincuenta años el plazo para reclamar lo pagado indebidamente por el que perdió en el juego (*Código de Justiniano*, Libro III, Tít. 43, «De aleat.», Leyes 1.ª, 2.ª Y 3.ª).

B) *En Navarra*

Aparte de las disposiciones del Derecho romano, aplicables en orden supletorio, y que dejamos reseñadas respecto a Cataluña, en Navarra han de tenerse en cuenta las siguientes normas:

«Que no se juegue a dados, ni con naipes vueltos, ni al parar, debajo de ciertas penas.

Habiéndose introducido el juego de los dados, y naipes, para recreación de los hombres ocupados, y alivio de otros cuidados más graves: la avaricia, y ociosidad lo ha convertido en vicio, y profesión principal, en grande daño de la República, y perdición de las haciendas de los particulares: de que nacen blasfemias, y otras muchas ofensas de nuestro Señor.

Y por esto en los más Reinos, y Provincias bien ordenadas hay Leyes, que lo prohíben, y moderan con graves penas contra los que en público, o en secreto van contra ellas. Y aunque en este Reino el cuidado de los Superiores, y algunas Leyes, aunque leves, han detenido algo a los que hacen profesión de semejante ejercicio, y a los que tienen tabagería en sus casas, pública o secreta.

Pero no ha bastado para obviar el dicho daño; porque se entiende, que en muchas partes de él en público, y en secreto se juega con grande exceso, de lo que han resultado graves inconvenientes, señaladamente jugando con dados, y con naipes a los que llama carteta, y vueltos, y todo juego de al parar, que son juegos nuevamente inventados en fraude de las Leyes, con que en muchos Reinos han prohibido los dichos dados, por ser tan perniciosos a la República: en consecuencia de la cual prohibición también la de los vueltos, y los demás arriba referidos: porque en sustancia son formas inventadas para jugar con los naipes de la manera que se juega a los dados, y aun con mayor exceso, que a ellos: de manera, que mudando solo el instrumento de dados en naipes se juega a los dados, que tan odiosos son en todos los Reinos: y en algunos no solamente están prohibidos en el juego : pero aunque se hagan, tengan o traigan de fuera, poniendo muy graves penas contra los transgresores de la tal prohibición.

Y pues no hay menos razón para que aquella se haga en este Reino.

Suplican a Vuestra Majestad renovando la Ley antigua, que ahí acerca de esto, mande: que de aquí adelante en ningún tiempo, persona ni personas algunas de este Reino, ni fuera de él no sea osado de jugar a los dados a ningún juego, que sea público, ni secretamente, ni de hacer, ni mandar hacer ni vender los dichos dados, ni traerlos de fuera, so pena, que el que lo contrario hiciere, tenga de pena veinte ducados por la primera vez: y por la segunda el doble y tantas veces cuantas lo reiterare, se doble la dicha pena: y demás de esto, la persona, o personas, que jugaren o se tomaren jugando a cualquiera juego de dados, haya perdido toda la moneda, y las otras cosas que le tomaren jugando: Y sean todas las dichas penas: la tercera parte para el denunciador, y la otra parte para el Juez que la condenare: y la otra para el Hospital, que hubiere en el Lugar, donde el dicho juego se denunciare: y no habiendo Hospital se reparta a los Pobres, que en el tal Lugar, hubiere: y no habiendo Juez, o Alcalde en el tal Lugar, los jurados pueden serlo, y hacer la dicha aplicación: y aquella se ejecute sin embargo de cualquiera apelación.

Y en caso, que por no haber sido hallados jugando no se ejecutare la dicha pena, que aquel que alguna cosa perdiere a los dichos dados, que lo pueda demandar a quien se lo

ganare hasta ocho días: y el que lo ganare se ha tenido de tornar lo que así ganare: y que si el que lo perdiera hasta ocho días no lo demandare, lo haya para si: y si alguno no lo acusare, ni demandare, que cualquiera Juez, o Alcalde de su oficio sabiéndolo lo ejecute, y sea la mitad para él, y la otra para nuestra Cámara y Fisco. Y que todas las dichas penas sean dobladas contra quien en su casa diere tablas, o lugar para que se juegue a los dichos dados; los cuales solamente se permiten a la Gente de Guerra, y en los cuerpos de guarda, y no a otra persona alguna, ni en otro lugar.

Y porque como está dicho, los dichos juegos de carteta, y vueltos, y al parar, que se juegan con los naipes están introducidos a imitación de los juegos de dados, que también éstos estén prohibidos a cualquiera manera de gente en público, ni en secreto: y el dar lugar a que ninguna casa se juegue a ellos.

Y que los que contravinieren, incurran en las mismas penas que se han puesto contra los que jugaren, o dieren lugar para que se juegue a los dados: que en ello este Reino recibirá merced.»

(Ley 5.a, Tít. VII, Libro IV de la *Novísima Recopilación de Navarra*.)

C) *En Vizcaya*

En Vizcaya, el Título XXXV del Fuero contiene varias Leyes que se refieren: «a que en razón de las penas de juego, tenían una provisión y merced de su Majestad, la cual habían guardado y usado, y que adelante ordenaban, y ordenaron, y establecían que valiese por Ley».

«Otro sí, dijeron: que acerca de los juegos, en que se juega dinero seco los Jueces ejecutores del dicho Condado y Señorío, acusan a los tales jugadores de las penas de las Leyes de estos Reinos, y de ello los vizcaínos recibían mucha fatiga y perjuicio.

Ordenaron, y de aquí adelante querían haber por ley, y establecían por Fuero, que aunque se hallasen jugando o hubiesen jugado hasta en cantidad de dos reales no puedan ser acusados ni denunciados, ni penados, ni ejecutados: salvo si lo fuere jugado en taberna, por el tal juego de taberna sean punidos, sin embargo de esta Ley.»

La Ley 13 de dicho Fuero dice: «que los taberneros no tengan naipes, ni dados, ni bolas, ni otro juego, ni consientan jugar, ni reciban para dormir en su casa a ningún vecino de su anteiglesia: so pena, de dos mil maravedises por cada vez, que lo contrario hiciere, repartidos, la tercia parte para el Hospital, y pobres de aquella anteiglesia, do fuere la tal taberna, la otra tercia parte, para los reparos de los caminos de la misma anteiglesia, la otra tercia parte para el Juez y acusador, que acusaren y ejecutaren a medias».

«Contra los que juegan en las tabernas paguen la pena que dispone la ley del Reino contra los que juegan dinero seco, repartida en la forma susodicha» (Leyes 1.^a, 2.^a 3.^a y 13 del Fuero General de Vizcaya).

Como quiera que en cuanto a la prohibición de los juegos ilícitos rigen las leyes generales de la nación, entendernos que las indicadas no tienen actual vigencia. En todo caso, a falta de disposición foral sobre las acciones que nacen del contrato de juego, rige el Código civil.

4. *LEGISLACIÓN MARROQUÍ*

La legislación marroquí sobre el particular se contiene en las siguientes disposiciones legales:

Dahir 1 junio 1914. Código de obligaciones y contratos del Protectorado de Marruecos. (Libro II, De los diferentes contratos especiales. Título XII, De los contratos aleatorios o de suerte.) Capítulo m, Del juego y de la apuesta.

Art. 760. La Ley no concede acción para reclamar lo que se gana en el juego de suerte, envite o azar, pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.

Art. 761. Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable a las apuestas.

Art. 762. Darán acción para reclamar lo que en ellos se gane en los juegos que contribuyan al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.

Art. 763. El que pierde en un juego o apuesta de los indicados en el artículo anterior queda obligado civilmente.

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

Dahir 1 junio 1941. Código penal del Protectorado de Marruecos. (Libro III, De las faltas y sus penas. Título II, De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.)

Art. 487. Los que en sitios o establecimientos públicos promovieren o tomaren parte en cualquiera clase de juegos de azar que no fueren de puro pasatiempo y recreo incurrirán en la multa de 5 a 25 pesetas.

En caso de reincidencia se les impondrá la pena de arresto además de la multa.

Dahir 16 julio 1917. Artículo adicional al Código penal; define el delito juego.

Cometerán este delito todas aquellas personas que fueren sorprendidas en el lugar donde se realice el juego.

Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite o azar, bien se hallen establecidas aquéllas en establecimientos públicos o en domicilios privados, serán castigados en la pena de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Los jugadores que concurrieren a las casas referidas, serán castigados con la pena de multa de 125 a 1.250 pesetas, cuya cuantía determinarán los Tribunales según su prudente arbitrio.

El dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego serán decomisados a favor del Majzén.

C) *LA LEGISLACIÓN TANGERINA SOBRE EL JUEGO*

Previsto en el artículo 7.º del Tratado de 1912 un régimen especial, Tánger no vio cumplido este propósito hasta el Convenio de París de 18 de diciembre de 1923.

Este convenio especial surgió por la consideración especial que merecía la Ciudad, llave de la entrada del Estrecho.

Tánger, antes y después de los Protectorados, seguía regido por el Majzén, sin más intervención extranjera que la oficiosa de una Comisión de Higiene, órgano creado espontáneamente por los residentes europeos desde el año 1889 y cuya finalidad, aparte de la imposición de unas reglas elementales de higiene pública, consistía en la ejecución de obras en el barrio europeo mediante el pago de una tributación voluntaria de sus habitantes. Después de 1892 fue oficialmente reconocida por el Sultán, primero, y, después, por algunas potencias, ampliando entonces sus funciones a las propiamente municipales.

El Estatuto de 1923 se estableció por Convenio celebrado en París el 18 de diciembre de 1923 entre Francia, Inglaterra y España. Se ratificó el año 1924.

a) La neutralización y desmilitarización.

La finalidad principal del Estatuto, que era asegurar la libre navegación de los ingleses por el Estrecho, se halla en el artículo 9.º del Estatuto.

Sin embargo, a pesar de la neutralización, se permite un derecho de tránsito a las fuerzas que se dirigen a las zonas francesa y española, siempre que avisen previamente el paso y no tarden en cruzar la zona de Tánger más de cuarenta y ocho horas.

Va la neutralización unida a la pacificación interior de Tánger. El artículo 10 prohíbe realizar en la zona de Tánger trabajos de propaganda, agitación o preparación de empresa alguna que tiendan a alterar el orden establecido en las zonas del Protectorado español y francés, hallándose asimismo prohibido todo manejo análogo dirigido contra cualquier país extranjero.

b) El Mendub.

Francia había conseguido que se reconociese la soberanía del Sultán. Representante general era el Mendub, designado por el Sultán (art. 29).

Ejercía funciones:

De Bajá.

Nombraba personal marroquí.

Presidía la Asamblea legislativa.

Promulgaba disposiciones con el refrendo del presidente del Comité de Control.

Ejercía el derecho de expulsión respecto a los súbditos marroquíes, y más restringidamente -previa conformidad de la Asamblea general de miembros titulares del Tribunal Mixto, y, en su caso, del cónsul respectivo- de los extranjeros.

Administrar directamente la población indígena.

Velar por la observancia y cumplimiento del Estatuto y por el pago puntual de los impuestos y contribuciones por la población indígena.

e) Asamblea legislativa internacional.

Estaba presidida por el Mendub y compuesta por los representantes de las Comunidades extranjeras e indígenas: cuatro españoles, cuatro franceses, tres británicos, dos italianos, un belga, un norteamericano, un holandés y un portugués designados por los Consulados respectivos. Y, además, por seis súbditos musulmanes, designados por el Mendub, y tres israelitas, súbditos del Sultán, designados también por el Mendub y elegidos de entre una lista de nueve nombres presentada por la comunidad israelita. Dispone el Estatuto que la Asamblea nombrará tres vicepresidentes, elegidos entre sus miembros: un súbdito español, un francés y uno británico. Se turnaban, por orden alfabético, cada tres meses.

Su duración legislativa era de cuatro años, pudiendo ser reelegidos los miembros. La Asamblea podía ser disuelta por acuerdo del Comité de Control adoptado por mayoría de dos tercios. Idiomas eran el árabe, francés y el español.

La Asamblea tiene potestad legislativa y reglamentaria limitadas por el Estatuto; pero muy amplia la potestad sobre finanzas, etc.

d) Comité de Control.

Lo componen todos los cónsules de carrera de las potencias signatarias del Acta de Algeciras, o los funcionarios de carrera que interinamente los sustituyan. Pero como a consecuencia del Tratado de Versalles y de Trianón no podían tener cónsules allí Alemania, Austria y Hungría, y por su parte los EE. UU. e Italia no se adhirieron al Estatuto de 1923, resultaba que el Comité estaba compuesto por Inglaterra, Francia, Portugal, Suecia, Holanda, Bélgica y España.

Se nombraba el primer presidente por sorteo, y después se sucedían por orden alfabético. Duraba un año. La misión del Comité es velar por la observancia del régimen de igualdad económica y de las disposiciones del Estatuto y goza del derecho de oponer su veto a la promulgación de los textos legales o reglamentarios votados por la Asamblea.

e) Administrador.

Es el órgano ejecutivo de las decisiones de la Asamblea y dirige la Administración internacional de la Zona. Posee amplios poderes. Está auxiliado por dos Administradores adjuntos y por dos Ingenieros de Obras Públicas. El Estatuto dispuso que durante un primer período de seis años, a contar desde la entrada en funciones del

Administrador, fuese de nacionalidad francesa - se nombró a Le Für- y los adjuntos, de nacionalidad española y británica, siendo nombrados por el Sultán, a propuesta del Comité de Control, al que habrán sido propuestos a su vez por sus respectivos cónsules. Pasado el primer período de seis años, la Asamblea es la encargada de nombrar el Administrador y los Administradores adjuntos entre los súbditos de las potencias dignatarias del Acta de Algeciras, teniendo que ser confiados los puestos a súbditos de nacionalidades diferentes.

f) Tribunal mixto.

El Mendub, como bajá, ejercía funciones de justicia, majzeniana. La cheránica era ejercida, como en la zona española, por los cadíes.

Pero quedaba el problema de la Administración de justicia a extranjeros y súbditos marroquíes protegidos. Y como se quiso abolir el régimen de capitulaciones -a lo que accedieron todos, excepto los EE. UU.-, se constituyó para sustituirlo el Tribunal mixto.

Se compone de cuatro jueces titulares -dos ingleses, un español y un francés- y de jueces adjuntos, nombrados de la lista presentada por los cónsules. Los jueces adjuntos no tienen remuneración y tienen menos importancia.

Hay dos fiscales: uno, español, para lo civil, y otro, francés, para lo criminal. Y dos instancias: una primera instancia y una apelación. Idiomas admitidos son el francés y el español. Y el Derecho aplicable son los Códigos de la Zona internacional de Marruecos, promulgados en virtud de Dahiés de 1924: Código penal, Código de comercio, Reglamento de inmuebles, Procedimiento civil y criminal y otros.

El 21 de julio de 1928 se firma el Protocolo de un Acuerdo de revisión del Estatuto.

En agosto de 1945 se reunían en París los EE. UU., Inglaterra, Francia y Rusia precisamente para tratar de restablecer el régimen internacional de Tánger.

Resultado de la conferencia fue: un acta final con nueve resoluciones y el Acuerdo anejo anglofrancés.

EL PROBLEMA DEL JUEGO EN LA LEGISLACION TANGERINA

El artículo 52 del Estatuto de Tánger dice textualmente: «Quedan prohibidos en la Zona de Tánger los juegos de azar. No podrá ser derogada esta prohibición más que por un acuerdo unánime del Comité de Control.»

Como se sabe, los organismos de Gobierno de la Zona Internacional de Tánger son:
Asamblea Legislativa Internacional: a quien corresponde el poder legislativo y reglamentario.

El Administrador: que tiene a su cargo el poder ejecutivo.

El Comité de Control: que es un órgano de vigilancia de los diversos órganos de Gobierno de la Zona Internacional.

Interesa especialmente tener en cuenta que este Comité de Control puede poner su veto a la promulgación de los textos legislativos o reglamentarios, veto que ha de ejercitar en un plazo de quince días a contar de la notificación de los textos hecha por el Administrador. Asimismo el Comité de Control tiene derecho de anulación de las decisiones y deliberaciones de la Asamblea cuando hayan sido tomadas violando las leyes o tratados o sin reunir los requisitos legales exigidos para la integración de la Asamblea o cuando versen sobre cuestiones ajenas a las atribuciones de aquélla.

Por tanto, y a la vista del artículo antes dicho del Estatuto de Tánger que prohíbe los juegos de azar parece a primera vista que sin un acuerdo unánime del Comité de Control no es posible dar solución al problema planteado.

Ahora bien, en el propio texto del Estatuto Internacional se establece la diferente entidad conceptual y jurídica de la *derogación* y *modificación* de preceptos. Así, por ejemplo, en el artículo 32 se habla, en su párrafo segundo, de que «los Códigos especificados en el artículo 48 no podrán ser derogados ni modificados...». *A sensu contrario*, las atribuciones del Comité de Control en lo que se refiere a juegos de azar únicamente se concretan en la derogación de la prohibición de tales juegos. Lo que constituye una excepción a la facultad legislativa atribuida en términos generales a la Asamblea. *Pero la modificación* ya no está en esa atribución excepcional, sino en la normal atribución de la Asamblea como órgano legislativo máximo.

Téngase en cuenta que esta distinción entre derogación total y modificación no es nueva ni en la técnica jurídica ni en el Derecho positivo. Precisamente el Derecho romano distinguió entre la derogación parcial o *derogatio*, la derogación general o *abrogatio*, la adición o *subrogatio* y el cambio u *obrogatio*. Todos estos términos se refieren a fases, momentos e intensidades distintas del fenómeno general de modificación de la eficacia de las normas jurídicas. Y es un texto del Digesto (50, 16, 102) el que establece las distinciones antes apuntadas que han pasado a ser materia de su técnica jurídica y, como decíamos, de legislación positiva, así la distinción formulada se reconoce en España, según se dijo por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de agosto de 1924.

Tiene importancia lo dicho porque toda materia referente a derogación o modificación de leyes debe interpretarse, en el caso que nos ocupa, restrictivamente. Esto es, partiendo de la clase y la distinción de poderes que de una manera precisa- formulara Montesquieu, hay que reconocer que la facultad legislativa y, en su consecuencia, la derogatoria y modificativa corresponden en todo caso al órgano constitucionalmente encargado de esta misión --en nuestro caso Asamblea Legislativa- y únicamente a título excepcional, y por consecuencia, en virtud de un criterio de interpretación de sus facultades siempre restrictivo, se podrá tolerar que otros poderes se inmiscuyan en lo que por esencia es facultad privativa del órgano legislador. En consecuencia, el Comité de Control no podrá extender sus facultades más allá de lo que expresamente se le reconozcan en el texto constitucional y, en caso de duda, este texto ha de ser interpretado restrictivamente. Si, pues, el Estatuto de Tánger establece de una manera general y con aplicación también a supuestos particulares la distinción entre derogación y modificación de las leyes, querrá decirse que ofrecen dos fenómenos distintos y que para tener facultad extensiva a ambos siempre que la misma se atribuya al Comité de Control habrá de reconocerse expresamente así -cosa que no sucede- en el texto constitucional.

Más como pudiera considerarse de orden público la disposición contenida en el artículo 52, dicha concesión temporal de extraterritorialidad podría ser ineficaz, por lo que habría que concretarse por la mencionada Asamblea en el sentido de admitir que en tanto que durara aquella concesión no serían aplicables en el mencionado buque las normas referentes a los juegos de azar.

Como ya hemos señalado, esto no supone una derogación del artículo 52, sino simplemente una limitación de su ámbito de aplicación.

Como, por otra parte, dicha concesión se haría a favor del titular del mencionado buque, se le habrían de reconocer, como extranjero, garantías jurisdiccionales que le permitieran acudir ante los Tribunales tangerinos (Tribunal Mixto, etc.) y, en su caso, ante el Tribunal de Justicia de La Haya, si sus derechos fueren vulnerados por representantes del Gobierno tangerino.

Téngase en cuenta que, precisamente según el artículo 54 del Estatuto, «Las divergencias que surgieren con motivo de la interpretación y de la aplicación de las disposiciones del presente Convenio se elevarán bien al Tribunal Permanente de Justicia Internacional, bien, previo acuerdo entre partes, al Tribunal permanente de Arbitraje de La Haya.

EL PROBLEMA DE LAS AGUAS TERRITORIALES TANGERINAS

Es interesante al objeto del presente dictamen determinar cuál es la extensión y el dominio de las Autoridades tangerinas en lo que se refiere a sus propias aguas territoriales.

Sobre este particular es de destacar el Dahir de 1 de julio de 1914, que clasifica en el dominio público del Estatuto:

- a) La ribera del mar hasta el límite de seis metros más allá a contar de la más alta marea.
- b) Las radas, puertos y sus dependencias.

Como se ve, este texto legal no menciona el mar territorial o litoral sujeto al dominio público del Estado. La norma común en Derecho Internacional es que las aguas territoriales se extienden hasta casi seis millas marinas a partir de las costas. La cuestión está en determinar las facultades y potestades del Estado ribereño sobre sus propias aguas jurisdiccionales.

Hay dos criterios sobre este particular: el italiano y el francés. Según el criterio italiano (art. 2.º del Código de la Navegación), las aguas territoriales están sometidas a la soberanía plena del Estado ribereño. Según la doctrina francesa, la soberanía de los Estados ribereños sobre el mar territorial viene limitada. Ahora bien, estos límites no se extienden ni a la pesca ni a la seguridad de las costas, ni, lo que a nosotros nos importa más, a la seguridad y policía de los habitantes.

Cierto que la legislación del Marruecos francés ha adoptado la solución últimamente citada. Pero no es menos cierto que esta soberanía no está limitada en lo que se refiere

no ya a la pesca (Reglamentación sobre la Pesca Marítima de 31 de marzo de 1919, que menciona expresamente como mar territorial seis millas a partir de las costas) como en materia de seguridad social de los ciudadanos.

En este sentido todas las normas penales, según la doctrina del Derecho internacional, tienen eficacia en dicho mar territorial.

Por ello, en principio, parece que la solución de establecer la casa de juego en aguas jurisdiccionales tangerinas - más allá de los seis metros que constituyen aguas de dominio público- no presenta ningún beneficio por cuanto que por tratarse de una materia sometida al orden público internacional la jurisdicción tangerina se extiende en todo el mar territorial.

* * *

A la vista de lo anteriormente dicho se puede ya formular la conclusión que se obtiene de todas las precedentes consideraciones. En primer término, es de subrayar el carácter excepcional que tiene la concebida en el artículo 52 del Estatuto.

Existe una real sustracción de la competencia normal de la Asamblea, puesto que se atribuye la competencia al Comité de Control. De otra parte, no es posible olvidar que dicho artículo 52 deriva del artículo 211 del Código penal vigente en Tánger. Dicho artículo 211 establece que «Los dueños de casas de juego de azar en que hubieran admitido la entrada al público, sea libremente, sea mediante presentación de los interesados o afiliados; los banqueros de dichas casas, todos los que hubieran establecido o tengan loterías no autorizadas por la Ley y los administradores, encargados o agentes de tales establecimientos, serán castigados con la pena de dos a seis meses de prisión y multa de cien a seis mil francos marroquíes (100 a 6.000 francos).

Caerán siempre en comiso todos los fondos o efectos expuestos al juego o puestos a la lotería, los muebles, instrumentos, utensilios y aparatos empleados o destinados al servicio de los juegos o loterías y los muebles y efectos muebles que guarnezcan o decoran los lugares donde aquellos hechos se cometan.»

¿Existe algún medio dentro del Estatuto para acceder a la petición de los promotores de la casa de juego?

En cuanto a España se refiere, dada su posición tanto en el orden jurídico como político-social, parece seguro que, *en relación con sus súbditos*, no podrá avenirse a cualquier fórmula que signifique una contradicción con su propio criterio, interés y derecho peculiar con la consiguiente desigualdad de trato para sus súbditos de dentro y de fuera de España. El deber de tutela social, del que nace la prohibición de juegos vigente en nuestra Patria, según hemos visto, hará que España no pueda acceder en Tánger de una manera general, terminante e incondicionada, al establecimiento de una casa de juego.

Ahora bien: salvado aquel interés peculiar de España, y más propiamente aquel principio -su postura político-social en materia de juego en relación con sus súbditos- si ahora de lo que se trata es de levantar la decaída vida social y económica de Tánger y su Zona (en lo que también corresponden a España graves deberes extranacionales como

coadministradora de la Zona), no ha de haber seria dificultad desde el punto de vista jurídico y para que pueda dar -si así lo estima conveniente para vigorizar estos intereses- su voto favorable al pretendido establecimiento.

Si se establece como primera conclusión la de salvar el criterio y disposición prohibitiva para los súbditos españoles, existen razones de peso para que España, en función cooperadora a la empresa de estimular el desarrollo de la ciudad de Tánger, no se oponga a la admisibilidad de una concesión de extraterritorialidad y establecimiento en un buque.

Así situado el problema y repitiendo que el punto de partida es el de considerar al juego como elemento vitalizador de la vida tangerina, parece posible que la Administración encuentre dentro del texto del Estatuto medios para acceder a lo solicitado, al menos para no poner dificultades a lo que la Administración internacional de la que forma parte considere vital necesidad para la zona de Tánger.

Teniendo en cuenta, como antes se dice, que modificación y derogación son cosas distintas dentro del campo del Derecho -del Derecho tangerino- es evidente que esta separación de conceptos tiene virtualidad en el propio texto del Estatuto.

Y así si lo que se atribuye al Comité de Control es la facultad de derogar, la de modificar es de competencia de la Asamblea Legislativa, puesto que a ella se refiere todo cuanto haga relación con problemas de disposiciones a promulgar. Mucho más habida cuenta que es preciso interpretar con criterio restrictivo las inmisiones del Comité de Control en las facultades de la Asamblea Legislativa precisamente por su carácter excepcional.

La modificación del precepto contenido en el artículo 52 del Estatuto será de competencia de la Asamblea Legislativa y así dicha Asamblea podría acordar la concesión temporal por diez años a los solicitantes, mas si como contrapartida se estableciera la obligación por los concesionarios de realizar ciertas obras en la playa a cambio de lo cual la Asamblea Legislativa o, por mejor decir, la Administración de Tánger renunciaría a usar de sus prerrogativas que le vienen conferidas en virtud de dicho artículo 52 en la zona de la concesión.

Naturalmente, si se estableciera la casa de juego en un buque, en el mismo no podría nunca ondear un pabellón español por la prohibición a que antes se ha hecho referencia en España de esta clase de juegos y el carácter de orden público que aquellas normas tienen para la Administración española en Tánger.

Esto supuesto, se puede formular como conclusiones las siguientes:

Primera. La prohibición contenida en el artículo 52 del Estatuto es en principio absoluta.

Segunda. La derogación de dicho precepto corresponde al Comité de Control.

Tercera. La modificación de aquel precepto corresponde a la Asamblea Legislativa.

En todo caso, para obviar posibles dificultades convendría que la Asamblea Legislativa, al hacer la concesión, partiera de una manifestación de su propia competencia en estos o

parecidos términos: «El otorgamiento de esta concesión no implica derogación de la prohibición de los juegos de azar en la zona de Tánger a que se refiere el artículo 52 del Estatuto.»

Con ello, la Asamblea podrá exculparse si se le imputare extralimitación o inmisión de atribuciones del Comité de Control, porque siempre resultará que la Asamblea creía haber obrado ajustándose a su competencia.

Respecto de la posible y grave dificultad de que la autorización implicaría una suspensión de un precepto penal para un lugar determinado o, lo que es lo mismo, una desigualdad ante la Ley, hay que observar que dicha competencia no afecta para nada a la validez positiva de una autorización concedida por la Asamblea Legislativa como excepción.

Cuarta. La Asamblea Legislativa puede hacer una concesión temporal a favor de los solicitantes en el sentido de renunciar a sus prerrogativas durante un período de tiempo determinado y a cambio de obtener determinadas ventajas en concepto de obras y mejoras en la zona de la concesión o en otra cualquiera.

Quinta. La representación española en Tánger no podrá nunca acceder a no ser que se salve la prohibición en sentido de que ésta permanezca para los súbditos españoles, los cuales no podrán, sin autorización del Consulado, tomar parte alguna y en ningún concepto en la mencionada casa de juego.

Sexta. Teniendo en cuenta que el Comité de Control tiene un derecho de *veto*, para evitar torcidas interpretaciones del artículo 52, que exigiría en su caso para la derogación la unanimidad de los miembros de dicho Comité, debe enfocarse dicho problema sosteniendo que dicho artículo 52 es un trasunto del 211 del Código penal, para cuya modificación basta con la mayoría de los miembros de dicho Comité de Control, por lo que no se precisaría unanimidad en dicho Comité al objeto de no poner su veto a la decisión que tomase en su día la Asamblea Legislativa autorizando la concesión.

Esta es la opinión del Letrado que suscribe, que, como siempre, somete gustoso a cualquier otra que resultare mejor fundada.

Madrid, 12 de junio de 1954.