



Presentación en Cámara de Diputados:

*“Constitucionalidad del Proyecto de Ley
que regula el desarrollo de las
plataformas de apuesta en línea”*

JAVIER COUSO S.

DOCTOR EN DERECHO
CONSTITUCIONAL

MARZO 21, 2022

Estatuto constitucional de los juegos de azar y las apuestas en el derecho chileno.

- a.- Hay quienes han aseverado que la existencia de una supuesta prohibición de las apuestas, que se desprendería de normas constitucionales.
- b.- Pero el Artículo 63, N° 19, de la Constitución, dispone que *“las normas que regulen las loterías, hipódromos y apuestas en general, son materias de ley”*.
- c.- Esta norma solo impone una reserva legal en la materia, no su prohibición.
- d.- Afirmar lo contrario llevaría a la (absurda) conclusión de que las diferentes leyes que han autorizado casinos, loterías y otros juegos de azar, serían todas inconstitucionales.

Estatuto constitucional de los juegos de azar y las apuestas en el derecho chileno.

a. Como el artículo 63, N° 19, de la Constitución no distingue entre el tipo de apuestas que menciona (lo que se desprende de la expresión “apuestas en general”), cabe concluir que las plataformas de apuestas en línea tampoco se encuentran constitucionalmente prohibidas.

b.- Luego, el único efecto que la norma constitucional mencionada tiene respecto a las plataformas de apuestas en línea, es que su regulación está reservada al legislador.

Los juegos de azar y las apuestas en el Derecho Civil chileno

a. Así como la Constitución no prohíbe las apuestas, tampoco lo hace el Código Civil. Este último se limita a declarar que hay objeto ilícito en las “deudas contraídas en los juegos de azar”, pero no en los juegos y las apuestas *per se*.

b. Plantear que el Código Civil prohíbe los juegos de azar y las apuestas es inconsistente con lo dispuesto en los artículos 2259 al 2263, que reconocen la existencia de juegos y apuestas lícitos, y que los regulan. Plantear que el Código Civil prohíbe las apuestas, haría ininteligible que dedique buena parte del Título XXXIII del Código Civil (“Del juego y la apuesta”), a regular este tipo de contratos aleatorios.

Los juegos de azar y las apuestas en la Ley Nº 19.995 (“De Casinos”)

a.- La Ley Nº 19.995, de Casinos, tampoco prohíbe las apuestas (o exige que sean autorizadas por el Estado). Como lo demuestra una interpretación armónica de la misma, así como la historia fidedigna de su establecimiento, la Ley de Casinos sólo regula la autorización, funcionamiento, administración y fiscalización de los casinos de juego, y de los juegos de azar “que en ellos se desarrollen”, lo cual excluye toda regulación de las apuestas que se desarrollen fuera de los casinos de juego.

Los juegos de azar y las apuestas en la Ley N° 19.995 (“De Casinos”)

- ▶ a.-La única norma de la Ley N° 19.995 que menciona los juegos de azar en línea (su artículo 5°) lo hace para prohibir que los permisos de operación de los casinos físicos “comprendan” los juegos en línea, dejando sin regular (ni prohibir) los juegos en línea que se desarrollen fuera de los casinos.
- ▶ b.-De haber pretendido la referida ley prohibir, “*tout court*”, los juegos en línea, habría complementado esta norma dirigida a los casinos autorizados con otra –más general— que hubiera prescrito que se encuentran prohibidos los juegos en línea. Lo que no hizo.

Los juegos de azar y las apuestas en la Ley N° 19.995 (“De Casinos”)

- ▶ Como las apuestas en línea que se desarrollen fuera de los casinos autorizados no están prohibidos, y como las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Casinos de Juego sólo alcanza las apuestas que se desarrollen en los casinos, los intentos de la anterior de fiscalizar las plataformas de apuestas en línea carecen de sustento legal.

El estatus jurídico de las plataformas de juego en línea en Chile.

- Considerando que el “axioma” del derecho público más importante prescribe que los órganos del Estado sólo pueden hacer aquello para lo que se encuentran constitucional y legalmente habilitados, pero los particulares pueden hacer todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido por la carta fundamental y las leyes, mientras las plataformas de juegos en línea no se prohíban, pueden operar aún a falta de un marco legal que las regule.
- Esto se ve reforzado en el ámbito de los juegos y apuestas en línea por las garantías constitucionales del artículo 19, números 16 y 21, que reconocen a las personas el derecho a la libertad de trabajo, y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

El estatus jurídico de las plataformas de juego en línea en Chile.

a.- Si los juegos y apuestas en línea fueran siquiera sospechosos de conspirar contra el bienestar de las personas, el bien común, o la seguridad nacional, sería incomprensible que el Estado hubiera dejado transcurrir un cuarto de siglo sin prohibirlos

b.-Considerando los mandatos que impone al Estado el artículo 1º de la Constitución. En especial: “(...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, (...).”

JURISPRUDENCIA RELEVANTE PARA EL CASO DE LAS PLATAFORMAS DE JUEGO EN LÍNEA (1)

- ▶ La tesis de que las plataformas de apuestas en línea pueden operar aún a falta de un marco legal que las regule, cuenta con un importante respaldo jurisprudencial. La sentencia de la Corte Suprema “Cortés con Uber Chile SpA” (de 2017), que desestimó la acusación de asociaciones de taxistas contra UBER (de actuar ilegalmente) fundamentando su sentencia en que no es posible establecer que una actividad es ilegal si no existe un marco regulatorio con el cual determinar la legalidad o ilegalidad de la misma, tiene plena aplicación a la situación que experimentan las plataformas de apuestas en línea.

JURISPRUDENCIA RELEVANTE PARA EL CASO DE LAS PLATAFORMAS DE JUEGO EN LÍNEA (2)

Esta sentencia vino a ratificar la doctrina avanzada por el constitucionalista Emilio Pfeffer en 2012, cuando argumentó que “...un acto es ilegal cuando no se atiene a la normativa por la que debe regirse...”. Considerando la jurisprudencia de la Corte Suprema, así como la doctrina mencionada, la noción de que una actividad empresarial debe reputarse como “ilegal” por el hecho de no estar regulada, es incorrecta. Así como Uber y otras aplicaciones en línea de servicios de transportes pudieron seguir operando mientras esperaban la aprobación de la ley que ahora comenzará a regularlas, las plataformas de apuestas en línea debieran poder continuar con sus actividades, mientras espera que el lento proceso legislativo para regularlas concluya.

“Proyecto de Ley que regula el desarrollo de las plataformas de apuesta en línea (1)”

a.- Proyecto viene a regularizar una actividad económicamente relevante, que lleva décadas sin contar con un marco legal que le proporcione certeza jurídica a los operadores, seguridad a los usuarios, y protección a los menores.

b.-Destaca el que la estructura regulatoria que adopte esté alineada con algunas de las más avanzadas del orbe, tanto por la precisión conceptual que exhibe el proyecto, como por los mecanismos de autorización y fiscalización que contempla. El proyecto analizado termina con la tendencia al casuismo y al oligopolio con que históricamente se han regulado por ley los juegos de azar y las apuestas, adoptando un modelo regulatorio más competitivo y transparente.

“Proyecto de Ley que regula el desarrollo de las plataformas de apuesta en línea (2)”

- ▶ Más allá de la solidez en términos de las políticas pública, no se advierten problemas de constitucionalidad en el mismo. De hecho, la sola presentación del proyecto respeta a cabalidad el mandato contenido en el artículo 63, número 19, de la carta fundamental, que prescribe que la regulación de las “apuestas”.
- ▶ El hecho que el Proyecto otorgue a Superintendencia de Casinos de Juego (transformándola en una “*Superintendencia de Casinos, Apuestas y Juegos de Azar*”) poderes regulatorios y fiscalizadores respecto a las plataformas de juego en línea, representa un nítido reconocimiento por parte del Ejecutivo de que –hasta que no se apruebe el Proyecto de Ley— los intentos de la actual Superintendencia de Casinos de Juego de regular y fiscalizar entidades que no sean casinos, carecen de sustento legal, transgrediendo así los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

“Proyecto de Ley que regula el desarrollo de las plataformas de apuesta en línea (3)”

- ▶ El proyecto adopta una actitud regulatoria moderna respecto a actividades que poco se diferencian de, por ejemplo, la especulación bursátil, en que también se “apuesta” dinero con la esperanza de ganar (pero con el peligro de perder) y en que también pueden darse casos de adicción que lleven a la “ruina” a algunos de quienes participan en esta actividad.
- ▶ Si bien alguien podría contra-argumentar que la participación de individuos en los mercados bursátiles es crucial para financiar la actividad económica, lo cierto es que –a una escala mucho más reducida— algo similar puede decirse de las apuestas en línea, considerando que representan una industria en expansión que no sólo emplea a miles de personas, sino que aporta miles de millones de dólares en tributos a nivel global.

Impugnaciones a Constitucionalidad del Proyecto de Ley (1)

- ▶ En relación a la supuesta vulneración a la igualdad constitucional que representaría que se establezcan para las plataformas de apuestas en línea requisitos menos onerosos que los que tradicionalmente se han impuesto otros actores de industria de los juegos de azar y apuestas, ello desconoce que la realidad de las plataformas en línea es muy diferente a las de los casinos físicos, los hipódromos, las loterías y los bingos. Así, aún si fuera efectivo que el proyecto planteara exigencias menos onerosas a quienes regula que las exigidas a los incumbentes, ello no significaría que se esté discriminando arbitrariamente contra los últimos.
- ▶ Considerando los muy distintos contextos factuales de, por una parte, la industria de juegos de azar físicos y, por la otra, de las plataformas virtuales, las diferencias del marco regulatorio que el proyecto de ley en comento exhibe respecto de la Ley de Casinos no es producto de la arbitrariedad, sino que se explican tanto por diferencias auto-evidentes entre las actividades que se regulan, como por el avance de la globalización en el campo de los juegos de azar y las apuestas.

Impugnaciones a Constitucionalidad del Proyecto de Ley (2)

- ▶ En relación a la supuesta “*expropiación indirecta*” que experimentarían las empresas incumbentes (por haber realizado inversiones teniendo en cuenta un marco regulatorio en que no se vislumbraba regular las plataformas de apuesta en línea, lo que les hacía prever un cierto nivel de rentabilidad que se ahora estaría amenazado), la propia noción de la expropiación indirecta ha tenido una muy circunscrita acogida en el derecho nacional.
- ▶ En el caso que se analiza, no se dan las hipótesis en que se podría plantear que nos encontremos ante una situación de expropiación indirecta, ya que la expectativa que abrigaban los grupos incumbentes de que en Chile no se adoptaría una regulación de las plataformas de juego en línea era solo eso (una mera expectativa), y no un derecho adquirido que permita bloquear la adopción del nuevo marco regulatorio.