

Juegos ilícitos

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal en la
Universidad a Distancia

Nos vamos a ocupar en el presente trabajo de los efectos que ha producido la legalización del juego en España, con la reforma de los artículos 349 y 350 del Código penal, así como de hacer un comentario del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y las apuestas, así como del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del anterior. Para una mejor situación del tema en los momentos actuales, se hacen unas breves referencias de la evolución histórica.

I. ANTECEDENTES HISTORICOS

La prohibición de determinados juegos, así como su regulación, es en nuestro sistema anterior a la propia codificación. En el Título XXIII del Libro XII de la Novísima Recopilación (1) se recogen diversas disposiciones prohibiendo los juegos, que datan de comienzos del siglo XIV hasta finales del XVIII. En principio hay una serie de ellas que prohíben los juegos de dados y naipes (Ordenamiento de Birbiesca de 1387; Cortes de Madrigal, año 1476); se prohibió incluso la tenencia de tableros para jugar a los dados o naipes (Ordenamiento de las Cortes de Toledo, 1436); prohibición de fabricación, venta y juego de dados (Pragmática de 20 de julio de 1515); Felipe V, por Decreto de 9-11-1720, deroga toda clase de privilegios en relación con los juegos de suerte, envite o azar, pudiendo llegar las penas hasta cinco años de destierro para los nobles y doscientos ducados, y para los de menor condición cien azotes y cinco años de galeras. Carlos III, en la Pragmática de 6-10-1771, insiste en la prohibición de los juegos de suerte, envite o azar, pudiendo llegar las penas, para la tercera contravención, a un año de destierro y el pago de una multa o treinta días de privación de libertad por su impago. La sanción, sin

(1) En las Partidas hay algunas disposiciones sobre el juego (Ley 6.^a, tit. 14. P. VII; Ley 57, tit. 5.^o, P. I, y Ley 34, tit. 6.^o, P. I).

embargo, era de hasta cinco años de presidio cuando los jugadores fueren vagos, sin oficio, tahúres, entregados habitualmente al juego, etcétera, mientras que se elevaba a ocho años cuando se daban esas condiciones personales en los dueños de las casas de juego.

Aunque la mayor parte de las disposiciones se ocupan de los juegos prohibidos, también las hubo que hacían referencia a la regulación de los permitidos. Cabe citar, como la más importante, la dictada por el rey Alfonso X en 1276: El *Ordenamiento de las Tafurerías*, constaba de 44 leyes que regulaban en especial el juego de dados, locales, jugadores, días prohibidos, clérigos que jugaban, trampas, arriendos de tafurerías, etc. Las tafurerías eran casas públicas de juego de suerte o azar, que se arrendaban por cuenta del Estado o de las poblaciones.

En cuanto a los Códigos penales, a excepción del Código de 1822 (2), en todos ellos hay una regulación de los juegos ilícitos; Códigos de 1848 (arts. 260 y 482, 2.º), 1850 (arts. 267 y 485, 1.º), 1870 (artículos 358, 360 y 594), 1928 (arts. 743, 744, 747, 749 y 807), 1932 (arts. 353, 355 y 570) y a partir del Código de 1944 (arts. 349, 350, 575 y 602, 6.º). También se recogió en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (art. 2.º, núms. 5.º y 10.º), y afortunadamente no pasa a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

El día 20 de junio de 1912 se presentó un Proyecto de Ley al Congreso para la modificación de los artículos 358 y 594 del Código penal de 1870, a fin de legalizar los juegos de suerte, envite o azar. Este Proyecto, que no llegó a tener éxito, levantó duras polémicas en el Congreso y se puso de relieve la tolerancia que existía en relación con los juegos prohibidos, denunciándose incluso lugares concretos donde se jugaba (3). Se proponía en el Proyecto la autorización del juego, a través del Ministerio de la Gobernación, en casinos, balnearios y sociedades de recreo.

Escribía Valdés y Rubio: "Hay en este Proyecto de ley algo muy grave, ostensible, claro y manifiesto; la reglamentación, o mejor, la autorización de los juegos ilícitos" (4). Por su parte, Crespo Lara,

(2) En el Código de 1822 se castiga dentro del capítulo dedicado a las estafas y engaños (cap. V, tit. III, Segunda Parte) al "jugador que usando trampas en el juego hubiere ganado malamente alguna cantidad" (art. 767); la habitualidad o costumbre llevaba consigo la agravación de la pena (art. 768); también se sancionaban las rifas sin autorización del Gobierno (art. 769).

(3) En Barcelona se jugaba en La Rabassada y el Tibidabo; en Madrid, en su Casino, Círculo de Bellas Artes, Círculo Militar, etc. En realidad, se toleraba en todas las provincias, por lo que al terminar los debates del Proyecto se dio orden a todos los Gobernadores para que prohibieran el juego en sus respectivas provincias. Véase CRESPO LARA: *Los juegos ilícitos ante las leyes vigentes, la crítica y la democracia*, Madrid, 1912, págs. 11 y ss.

(4) VALDÉS Y RUBIO, J. M.^a: *Informe presentado en la información abierta en el Congreso de los señores Diputados a Cortes con motivo del Proyecto de Ley para reglamentar los juegos de suerte, envite o azar*, separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1912, páginas 7 y ss.

que dedica toda una obra a justificar los peligros del juego, decía con respecto al Proyecto que la explotación y el fomento del juego sería un "verdadero suicidio nacional" (5).

II. FUNDAMENTOS DE LA AUTORIZACION DE LOS JUEGOS

No parecen muy sólidos los motivos que se alegan en el preámbulo del Real Decreto-ley en cuanto puedan fundamentar la reforma del Código penal. Se recogen, entre otros argumentos, los siguientes:

a) "Aunque no han cambiado sustancialmente ni en España ni en otros muchos países las concepciones generales en torno a los juegos de azar y a sus posibles consecuencias individuales, familiares y sociales, no se puede desconocer que los sistemas de prohibición absoluta frecuentemente han fracasado en la consecución de sus objetivos moralizadores y se han convertido de hecho en situaciones de tolerancia o de juego clandestino generalizado, con más peligros reales que los que se trataban de evitar y en un ambiente de falta de seguridad jurídica".

Es una realidad histórica que la prohibición no ha evitado el sin fin de problemas individuales y sociales que lleva consigo el juego, así como tampoco que se siguiera jugando. Basta recordar al efecto: Los Reyes Católicos, en 1480, establecen que se observen las disposiciones anteriores sobre juegos prohibidos, recogidas en el Ordenamiento de Birbiesca (año 1387), Ordenanza de 1409, Cortes de Zamora (1432), Ordenamiento de las Cortes de Toledo (1436) y la propia de los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal de 1476. Carlos III, por una Orden de 1764, insiste en la observancia de otras disposiciones anteriores de Felipe V (1720), Luis I (1724), Fernando VI (1756), sobre la derogación de todo privilegio en juegos prohibidos de suerte, envite o azar. En la Real Orden de 6 de marzo 1786 insiste en que se observe su pragmática de 6 de octubre de 1771, sobre juegos de suerte, envite o azar (6).

(5) CRESPO LARA, *Ob. cit.*, pág. 7.

(6) A pesar de que el juego se prohíbe a partir del Código penal de 1848, se siguen dictando disposiciones encaminadas casi todas ellas a la observancia de su persecución. Cabe citar: R. O. de 23-9-1849, dictando normas para que los eclesiásticos no concurrieran a las casas de juego; R. O. de 25-5-1853, en cuyo preámbulo se insiste en las funestas consecuencias del juego de suerte, envite o azar, se insiste en la persecución y castigo del juego; R. O. de 14-3-1855, disponía el arresto de dos meses en un castillo para todo oficial que fuera sorprendido en una casa de juego; R. O. de 20-10-1866, se recomienda a los alcaldes de los pueblos y funcionarios de vigilancia la persecución de los juegos prohibidos; R. O. de 4-12-1877, se encarga a los Gobernadores que persigan los juegos y que se abstengan de imponer sanciones, pues al tratarse de un delito debía conocer la autoridad correspondiente; R. O. de 6-12-1877, se exhorta a jueces y fiscales a la persecución y castigo de los juegos prohibidos; en el mismo sentido, la R. O. de 13-1-1879 y la de 3-12-1880; la

Las disposiciones anteriores nos demuestran su escasa eficacia en materia de juegos prohibidos. Lo cierto es que normalmente se toleraban, y es un delito difícil de perseguir. Sin embargo, esto, con mayor o menor extensión, se da en toda clase de delitos: se prohíbe el robo y se sigue robando, y lo mismo sucede con la estafa, homicidios, lesiones, etc. No es motivo suficiente para tolerar una figura delictiva que la prohibición sea vulnerada una y otra vez; su separación del Código debe obedecer a otras razones, y como veremos al tratar de las consideraciones de política criminal, consideramos que los juegos ilícitos deben desaparecer del Código penal.

Volviendo a los antecedentes históricos, tampoco la tolerancia llevó consigo a la desaparición de los problemas individuales y sociales que el juego llevaba consigo. Ya se vio cómo el Ordenamiento de Tafurerías regula y controla el juego, para evitar sus efectos criminógenos (trampas, riñas, muertes, etc.); sin embargo, medio siglo después, y según se recoge en la introducción (advertencia) del texto editado por la Academia de la Historia, se dice: "Las precauciones establecidas en dichas leyes y sus preceptos no fueron bastantes para evitar la inmoralidad que suele acompañar al juego, y al poco tiempo fue necesario suprimir, como se verificó, todas las tafurerías o casas de juego del Reino".

Vemos cómo los problemas han sido prácticamente los mismos a través de la Historia, ya estuviera prohibido o autorizado el juego. La misma situación se mantiene en los momentos actuales, como se verá al tratar de las consideraciones criminológicas, por lo que poco valor tiene el argumento que se esgrime en el preámbulo del Real Decreto-ley de reforma.

R. O. de 7-8-1879 recomienda el cumplimiento en materia de persecución de juegos a gobernadores y alcaldes, con la vigilancia de casinos, bares, fondas, etc., se les prohíbe imponer multas, debiendo someter a los reos a disposición judicial para la persecución del delito; la R. O. de 2-3-1881, recomienda el cumplimiento de la R. O. anterior; en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 17-4-1888 se pide a los fiscales que promuevan causas criminales en materia de juegos prohibidos, tanto en delitos como en faltas, también se extiende a los jueces, unos y otros deben colaborar con las autoridades administrativas; R. O. 14-9-1888, se dictan nuevas disposiciones para que las autoridades dependientes del Ministerio de la Gobernación tomen las medidas pertinentes para perseguir los juegos prohibidos, y se recuerda tengan en cuenta otra serie de Reales Ordenes del mismo Ministerio (7-8-1879, 2-3-1881, así como la del Ministerio de Gracia y Justicia de 3-12-1880 y la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 17-4-1888; Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14-10-1889, sobre distinción de juegos prohibidos de los lícitos, así como la observación de otras disposiciones anteriores; R. O. de 25-3-1892, del Ministerio de Gobernación, recordando el celo que debe tener la autoridad gubernativa en la persecución de los juegos prohibidos. Terminamos esta relación con lo que se encomienda en el Reglamento de la Guardia Civil, donde en su segunda parte se establece: "Ninguna autoridad está facultada para permitir los juegos prohibidos..." (art. 154), y se le encomienda la vigilancia en ferias, fiestas y romerías (art. 151), así como de calles, plazuelas y afueras de las poblaciones, para que no se juegue a los prohibidos y evitar que algunos aventureros ganen, mediante trampas, a personas incautas (art. 152).

El juego en nuestro país ha venido siendo tolerado, con mayor o menor extensión, e incluso controlado. Su persecución ha sido poco eficaz, entre otras razones, porque no se ha perseguido. Esto ha motivado la inoperancia de la ley.

Lo anterior se demuestra no sólo por la pequeña cantidad de condenas, sino incluso por la irregularidad, pues de las últimas estadísticas judiciales aparecidas se desprende: En el año 1970 solamente hay una condena (7); en 1971 no hubo ninguna (8); en 1972 fueron 19 (9), mientras que en 1973 se eleva a 59 (10). El número de diligencias previas por juegos ilícitos fue de 47 en 1974 y de 52 en 1975 (11). En realidad, esas diferencias en las estadísticas han sido frecuentes, incluso en épocas pasadas, lo que nos demuestra que la represión obedecía a momentos coyunturales en los que se insistía, con mayor o menor energía, en la observación de las normas penales (12).

Se desprende de lo expuesto el pequeño índice de delitos perseguidos. Sin embargo, resulta curioso que cuando hay un notable incremento en el número de condenas —aunque la cifra sigue sin tener valor—, es el momento en que se argumenta la inoperancia de la prohibición para justificar la reforma.

b) "Intereses fiscales". Ya en el propio título del Real Decreto-ley se hace referencia a la regulación de los aspectos fiscales de los

(7) Instituto Nacional de Estadística: *Estadísticas Judiciales de España*, año 1970, pág. 88.

(8) I. N. E.: *E. J. E.*, 1971, pág. 324.

(9) I. N. E.: *E. J. E.*, 1972, pág. 66.

(10) I. N. E.: *E. J. E.*, 1973, pág. 290.

(11) *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, 1976, pág. 30.

(12) Las causas despachadas por los fiscales desde el 1-7-1883 al 30-6-1884 fueron 247, destacando las siguientes ciudades: Cartagena, 14; Valencia, 13; Jaén y Montilla, 12, y con 10 casos Barcelona, Córdoba, Madrid, Palma de Mallorca y Sevilla (*Memoria Fiscalía T. S.*, pág. 87). Las causas instruidas en el año 1887 solamente fueron 106, y en ninguna ciudad se llegó a los diez casos, pues el mayor número se dio en Barcelona, con ocho; Madrid, con seis, y Sevilla, cinco (*Memoria Fiscalía Tribunal Supremo*, pág. 62), quizá por eso en la Circular de la Fiscalía del T. S. de 17-4-1888, se pide a los jueces y fiscales una mayor preocupación por estos delitos. Del 1-7-1901 al 30-6-1902 el número de causas instruidas fue de 368, destacando: Córdoba, con 46; Murcia, 41; Barcelona, 30; Madrid, 29; Alicante, 25; Jaén, 24 y Sevilla, con 18 (*Memoria Fiscalía T. S.*, apéndice 3.º). El número de causas instruidas desde el 1-7-1904 al 30-6-1905 fue de 409, destacando: Jaén, con 30; Huelva, 28; Murcia, 26; Alicante, 23; Cáceres, 22; Granada, 21; Barcelona, 16, mientras que en Madrid se registraban solamente ocho casos (*Memoria*, estado núm. 3). Se aprecia cómo también se da una irregularidad en relación al número de delitos incoados a finales del siglo pasado y principios del presente, incluso había ciudades donde la persecución era más tenaz que en otras, si tenemos en cuenta su población. Sin embargo, era mucho mayor la persecución en aquella época que en los momentos actuales, en la que los estamentos encargados de su persecución y castigo parece que no le dan apenas importancia al tema de los juegos prohibidos, pues hay otras infracciones más graves a las que dedicar atención preferente.

juegos de suerte, envite o azar y apuestas. Aquí se regula el *hecho imponible, base imponible, tipo tributario*, etc.

En el Real Decreto de 11 de abril se hace referencia también a los "mecanismos fiscales".

De la introducción del *Ordenamiento de Tafurerías* se desprende su fin tributario: ya que "se arrendaban por cuenta del Estado o de las poblaciones que por privilegios podían tenerlos". Pese a todo, estas casas públicas de juego hubo que cerrarlas. Algo similar ocurrirá en nuestro país si no hay control rígido en las que se autoricen, evitando en todo caso la corrupción de los encargados de ese control.

No parece tampoco muy sólido el argumento fiscal para la autorización de juegos prohibidos, ya que el fundamento del Derecho penal va más lejos. ¿Qué pensaríamos si se hiciera una reforma penal liberalizando el aborto, simplemente porque hay una salida de divisas, en atención a que ya es un número considerable de mujeres españolas el que va a Inglaterra para que se les provoque el aborto en una clínica de aquel país? (13).

También se ha argumentado que con el juego hay salida de divisas. No obstante, tampoco hay que olvidar que si los turistas ganan el problema será similar, no habrá salida de divisas nacionales, pero sí de extranjeras, pues pagarán con las pesetas ganadas en España y se llevarán su dinero, ¿o es que el legislador piensa que los extranjeros siempre van a perder? No olvidemos que, en principio, tendrán más experiencia.

Por otra parte, no deja de ser cierto que en los últimos tiempos ha habido una fuerte evasión de capital —especialmente a Suiza—, con las graves repercusiones que está teniendo en lo social y criminológico (14) y, sin embargo, no se ha hecho prácticamente nada para evitarlo.

Pretender paliar con el juego otras tolerancias, inhibiciones o errores, no parece la vía más adecuada. Nuestro problema económico tiene raíces más profundas. Todo ello, sin perjuicio de que se consigan algunos beneficios de tipo económico.

c) "El Gobierno considera la legalización del juego medida adecuada para contribuir de forma destacada al impulso del sector turístico".

Tampoco parece adecuado que frente al turismo la sociedad española tenga que tolerar conductas que pueden ser contrarias a nuestra propia estructura social (15), pues por esta clase de argumentos tendríamos que ceder en otros aspectos. Es más, podría haber sido suficiente, sea cierto o no, el argumento que se recoge en el apartado siguiente, en relación con la coincidencia de la opinión pública, pero

(13) Véase LÓPEZ RIOCEREZO, J. M.^a: *Criminales de la paz*, Madrid, 1974, págs. 184 y ss.

(14) SERRANO GÓMEZ, A.: *Prevención del delito y tratamiento del delincuente* (V. Congreso Naciones Unidas), Madrid, 1976, pág. 16.

(15) Véase, DíEZ PICAZO, L.: *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1967, pág. 720.

recurrir a fines turísticos para legalizar el juego no parece muy oportuno.

d) "Las aludidas finalidades de interés social y de defensa de los intereses fiscales imponen la máxima urgencia en la promulgación de las normas necesarias. Coincidiendo sustancialmente con la opinión pública y, en especial, con el numeroso grupo de procuradores firmantes de la proposición de Ley formulada sobre la materia".

No nos parece que la legalización del juego tenga ningún interés social, pues incluso en lo económico, si tenemos en cuenta la gran cantidad de personal que la Administración ha de dedicar al control del juego, los beneficios no van a ser tan grandes como puede parecer en principio (véase art. 8.º del Real Decreto de 11-3-77). Por otra parte, en cuanto a los efectos criminógenos, no es claro que tenga valor preventivo dicha legalización.

También se hace referencia a la opinión favorable de un número de procuradores. Si se estima la opinión de éstos, debió consultarse al Pleno de las Cortes, modificando el Código mediante Ley.

En cuanto a la coincidencia o no con la opinión pública es muy discutible, ya que no parece se haya hecho ningún sondeo al respecto, pues quienes se han pronunciado a favor son precisamente los que piensan jugar o participar en el negocio de explotación.

Parece que los argumentos dados para la tolerancia del juego no tienen una base demasiado firme. Nosotros somos partidarios de que los juegos ilícitos desaparezcan del Código penal, no que se autoricen para unos sí y otros no; y ello basándonos en argumentos que después veremos.

III. AUTORIZACION DE JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR

Estamos ante otra reforma del Código penal, que, como todas las últimas, se hace a través de Real Decreto-ley (Real Decreto). Es cierto que a veces es necesario utilizar estos procedimientos, ante la urgencia de las reformas. Sin embargo, lo que parece excesivo es que esos retoques del Código no suelen hacerse a través de la Comisión General de Codificación, pese a que a ésta se le encomienda: "La preparación de la legislación codificada general que no esté especialmente atribuida a otros Departamentos... la revisión de los cuerpos legales y leyes vigentes en las diversas ramas del Derecho... la elaboración de proyectos que se relacionen con las actividades propias de su competencia..., etc.

El ya citado Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, modifica los artículos 349 y 350 del Código penal, cuyo contenido queda así:

Artículo 349.—*Los Banqueros y Dueños, Directores, Gerentes o Encargados de Casas de juego de suerte, envite o azar no autorizadas o que, estándolo, permitan en sus establecimientos la práctica de juegos de esa clase no autorizados, serán castigados con las penas de*

arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas, y en caso de reincidencia, con las de prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas. La sentencia podrá decretar la disolución de las Sociedades o Asociaciones titulares de las casas o responsables de las actividades que en ellas se desarrollen.

Para los delitos previstos en el párrafo anterior, los Tribunales, apreciando las circunstancias del delincuente, podrán elevar la multa hasta dos millones de pesetas. También podrán, en atención a las condiciones personales del culpable, imponer las penas de inhabilitación absoluta o especial.

Los jugadores que concurrieren a casas de juego no autorizadas o que, en las autorizadas, tomen parte en juegos de suerte, envite o azar no permitidos, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 20.000 pesetas.

Artículo 350.—El dinero, los efectos y los instrumentos y demás útiles destinados a juegos no autorizados caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar donde se hallen.

Hay cierta afinidad entre el actual artículo 349 y la redacción que se proponía para el artículo 358 del Código penal de 1870, en el Proyecto de Ley de 1912, donde se pedía la legalización del juego (16).

(16) Se propone en el Proyecto de 1912 la siguiente redacción para el artículo 358: "Los banqueros y dueños de casas de juegos de suerte, envite o azar no autorizados legalmente, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas; y en caso de reincidencia, con las de arresto mayor en su grado máximo, a prisión correccional en el mínimo y doble multa.

Los jugadores que concurriesen a las casas referidas, con las de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 a 1.250 pesetas".

En materia de juegos, además de los artículos 349, 350, 575 y 602, 6.º, que se comentarán en el presente trabajo, hay que tener presente el artículo 521 y 523, 2.º, del Código penal, que hacen referencia al quebrado y concursado cuya insolvencia resulte por pérdidas cuantiosas en cualquier clase de juegos y apuestas; también el artículo 888 del Código de Comercio, al que se hace referencia en el artículo 521 del Código penal.

Código civil.—El Cap. III del Tít. XII del Libro II del Código civil, se ocupa "Del juego y de la apuesta" (arts. 1.798 a 1.801). Se establece en estos artículos que la Ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, o en apuestas; el que pierde no puede repetir lo que ha pagado, salvo cuando mediase dolo, se trate de un menor o se encuentre inhabilitado para administrar sus bienes. Se recogen una serie de juegos no prohibidos referentes a determinados deportes, así como la obligación civil que existe en las pérdidas de juegos no prohibidos, aunque hay algunas excepciones cuando las cantidades jugadas sean excesivas.

Código de Justicia Militar.—En el artículo 438, 3.ª y 444 se corrige al Oficial o Suboficial por "asistir a juegos prohibidos", mientras que en el artículo 439, 4.ª y 446 se castiga al individuo de las clases de tropa y marinería por el mismo motivo. En el artículo 443 se considera como falta leve "la estancia escandalosa o con desdoro del uniforme, de cualquier militar, en casas de juego... el juego en cuarteles, buques o establecimientos militares".

Efectos de la reforma

Los efectos son importantes si tenemos en cuenta que se permite la práctica de juegos de suerte, envite o azar, que tradicionalmente se prohibía en todos los Códigos, a excepción del de 1822. La autorización afecta a los juegos que previamente se especifiquen y siempre que tengan lugar en casas autorizadas.

El problema prácticamente sigue igual para los supuestos en que los juegos no se autoricen, o que aun estándolo se desarrollen en casas no autorizadas.

Después de la reforma del artículo 349 del Código, la misma conducta será lícita o ilícita según el juego esté autorizado o no y que, además, se practique en establecimientos autorizados o que no lo estén. En suma, se castigan ahora los juegos de suerte, envite o azar, en los supuestos siguientes:

- Los no autorizados, aunque se juegue en casas autorizadas.
- Los autorizados, cuando se juegue en casas no autorizadas.

Ambas situaciones afectan tanto a los banqueros, dueños, directores, gerentes y encargados, como a los jugadores, aunque la pena sea inferior para éstos.

Se equipara la práctica de juego prohibidos a la de los permitidos, siempre que se juegue en casas no autorizadas.

Para evitar confusiones convendría que los establecimientos autorizados tuvieran en lugar visible, no sólo la autorización, sino también los juegos que están permitidos en estos locales.

Como los establecimientos autorizados necesitan una organización, pues lo normal será que lo exploten sociedades, aparecen las figuras de los directores, gerentes y encargados, cuya participación, como veremos después, tampoco quedaba impune en la legislación anterior.

Se añade el inciso último al párrafo primero referente a la posible disolución de las sociedades o asociaciones, que se podrá decretar en la sentencia.

El contenido del actual párrafo segundo es nuevo.

Se recoge ahora la responsabilidad de los jugadores en el párrafo tercero, que antes era el segundo. Desaparece la reincidencia específica para éstos; anteriormente suponía un privilegio en relación con la agravante genérica de reincidencia, ya que la pena privativa de libertad seguía siendo la misma —arresto mayor, sin exigirse el grado máximo—, incrementándose para el reincidente sólo la pena pecuniaria, quedando igual el límite mínimo —10.000 pesetas— elevándose el máximo hasta 50.000 pesetas.

Sin embargo, se mantiene la reincidencia específica para los supuestos del párrafo primero. Aquí, a diferencia de lo que ocurría con los jugadores antes de la reforma, supone una mayor agravación para la reincidencia simple, ya que: en la reincidencia genérica (art. 10, 15, párrafo primero) en relación con el artículo 61, 2.^a, la pena privativa

de libertad no puede ser superior a la de arresto mayor en su grado máximo, y no la superior en grado como sucede. Todas estas situaciones, favorezcan o perjudiquen al culpable, tenían que desaparecer del Código. La reincidencia específica no tiene razón de ser, por lo que solamente debe subsistir la genérica del número 15 del artículo 10, y, además, en su párrafo primero, es decir, la reincidencia simple, debiendo derogarse la doble reincidencia del párrafo segundo, lo mismo que la regla sexta del artículo 61, que establece la elevación de la pena en uno o dos grados para la doble reincidencia (17).

No parece acertado mantener la denominación de *juegos ilícitos* para el título VI del Libro II del Código penal, ya que lo que ahora se valora es que esos juegos de suerte, envite o azar estén autorizados o no, así como los locales donde se practiquen los mismos. Por ello, tal vez resultara más correcto cambiar aquel título por el de *juegos prohibidos*, terminología que se utiliza en el número 6.º del artículo 602, y que ya empleara el Código penal de 1928 (Cap. VII, Título XIV, Lib. II).

Concepto de los juegos.—Se sigue sin definir lo que ha de entenderse por juegos de suerte, envite o azar, ni en el Código ni en los dos Reales Decretos que se comentan. Parece que lo importante es que se juegue dinero, pues en el artículo 1.º, 1 del Decreto de 11 de marzo se recoge:

“La competencia atribuida a la Administración del Estado por el artículo 1.ª del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, se ejercerá sobre la totalidad de los juegos o actividades en los que se aventuren cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre los resultados, y que permitan una transferencia entre los particulares.

Los referidos juegos o actividades quedarán sometidos a las normas del presente Real Decreto, con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría de los participantes, o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar, y tanto si se desarrollan mediante la utilización de máquinas automáticas, como si se llevan a cabo a través de la realización de actividades humanas.”

Sin embargo, puede deducirse del párrafo anterior que son juegos de suerte, envite o azar, aquellos en que la habilidad, destreza o maestría del jugador o no interviene o resulta secundaria al desenlace del juego.

En sentido similar se definía en el artículo 743 del Código penal de 1928, cuyo texto era: “Para los efectos de este Código, se considerarán juegos de azar todos aquéllos en que, mediando interés, la ganancia o la pérdida dependan totalmente o casi totalmente de la suerte, sin que influya en ellas la natural y lícita habilidad del jugador.”

Sin embargo, aunque no cabe duda que el azar influye en los juegos lícitos y la habilidad en la mayor parte de los ilícitos, pueden

(17) SERRANO GÓMEZ, A.: *La reincidencia en el Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, fasc. I.

aceptarse como válidas, y con carácter general, estas definiciones. En atención a esas circunstancias de intervención del azar y la habilidad en unos u otros juegos, tanto el Código como el Decreto no son tajantes, así; en éste se dice: "con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría..., o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar". Por su parte, en el citado artículo 743 del Código penal de 1928 se hace referencia a que la ganancia o la pérdida "dependan totalmente o casi totalmente de la suerte" (18).

A efectos penales solamente se tendrán en cuenta los juegos de suerte, envite o azar. Habrá que entender por tales aquéllos en los que la habilidad o destreza de los jugadores o no influye o tiene efectos secundarios en cuanto al desenlace, siendo más importante el puro azar.

En principio parece que la Administración no va a distinguir unos juegos de otros para determinar cuáles sean de azar, ya que el catálogo de juegos en general se atenderá a los requisitos de: a) Salvaguardia de la moral y el orden público y la prevención de perjuicios a terceros; b) La transparencia en el desarrollo de los juegos y la garantía de que no se pueden producir fraudes, y c) Las posibilidades de llevar y controlar la contabilidad de todas las operaciones realizadas (art. 2.º, 1).

No obstante, en el apartado cuatro del citado artículo segundo, se

(18) Establece la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14-10-1889: "A falta de un texto legal que decida la cuestión, no carecerán de valor las siguientes observaciones. En todo juego siempre entra por algo la suerte, es decir, el caso fortuito o la fortuna de los jugadores, a veces combinada con su cálculo, habilidad o destreza.

Los juegos en los cuales sólo del azar dependen las pérdidas y ganancias de los jugadores, pertenecen claramente a la clase de los prohibidos, y como tales se hallan prohibidos en el art. 358 del Código penal. Por el contrario, aquéllos en que la buena o mala suerte del jugador depende casi del todo de cálculo o 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*, y, por tanto, debe encomendarse al prudente arbitrio de la autoridad, a quien corresponde averiguar los hechos y estimarlos en su verdadero valor".

Por su parte, dispone el núm. 5.º de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 12-3-1934: "Prohíbe nuestro Derecho los juegos de suerte o azar, esto es, aquéllos cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso y los de envite, en que se apuesta dinero, sobre lances determinados".

En la Sentencia ya citada de 12-2-1901 se establecía: "Cuyo resultado no dependa de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte".

Real Orden de 14-9-1888 del Ministerio de Gobernación, establece en la regla 5.ª: "En cuanto a la definición de los juegos prohibidos, el Código penal comprende bajo ese calificativo a todos los de suerte, envite o azar, lo cual implica la consecuencia de que han de considerarse como ilícitos aquéllos en que intervengan la destreza, el cálculo y la habilidad del jugador".

hace referencia a máquinas y aparatos automáticos cuyo empleo constituya la realización de un juego de azar.

Es de esperar que se haga una distinción en el Catálogo de juegos de los de suerte, envite o azar, de los que no lo sean, ya que a la Comisión Nacional del Juego le corresponde la coordinación, estudio y control de las actividades relacionadas con los juegos de azar (artículo 7.º, 1.º del Real Decreto de 11 de marzo que se viene comentando); Proponer al Ministerio de la Gobernación el Catálogo de juegos (art. 7.º, 3); Emitir los informes que en materia de juegos de azar les sean interesados por los Organismos competentes (art. 7.º, 3, e).

Pese a todo, la clasificación de juegos de azar que pueda hacer la Comisión Nacional del Juego no resolverá el problema a efectos penales, ya que solamente recogerá los autorizados, no otros, que quedarán fuera del Decreto, pero no del Código penal. Aunque no creará ningún problema la designación concreta de los juegos de suerte, envite o azar autorizados, seguirá sin poder conocerse el número de los prohibidos, pues como ya recogía la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1889: "Designar con sus nombres vulgares los juegos de suerte o azar sería punto menos que imposible, y aunque no lo fuese, aprovecharía poco o nada, supuesto que cada día se inventan otros nuevos".

Para que la práctica de un juego pueda dar lugar a la aplicación del artículo 349 del Código penal, no será suficiente que sea de suerte, envite o azar (y que no esté autorizado el juego o el local donde se juegue), sino que además es necesario que haya ánimo de lucro. lo que se determina por el cruce de apuestas de ciertas cantidades importante de dinero, si se juega por mero pasatiempo desaparece la ilicitud (19). El Real Decreto de 11 de marzo, en su artículo 1.º, 1, dispone: "La competencia atribuida a la Administración del Estado por el artículo primero del Real Decreto-ley 17/1977, de 25 de febrero, se ejercerá sobre la totalidad de los *juegos o actividades en los que se aventuren cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables*, en forma de envites o traviesas sobre los resultados, y que permitan su transferencia entre los particulares". En las normas generales de ambos Decretos se incluyen los juegos de suerte, envite o azar (art. 1.º del Decreto-ley y 1.º, 1, párrafo segundo del Decreto). Se excluyen del Decreto los juegos o competiciones de puro pasatiempo que no produzcan transferencia económica evaluable (20).

(19) Véase, LANDROVE DÍAZ, G.: *Los juegos ilícitos*, Santiago de Compostela, 1971, págs. 66-67; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª: *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, 1975, pág. 966.

(20) Dispone el art. 2.º, 2 del Real Decreto de 11-3-1977: "Quedan únicamente excluidos del presente Real Decreto los juegos o competiciones de puro pasatiempo o recreo que no produzcan transferencia económica evaluable, salvo el precio para la utilización de los medios precisos para su desarrollo, las consumiciones de comidas o bebidas en establecimientos públicos o su equivalente en dinero.

La práctica pública o privada de los juegos a que se refiere el presente apartado se entiende lícita, no siendo preciso para ello la obtención de autorización administrativa".

En la línea anterior se mantiene el Código penal de 1928, al establecer en su artículo 743: "Para los efectos de este Código, se considerarán juegos de azar todos aquellos en que, mediando interés, la ganancia o la pérdida dependan...". También la Circular de 12 de marzo de 1934 acerca de la Ley de Vagos y Maleantes, pues en el apartado 5.º hace referencia a que los juegos de suerte o azar solamente se convierten en ilícitos cuando *se realizan con fines de lucro*.

No cabe duda que aunque haya juegos de suerte, envite o azar que no suelen practicarse —o resulte difícil— cuando no se cruzan apuestas, hay otros muchos que pueden jugarse por puro pasatiempo.

Admitido lo anterior, resulta que la persecución penal, para juegos prohibidos no autorizados, no depende sólo del azar y habilidad del jugador, sino también de la importancia del dinero que se apueste. La situación parece lógica —aunque para algunos resulte el tema controvertido—, si tenemos en cuenta que lo que tradicionalmente se ha venido argumentando para la tipificación de los juegos ilícitos es el problema social que crea su vicio, en base al dinero que se apuesta. Sin embargo, estos argumentos pueden ser refutados, pues hay jugadores que no tienen vicio y saben hasta dónde pueden perder; por otra parte, las consecuencias son diferentes para unos jugadores que para otros. De todos modos, resultaría absurdo imponer una pena a quienes por simple pasatiempo, y sin apostar nada o casi nada—pequeñas cantidades para que el juego no resulte aburrido—, practican un juego de suerte, envite o azar (21).

La preocupación del legislador ha sido la de prohibir apostar cantidades importantes en los juegos (22), ya que es lo que crea proble-

(21) En este sentido, la citada Circular del Tribunal Supremo de 12-3-1934, que en el inciso último de su número 5.º establece: "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 consiste 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 carácter de ilicitud".

En la Sentencia de 12-2-1901, que se comenta en la Circular anterior se recoge: "Conforme al texto del expresado artículo, son elementos esenciales del delito que en él se prevé y castiga que el juego pertenezca a una de las clases designadas, cuyo resultado no dependa de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte, o en que se apuesta dinero sobre lances determinados, y que unos y otros se realicen en casa destinada expreso...".

(22) En el art. 4.º, 3, d) del Real Decreto de 11 de marzo de 1977, se establece que se "señalarán las cuantías máximas de las apuestas o envites".

En la Pragmática de Carlos III de 6-10-1771, se establecía: "En los juegos permitidos de naipes que llaman de *comercio*, y en los de *pelota*, *trucos*, *villar* y otros que no sean de suerte y azar, ni intervenga envite; mando, que el tanto suelto que se jugare, no puede exceder de un real de vellón, y toda la cantidad de treinta ducados señalados en la ley 8, aun-

mas posteriores (especialmente en la mayoría de los que pierden mucho dinero); como el cruce de apuestas se hace en los juegos de suerte, envite o azar es por lo que la prohibición siempre fue dirigida a éstos. Establece la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1889: "Los mismos juegos lícitos se convierten en ilícitos cuando interviene envite o apuesta que se hace, añadiendo al interés que representan los tantos ordinarios de cierta cantidad que se aventura a un lance o suerte" (23).

Ese deseo del Gobierno de evitar apuestas, aunque sea en juegos lícitos, se recoge en la Orden de 31-7-1952 del Ministerio de la Gobernación sobre juegos lícitos en establecimientos de bebidas (24). Esa preocupación se refleja en el artículo 1.º, 1 del citado Decreto de 11-3-1977, así como también en su artículo 2.º, 2 (25).

No afecta para nada la reforma a lo que debe entenderse por casas de juego de suerte, envite o azar no autorizadas. Seguirán siendo aquéllas que se dedican de manera habitual (26) a la explotación de esta clase de juegos, siempre que no estén autorizadas. No es necesario que se habilite toda una casa, sino que es suficiente dedicar parte de ella, como puede ser una habitación. Quedan fuera del artículo 349 los supuestos de juegos de suerte, envite o azar que se practiquen en casas o locales no destinados habitualmente al juego, sin perjuicio de que la conducta pueda ser constitutiva de falta (art. 575).

Diferencias entre el delito y la falta en los juegos ilícitos.—Hay

que sean en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas algunos de los mismos jugadores... todos los que excedieren a lo mandado incurrirán en las mismas penas que van declaradas respectivamente para los juegos prohibidos".

(23) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 966, recoge la opinión de FRANK, SABATH y SEELING, quienes estiman que un juego lícito, donde tiene importancia la inteligencia de los que intervienen en el mismo, puede ser considerado de azar —ilícito— cuando hay algún jugador que desconoce la reglas del juego. Esto crearía problemas, ya que podría llegarse a pedir la ilicitud cuando la diferencia de conocimiento de las reglas y habilidad fueran notorias. En aquellos supuestos más bien podría recurrirse a la figura de estafa, ya que puede haber un engaño. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, III, *cit.*, pág. 417.

(24) Establece esta Orden: "En los establecimientos públicos de bebidas, cuando se celebren juegos lícitos como damas, brisca, tute, ajedrez y otros de mero pasatiempo, no de suerte, envite o azar, no podrán cruzarse en las partidas cantidad alguna".

(25) Vid nota 20.

(26) Véase LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, págs. 75 y ss.; OLARTE CULLÉN, L.: *Los juegos ilícitos*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", 1963, pág. 243; QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, III, Madrid, 1965, pág. 423; RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 968.

Dispone la Sentencia de 29-12-1890: "El juego de suerte, envite o azar determina este delito cuando tiene lugar en casa destinada expreso al mantenimiento de ese vicio, pero no cuando se realiza más o menos accidentalmente en una morada particular".

Se exige la habitualidad en las SS. de 3-8-1889, 14-3-1891, 9-12-1892, 14-2-1893, 16-9-1904, 13-2-1912.

que atender a la habitualidad en las casas de juego y lo accidental (27). en los "sitios o establecimientos públicos" del artículo 575. Por tanto, será atípico el juego accidental —no habitual— en casa particulares y locales que no sean públicos (28).

Mientras que en el artículo 349 la pena es diferente para banqueros, dueños, etc., y jugadores, en el artículo 575 es la misma para quienes promueven que para los jugadores.

Desde el terreno criminológico, las diferencias entre el delito y la falta son muy notables. Mientras las *casas de juego* buscan la clandestinidad (29), no ocurre lo mismo en los supuestos del artículo 575, donde los juegos de azar han de tener lugar en sitios o establecimientos públicos, lo que supone una mayor publicidad y, por tanto, mayor riesgo de ser descubierto (30).

Banqueros.—Tampoco la reforma afecta para nada al concepto de éstos, a quienes se les seguirá considerando como las personas que en las casas de juego llevan la dirección del mismo (31). Si la tenencia de la banca es de forma esporádica —cuando va pasando de unos jugadores a otros— habrá que aplicar el párrafo tercero del artículo 349, o sea, perseguir al sujeto como jugador y no como banquero.

Dueños, directores, gerentes o encargados.—Se agrega en la nueva redacción del artículo 349 las figuras del director, gerente y en-

(27) Establece la Sentencia de 1-5-1876 que el artículo 358 sólo comprende a los banqueros y dueños de casas de juego de suerte y azar y a los jugadores que en las mismas casas se encuentren; no comprende a otros establecimientos públicos para los cuales es aplicable el artículo 594.

La Sentencia de 5-5-1891 establece que el artículo 594 sólo es aplicable cuando se establece el juego de azar *accidentalmente* en los sitios o establecimientos a que el mismo se refiere, pero no cuando en ellos se destina un local para el juego habitual y permanente, quedando así convertido en verdadera casa de juego.

El criterio de la *accidentalidad* en la falta de juego se reitera en la Sentencia de 29-4-1908.

(28) Véase, LANDROVE DÍAZ, *Ob. cit.*, págs. 78 y ss.; OLARTE CULLÉN, *op. cit.*, pág. 248; QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, III, pág. 422-423; RODRÍGUEZ DEVESEA, *ob. cit.*, pág. 969.

(29) Habitación del piso principal de un café, separada de las destinadas al juego de billar (S. 1-4-1887). Los procesados eran dueños de un café con habitaciones separadas con varios útiles y con timbres eléctricos para evitar una sorpresa (S. 14-6-1895). Existía una habitación reservada contigua al salón general, con el que comunicaba por una puerta que estaba cerrada, clavada y empapelada, lo mismo que el resto del salón, a cuya habitación se entraba por otra puerta existente en el pasillo (S. 8-11-1897). En una casa donde se jugaba a los prohibidos... el tener un dependiente el dueño encargado de la vigilancia para evitar las sorpresas (S. 4-5-1900).

(30) En el Proyecto de Ley de 1912, donde se pedía la autorización de juegos prohibidos, la redacción propuesta para el artículo 594 (hoy 575) era la siguiente: "Los que en sitios o establecimientos públicos promovieren o tomaren parte en cualquier clase de juego de azar que no fueren de puro pasatiempo y recreo, o no estuvieren debidamente autorizados, incurrirán en la multa de 5 a 25 pesetas".

(31) Véase, VIADA, *ob. cit.*, II, pág. 520.

cargado. Hay que tener en cuenta que ahora el juego va a ser explotado normalmente por sociedades o empresas, en las que se dan es comisiones entre el personal de las mismas; estos elementos prácticamente no aparecían en la situación anterior, donde se actuaba en *casas fuera de la ley*, con pequeño volumen de movimiento —aunque había algún caso aislado de sociedades donde se practicaban juegos ilícitos con un sistema similar de control y dirección (32).

Esas figuras, que seguirán sin aparecer en las *casas* no autorizadas donde se practiquen juegos de suerte, envite o azar, quedarán para los supuestos de casas autorizadas donde se practiquen juegos no autorizados.

La figura de directores, gerentes y encargado quedará bien definida, ya que recaerá sobre personas o personas determinadas. Por dueño habrá que entender a los propietarios o arrendadores de los locales, autorizados o no, donde se lleven a cabo los juegos. Sin embargo, se puede plantear el problema de la responsabilidad colectiva en atención a que con frecuencia serán varios socios los titulares del negocio.

La jurisprudencia ya tenía previstas tales situaciones, pues la Sentencia de 3-7-1889 disponía que “toda persona individual o colectiva que establezca o consienta el juego prohibido en un local sometido a su disposición, dirección o gerencia, debe ser reputado como dueño de casas de juego”, con lo que puede decirse que las figuras que ahora se amplían, la jurisprudencia las consideraba incluidas en la de dueños.

Comiso (33).—Parece que conforme queda la redacción actual del artículo 350 del Código penal, el comiso del “dinero, los efectos y los instrumentos y demás útiles destinados a juegos no autorizados”, solamente afecta a los juegos prohibidos, pero no a los autorizados, aunque se practiquen en casas no autorizadas (34). Sin embargo, ha de entenderse que el comiso afecta también a estos últimos supuestos, ya que en el artículo 349 se equiparan los juegos prohibidos a los permitidos, siempre que éstos se desarrollen en casas no autorizadas.

Nos encontramos ante una forma especial de comiso —también en el art. 602, 6.º— que resulta más grave que la genérica del artículo 48. Sin embargo, si tenemos en cuenta que los efectos criminógenos

(32) Las prohibiciones que se establecen en el artículo 4.º, 2, c) del Decreto de 11 de marzo, no tienen ningún efecto penal, solamente administrativo. Se dispone en el precepto que se prohíbe “tomar parte en los juegos, directamente o a través de personas interpuestas, a los miembros de los órganos de las entidades, a los propietarios, gerentes y administradores de los establecimientos turísticos y al personal al servicio de aquéllas y de éstos”.

(33) Véase, LANDROVE DÍAZ, ob. cit., págs. 98 y ss.; OLARTE CULLÉN, op. cit., págs. 246 y 249; PUIG PEÑA, F., *Comiso*, en “Enciclopedia Jurídica Seix”, IV, págs. 455 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, ob. cit., III, páginas 427 y ss.; RODRÍGUEZ DEvesa, ob. cit., pág. 970.

(34) En el número 6.º del artículo 602 del Código penal, dentro de las disposiciones comunes a las faltas, el comiso del dinero, efectos, instrumentos y útiles, solamente afecta a los juegos prohibidos.

del juego se derivan de las pérdidas de los jugadores, el comiso del dinero tendrá consecuencias más graves para el sujeto y su familia cuando mayor cantidad se le ocupe. Por esta razón, y teniendo en cuenta que se debe huir en el Código de tipificar situaciones específicas, debía derogarse el artículo 350, rigiéndose los juegos ilícitos por las normas generales del artículo 48.

Las consideraciones anteriores nos llevan a inclinarnos por el criterio restrictivo en el comiso de dinero (35), que solamente debe extenderse al que se encuentre en la mesa de juego y en las manos de los jugadores, no al que tengan guardado (36). Por otra parte, no todo el dinero que llevan consigo los jugadores está destinado al juego, aunque así sea en algunas ocasiones —aun en estos casos siempre se reserva una cantidad, aunque sea pequeña, para tomar bebidas o alimentos, pagar los gastos de regreso a casa, sobre todo cuando se hace un desplazamiento largo, etc. También hay que tener en cuenta que resulta frecuente en los juegos prohibidos, que la banca ha de depositar encima de la mesa la cantidad que está dispuesta a arriesgar, requisitos necesario para que los jugadores no apuesten más de lo que resta en la misma, pues en caso de ganar no cobrarían más que hasta donde alcance el resto; sin embargo, lo normal es que quien pone la banca —a veces es más de uno— disponga de más dinero, que tal vez no desee arriesgar (37). Tampoco ha de olvidarse que hay jugadores que destinan una cantidad fija al juego y de la que no se pasan una vez que la han perdido, pese a disponer de más dinero.

Por todo lo anterior, no debe extenderse el comiso a las cantidades que lleven consigo los jugadores (38), pues en caso de duda habrá que tener en cuenta el principio *in dubio pro reo*.

En cuanto a los *efectos, instrumentos y demás útiles* destinados al juego, solamente afectará a aquéllos que son necesarios para el desarrollo de los mismos como las cartas, dados, ruleta, fichas, etc., pero no se extenderá a otros enseres que pueda haber en el local y que no tengan relación directa con la práctica del juego como las sillas, mesas, etc. (39).

(35) Véase, LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, págs. 99-100; OLARTE CULLÉN, *op. cit.*, pág. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, III, pág. 429.

(36) La R. O. de 2-8-1881 disponía, entre otras cosas, "que en los casos de aprehensión "in fraganti" de los jugadores, deben abstenerse de ocupar el dinero objeto del juego, limitándose a recoger los efectos e instrumentos del delito, que pondrán con los reos a disposición del Juzgado competente".

(37) VIADA, que se inclina por el criterio restrictivo en el comiso del dinero en el caso de los jugadores, se pronuncia en favor del extensivo para los banqueros y dueños de casas de juego, pues considera que la "especulación ilícita consiste precisamente en tener en su poder las diversas sumas que quieran los jugadores ir exponiendo sucesivamente a los azares de la partida", *ob. cit.*, II, pág. 530.

(38) Se inclinan por el criterio extensivo MARTÍNEZ BELLO, J.: *Juego*, en "Enciclopedia Jurídica Seix", XX, pág. 140; PUIG PEÑA, *op. cit.*,

(39) En los Códigos de 1848 (art. 260) y 1850 (art. 267), el comiso se extendía también a los muebles de la habitación.

La situación es igual para las faltas, pues en el número 6.º del artículo 602 se establece que caerán siempre en comiso "el dinero, efectos, instrumentos y útiles que sirvan para juegos prohibidos".

IV. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS

Los efectos criminógenos del juego se reconocen desde épocas remotas. En el Libro de las Costumbres de Tortosa (siglo XIII), por ejemplo, se recogía: "Porque de juego de dados y de otras clases se siguen a veces muchos males en personas y en bienes" (Lib. III, Rub. 16, 1). En la introducción al Ordenamiento de Tafurerías se dice que uno de los motivos de tal regulación obedecía a la necesidad de "evitar y castigar los engaños, trampas, riñas y aun muertes, que suelen ocasionar los juegos". Esta regulación no resolvió los problemas criminológicos, ya que en los mismos continuaron. Carlos III, en una Orden de 18-12-1764, denuncia el fraude y engaño que había en los juegos. Que los juegos venían siendo objeto de males, lo recoge el práctico Marcos Gutiérrez, a principios del siglo XIX (40). Dentro del terreno del Derecho penal son diversos autores los que sostienen la estrecha relación que se da entre los juegos y la delincuencia, para lo que cabe citar a los primeros comentaristas, Groizard, Pacheco, Viada, etc. (41).

En el primer tercio del presente siglo eran muchos los juegos que siempre se llevaban a cabo con trampa, como *las trin, los pastos, el maco, el boliche, el inglés, ruedas de feria*, etc. (42), que eran manejados por una serie de jugadores profesionales (43). Algunos de éstos se siguen practicando todavía, mientras que otros tienden a desaparecer.

Se calcula que el año 1922 había en España unas dos mil casas de juego, setenta de ellas en Madrid (44).

Los efectos criminógenos del juego son claros en algunos casos,

(40) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*. Madrid, 1806, III, pág. 212.

(41) Vid. referencia notas 46-48.

(42) SERRANO GARCÍA, P.: *Delincuentes profesionales*, Madrid, 1935, págs. 91 y ss.; véase SOLANA, G.: *El juego en la sociedad española del siglo XX*, Madrid, 1973.

(43) CRESPO LARA dedica un capítulo de su obra *Los juegos ilícitos*, cit., a las "trampas y fullerías a que se prestan todos los juegos", páginas 100 y ss. y recoge los nombres con los que los tahúres designan esas suertes, y eran: *el salto de la baraja, el coste falso, la horcajadura, el puente, el cambio de barajas, las mezclas falsas, la mezcla clasificadora, la mezcla parcial, el abanico, la cola de milano, las cartas adherentes o resbaladizas, las cartas ásperas, el rosario, la caja de reflexión*, etc.

En el Reglamento de la Guardia Civil, II parte, art. 153, se consideran como juegos prohibidos de azar y envite: *el cané, vivis, golfo, monte, el parar y la ruleta*. En el art. 152 se establece la vigilancia en determinados lugares públicos para evitar que "algunos aventureros, a personas incautas..., con amaños, ganen el dinero".

(44) SOLANA, *ob. cit.*, pág. 27.

pues llevan a una grave crisis económica del sujeto que repercute en toda la familia. Ante esta situación y para resolver el problema económico, con sus repercusiones sociales, puede ocurrir: a) Que el propio jugador recurra al delito para compensar las pérdidas del juego; b) Que los hijos varones terminen en el delito; c) Que las hijas se prostituyan, y d) Prostitución de la madre o la comisión de delitos, en especial hurtos en grandes almacenes, pues normalmente es el primer miembro de la familia que se inicia en una conducta desordenada. Tampoco el jugador soltero está exento de riesgos, aunque en menor proporción que el casado. Algunos jugadores terminan suicidándose, conducta poco frecuente. En ocasiones se pide dinero prestado para seguir jugando que, al recibirlo a intereses muy elevados, da lugar a un delito de usura.

No cabe la menor duda que alrededor del juego, autorizado o no, hay todo un mundo del hampa. Aun en los locales más controlados no se puede evitar la existencia de "croupiers" y jugadores profesionales que pueden hacer trampas. Es mucho el dinero que se mueve en torno al juego, donde suelen inmiscuirse diversos tipos de delincentes (45).

Para darnos una idea de la importancia que tiene el mundo del delito en el juego basta señalar que en Estados Unidos el costo del delito en el año 1974 fue de 88.600 millones de dólares. De esta cifra, las sumas obtenidas por el crimen organizado en concepto de bienes y servicios ilícitos para el juego, fueron 30.000 millones de dólares (46).

Lo que resulta claro es que la participación de capital extranjero (prevista en el artículo 4.º, 3 del Real Decreto-ley de 25-2-77) en las sociedades o empresas que se dediquen a actividades relacionadas con los juegos autorizados acelerará los efectos criminógenos por su mayor experiencia en los fraudes, pues junto al capital vendrá el asesoramiento. Esta participación, en principio, supone un riesgo en el terreno criminológico.

Surge la duda de si la autorización de algunos juegos tendrá efecto positivo o negativo desde el punto de vista criminógeno. No es fácil dar una solución. Téngase en cuenta que un mayor control de las casas de juego evita muchos fraudes. Sin embargo, como a esos establecimientos autorizados irán muchas personas a jugar que no lo harían estando prohibido el juego, resulta que se incrementa el número de personas que pueden terminar en el delito, pues uno de los efectos criminógenos son las pérdidas en el juego, con independencia que sean lícitos o prohibidos. Por otra parte, en esos locales autorizados y amparados en la legalidad, se forman los grandes gangs que explotan el juego, con todas sus consecuencias criminógenas.

Que la Administración no ignora los peligros del juego se deduce de las medidas que se adoptan en el Decreto: Prohibición de entrar

(45) Véase, HENTING, *El gangster*, trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1965, págs. 157 y ss.

(46) A/ CONF. 56/7, págs. 3-4.

en los locales a los menores de veintiún años, a los funcionarios que manejan fondos públicos, quienes se encuentran en situación de libertad condicional o sometidos al cumplimiento de una medida de seguridad, quienes porten armas, etc. (art. 6.º, 1). Y aunque algunas de estas medidas son discutibles, lo cierto es que tienen un fin preventivo, lo mismo que el control de locales por determinados funcionarios estatales (art. 8.º). También cabe recoger la prohibición de “tomar parte en los juegos, directamente o a través de personas interpuestas, a los miembros de los órganos directivos de las entidades, a los propietarios, gerentes y administradores de los establecimientos turísticos y al personal al servicio de aquéllos o de éstos”.

Un peligro grave será si se llega a la instalación de máquinas automáticas de juego, a las que puedan tener acceso los menores de veintiún años, pues resulta seguro que el vicio en que caerían muchos les llevaría a buscar el dinero de forma ilícita para jugar.

Nos encontramos ante un delito de una elevada *cifra negra* (delitos no conocidos). Ya se vio cómo en los cuatro años de 1970/1973 solamente hubo 79 condenas por juegos ilícitos. Si tenemos en cuenta lo mucho que se viene jugando en España a juegos prohibidos y ese bajo índice de condenas, la cifra de delitos que no son conocidos por la justicia es muy grande. Si tuviéramos que dar una cifra más o menos al azar, podría decirse que se conoce un delito de cada 20.000 ó 25.000 de los que se cometen. Si se incluyeran las faltas del artículo 575, las cifras se elevarían siete u ocho veces más.

La autorización de algunos juegos en determinados locales no va a terminar, ni mucho menos, con la práctica de juegos en locales no autorizados, e incluso en los autorizados se jugarán algunos de los prohibidos. La prohibición tiene su aliciente, pues el mundo del hampa se mueve con más libertad frente a sus víctimas; otro aliciente es que no hay que pagar al fisco. La *cifra negra* apenas variará.

En el artículo 3.º, 7 del Decreto-ley se establece que uno de los fines que se perseguirán con los beneficios de la tasa que se pague por los juegos autorizados será para la “prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil”. Sorprende un poco que en un país como el nuestro, donde la investigación criminológica y la prevención son prácticamente desconocidas, se pueda hacer efectivo ese buen deseo del legislador (47). Cabe recordar al respecto que la Comisión Nacional de Prevención del Delito —creada por Decreto de 15 de marzo de 1973—, ha sido inoperante, y por ahora no tiene posibilidad de éxito, pues incluso la pequeña cantidad que en principio se le asignó para sus fines —unos cinco millones de pesetas— le ha sido retirada, por lo que carece de subvención alguna para cumplir su función.

(47) SERRANO GÓMEZ, *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*. cit.

V. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

La legislación histórica nos demuestra que los efectos negativos del juego siempre han existido, tanto cuando los juegos de azar han estado permitidos como cuando se prohibieron.

La criminología nos enseña que la situación prácticamente no variará con la autorización de determinados juegos de suerte, envite o azar. Los problemas familiares y sociales se mantendrán, aunque haya algunas variaciones; la ruina de algunos sujetos —con los problemas familiares que lleva consigo—; el cometer otros delitos para recuperar lo perdido en el juego o para seguir jugando, continuará en una escala similar; seguirá habiendo algún suicidio; aparecerán “gangs” relacionados con el juego autorizado, así como con los prohibidos y a veces mezclados en unos y otros; muertes por ajustes de cuentas entre los miembros de los gangs, etc.

En cuanto al bien jurídico protegido no hay unanimidad entre los autores:

a) Tradicionalmente se han venido considerando los juegos ilícitos como un delito contra las costumbres. Decía Pacheco que “no hay mal, no hay crimen, que no nazca espontánea y brevemente de su costumbre” (48); Viada escribía que “entre los elementos de corrupción que más desastrosas consecuencias producen en el seno de la sociedad, ninguno tan trascendental y de resultados tan funestos como los juegos de suerte, envite o azar” (49); para Groizard, el juego era un “gran mal social” (50), mientras que para Vicente y Caravantes impulsan el delito (51).

b) Rodríguez Devesa dice que los juegos ilícitos “están configurados en nuestra legislación como delitos contra la sociedad” (52).

c) Quintano Ripollés, tras considerar que es difícil determinar la naturaleza jurídica de los juegos ilícitos, los considera como una infracción contra el patrimonio (53). Cuello Calón estima que tienen un marcado carácter de ofensa patrimonial (54).

d) Landrove Díaz pone en duda que los juegos ilícitos atenten contra el patrimonio o las buenas costumbres (55). Muñoz Conde considera que “es difícil precisar un objeto de protección” (56).

(48) PACHECO, *Código penal concordado y comentado*, II, Madrid, 1870, pág. 384.

(49) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, II, Madrid, 1890, páginas 519-520.

(50) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, IV, Salamanca, 1891, página 57.

(51) VICENTE Y CARAVANTES, *Código penal reformado*. Madrid, 1851, pág. 343.

(52) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 964.

(53) QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, III, pág. 414.

(54) CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, Parte Especial, Madrid, 1975, pág. 389.

(55) LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, pág. 37.

(56) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, Parte Especial, Sevilla, 1976, pág. 386.

No queda claro, pues, cuál pueda ser el bien jurídico protegido. No cabe duda que afectan a la moral, las buenas costumbres, el patrimonio e incluso al orden público en algunos casos. Sin embargo, el efecto no se da en todos los jugadores, ni lleva en todo caso a situaciones desastrosas o de delito. Por otra parte, también hay otros vicios que pueden tener efectos parecidos o incluso más graves, pensemos, por ejemplo, en el alcoholismo, en el uso de estupefacientes —especialmente los que producen dependencia. Estas conductas, no obstante, no son constitutivas de delito, ¿por qué ha de serlo el juego? Puede argumentarse en contra, que para el alcohólico y el toxicómano la ley establece un tratamiento. Sin embargo, para el jugador que pone en peligro la situación económica de la familia habrá que recurrir al artículo 487 del Código penal; cabría también la posibilidad de evitar la ruina mediante la declaración de prodigalidad, prohibiéndole la administración de sus bienes.

Tampoco parece lógico que el mismo juego, sea perseguido o no, según se juegue en lugar autorizado o que no lo esté; que se instalen los establecimientos teniendo en cuenta la infraestructura turística. No parece muy acertado que las posibilidades de jugar no sean iguales para todos, sin perjuicio de que la capacidad económica de algunos no les permita jugar en determinados locales. Cada cual parece que debe disponer de su dinero según crea oportuno, siempre que no infrinja la ley.

Creemos que el Derecho penal no debe tipificar los juegos ilícitos. Hay que terminar con nuestra tradición histórica que ha sido partidaria de su tipificación.

El propio Pacheco escribía, pese a ser partidario de que los juegos debían recogerse en el Código penal: “Si el juego de suerte o azar no es en sí mismo —que no lo es sin duda— una acción mala” (57). Groizard sostenía que aunque “el juego es un gran mal social. La ley debe prohibirlo, perseguir a los que a él viven consagrados y hasta castigarlos. Pero todo esto es más propio de las leyes y de las autoridades administrativas que de las leyes represivas... Ni dolo, ni daño mediato ni inmediato ofrece el análisis científico de los actos constitutivos de los juegos de suerte o azar... no tiene fácil justificación el hacer de los juegos de suerte y azar un orden de delitos” (58), “el juego es un vicio, pero no un verdadero delito” (59).

Ferrer Sama considera que “si el juego en sí no es una acción mala, no puede sostenerse lógicamente que pueda ser castigado como delito” (60).

Landrove Díaz estima que el juego no debía constituir delito. A lo sumo, se tendrá en cuenta la peligrosidad de algunos sujetos para la aplicación de una medida de seguridad (61).

(57) PACHECO, *ob. cit.*, II, pág. 384.

(58) GROIZARD, *ob. cit.*, IV, pág. 57.

(59) GROIZARD, *ob. cit.*, IV, pág. 55.

(60) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, IV, Madrid, 1959, pág. 50.

(61) LANDROVE DÍAZ, *ob. cit.*, pág. 37.

Desde el punto de vista de *lege ferenda* estimamos que los juegos ilícitos deben desaparecer del Código penal, por lo que habría que derogar los artículos 349, 350, 575 y núm. 6.º del 602, por las razones siguientes:

- No queda claro cuál es el bien jurídico protegido.
- El mínimo ético que protege el Derecho penal debe estar por encima del límite que representen los juegos ilícitos.
- Hay otros vicios similares o de mayor gravedad que los juegos ilícitos que no se persiguen como delitos.
- Que un juego sea permitido o prohibido dependa no de la naturaleza, sino de su autorización en determinados establecimientos, es algo que escapa a todo lo que debe ser una verdadera tutela jurídico-penal, máxime teniendo en cuenta, como nos demuestra la Criminología, que los efectos generales prácticamente no varían.
- Las nefastas consecuencias del juego se mantienen, se legalice o siga su prohibición.
- La cifra negra —delito desconocido— es muy grande, por lo que es de suponer que no disminuirá apenas la práctica de juegos de suerte, envite o azar prohibidos, cuya persecución seguirá siendo realmente difícil.
- El Código penal ya sanciona el fraude en el juego (art. 529, 7.º), así como supuestos en que las pérdidas del jugador puedan llevar a un delito de abandono de familia, como consecuencia de la crisis económica (art. 487).
- En el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1975, se pide la despenalización del juego (62).

No cabe duda que el juego debe regularse para evitar fraudes, problemas de orden público, etc. Sin embargo, la regulación ha de ser administrativa y no penal. Deben ser suficientes los Decretos que se han venido comentando en el presente trabajo (Real Decreto-ley de 25 de febrero y Real Decreto de 11 de marzo), que regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas, sin perjuicio de una nueva disposición que los completara.

(62) A/CONF. 56/3, pág. 117 y A/CONF. 56/4, pág. 58.

El recluso penal, víctima de la sociedad humana

ISRAEL DRAPKIN

Profesor Emérito de Criminología
Facultad de Derecho - Universidad Hebrea de Jerusalén (Israel)

1.—Ya sugeríamos en un trabajo anterior (1) que observando la sociedad contemporánea, con su marea ascendente de violencia, se puede tener la impresión que jamás ha vivido el hombre rodeado de tan increíble atmósfera de brutalidad. Este espejismo se debe al hecho que estamos absorbidos por el presente, con su problemática urgente e inmediata, lo que circunscribe y limita nuestra perspectiva. La verdad es que el hombre ha vivido siempre tuteándose con la violencia, expresada en mil formas diferentes. Recordemos que el aforismo latino “Homo Hominis Lupus” (el lobo es el lobo del hombre) ha sido acuñado hace siglos, por razones obvias.

Bastarían algunas pocas observaciones esquemáticas para probar que la violencia es una característica humana fundamental, independiente de tiempo y lugar, costumbres o culturas. Desde el fratricidio de Abel por Caín hasta hoy, las tragedias causadas por el hombre —el “homo sapiens, ;pero poco...!— son infinitas. Las guerras interminables entre las tribus primitivas, las primeras ciudades-estados y los imperios de la antigüedad, con la masacre sistemática de los prisioneros; la destrucción del Imperio Romano y la invasión de Europa por los bárbaros de la época; la “noche” de la Edad Media, con sus pesadillas delirantes; las conquistas de los mongoles, con el tártaro Gengis Kan a la cabeza, que aterrorizó Eurasia, causando matanzas increíbles y arrasando todo en su camino (“donde pisaban sus plantas, no volvía a crecer el pasto”); las Cruzadas de los siglos XI a XIII y la “Santa” Inquisición, con sus atrocidades inverosímiles, basadas sobre un ferviente odio religioso; las revoluciones y las guerras de los dos últimos siglos, con sus millones de víctimas, etc. Y durante nuestro “refinado” siglo XX, recordemos la “elegancia” cruel, sádica y diabólica, con que el régimen nazi degradó y deshumanizó a millones de sus víctimas inocentes, antes de su “liberadora” aniquilación definitiva; y los horrores de los japoneses en los territorios que ocuparon, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, así como el “ex-

(1) ISRAEL DRAPKIN *La Cultura de la Violencia*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, 1976, págs. 469-485.