

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Juan Ignacio Contardo González

Profesor de Derecho Civil

Universidad Diego Portales

CONCEPTO DE JUEGO DE DESTREZA Y DE AZAR. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL 2758-2015, 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015¹

Una de las clásicas disposiciones de nuestro *Código Civil* establece que hay objeto ilícito en las deudas contraídas en los juegos de azar (art. 1466). El sentido tradicional que se les ha otorgado a los juegos de azar, esto es, aquellos en los que impera la suerte, se opone al de destreza física e intelectual regulados a propósito de los contratos aleatorios (arts. 2260 y 2263), los que están permitidos.

En Chile, los juegos de azar tienen una doble prohibición. La mencionada, a propósito del objeto ilícito, que regula los efectos civiles de las deudas contraídas en ellos y, por otro lado, también son ilícitos en materia penal, pues se sanciona con pena privativa de libertad a los tenedores de casinos de juego (art. 277 del *Código Penal*) y a los apostadores (art. 278 del *Código Penal*),

¹ Agradecemos a Guillermo Stange Arancibia, abogado asistente del TC, quien nos ha dado noticia del fallo y de otros procesos pendientes ante el TC en que se han debatido cuestiones similares. En todo caso, los comentarios expuestos son propios y no representan necesariamente las apreciaciones del abogado Guillermo Stange.

más el comiso del dinero o efectos puestos en juego y los instrumentos, objetos y útiles destinados a él (art. 279 del *Código Penal*).

En los últimos meses, las normas recién enunciadas han recobrado fuerza dejando su lado más clásico y cobrando actualidad. Así, en nuestro país han proliferado paulatinamente los denominados “casinos de barrio”, los que ofrecen juegos de tragamonedas al margen de los casinos permitidos por la legislación vigente. Varias municipalidades han permitido estos establecimientos, otorgándoles patentes (municipales) que permiten su funcionamiento en el orden también municipal, a través del pago de los derechos correspondientes. Y, en consecuencia, se ha generado un lucrativo negocio en la importación y venta de estos tragamonedas.

Lo anterior ha llevado a ciertas entidades a dirigir acciones penales en contra de los “dueños” de estas casas de juegos, los que han recurrido ante el TC alegando la inaplicabilidad de los art. 277 y 279 del *Código Penal*.

El punto central del conflicto en el orden constitucional ha sido determinar cuál es el concepto de juego de azar y de destreza. Los tenedores de estos casinos afirman que estas máquinas tragamonedas corresponden

a juegos de destreza y no de azar, por lo que, además, de serles inaplicables estas normas en el orden penal, serían inconstitucionales porque constituirían leyes penales en blanco.

Tal como ya puede el lector ir vislumbrando, la interpretación constitucional sobre el concepto de juego de azar puede influir en el sentido *civil* que debe dársele a la calificación para los efectos del art. 1466 y, en parte, como se señalará, al art. 1462, lo que permitirá cuestionarnos, incluso, sobre la legalidad civil de la comercialización de estas máquinas tragamonedas.

Lo que motiva nuestro comentario sobre esta sentencia del TC es cómo la nueva realidad de los juegos importa darle una nueva y fresca lectura a una de las más tradicionales disposiciones sobre objeto ilícito. Nos da la impresión que, aunque el pleito se centra en el orden constitucional y a propósito de las normas penales antes descritas, importantes consecuencias pueden presentarse en el ordenamiento civil como también parece sugerirlo la sentencia que comentamos.

Por lo tanto, para los efectos del siguiente comentario, primero, revisaremos brevemente

- I) el sentido de la prohibición de las deudas contraídas en los juegos de azar en el *Código Civil*,
- II) luego veremos cuál es el régimen sobre los juegos de apuesta ya azar en la legislación chilena
- III) lo que nos permitirá comentar adecuadamente la sentencia del TC y
- IV) sus desafíos en el orden civil.

I. EL SENTIDO DE LA PROHIBICIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN LOS JUEGOS DE AZAR

Esta prohibición no es una innovación de nuestro *Código Civil*. En efecto, desde muy antiguo han existido interdicciones a ellos.

Así, ya en la Roma antigua se prohibía el juego con objeto en el alea. Luis Claro y Elena Quintana nos dan cuenta de que se sancionaba a los apostadores con el cuádruplo de lo ganado, mas ser tachados de infamia. En la antigua Roma las apuestas eran solo permitidas en tiempos de las Saturnales, es decir, las festividades carnalescas las que se celebraban a la finalización de los trabajos del campo². Por el contrario, en las demás épocas del año se sancionaba con rigor a los apostadores. Aunque, posteriormente, de acuerdo con un senadoconsulto, se toleró a los juegos que desarrollaban la fuerza, antecedente de nuestro art. 2263³.

Estas prohibiciones fueron reproducidas por el Derecho Canónico, francés y otros europeos, y pasan a la generalidad de los códigos latinoamericanos como el nuestro⁴.

Una prohibición tan generalizada del juego de azar obliga a cuestionarse el porqué de ella, pues, de alguna manera, su prohibición es una restricción a la libre disposición de los bienes. Entonces, deben existir poderosas razones para sancionarlos y llegar a colocarlos dentro de la sanción más fuerte de nuestro ordenamiento civil: la nulidad absoluta.

² CLARO (2013), vol. v. Tomo XI, p. 259; QUINTANA (2009), pp. 19-20.

³ CLARO (2013), vol. v. Tomo XI, p. 259.

⁴ QUINTANA (2009) p. 33 y ss.

Las fuentes nos otorgan distintos fundamentos, varios de los cuales siguen vigentes hasta la actualidad. Destacaremos las que nos parecen las más atingentes a nuestro tiempo⁵.

Así, los textos más remotos le otorgan un carácter inmoral al juego, justificando que desencadenaría las pasiones al estilo de lo que normalmente realiza un esclavo, o personas de baja condición⁶. Aun cuando bajo la lectura actual de los textos podría existir un sesgo discriminatorio en el criterio, lo que hay detrás de ella es que se trata de controlar la pasión inmoderada por el juego, criterio que ocupa nuestro *Código Civil* como causal justificatoria del disenso para contraer matrimonio respecto de los menores (art. 113 N° 4 del *Código Civil*).

Por otra parte, la posterior prohibición pretoria alcanzó a los propietarios de las casas de juego, a quienes se le privaba de las acciones por daños a sus bienes o por lesiones físicas producidas por los apostadores, o de los robos que sufrieren los tenedores de dichas casas⁷. De esto puede derivarse que el juego puede producir males distintos a la sola depravación moral por su ejercicio (en el sentido antes expuesto), de tal suerte que quien lo favorece no puede después accionar, antecedente probable de nuestro art. 2260. En todo caso, se trataba de la prohibición de reclamar por el daño sufrido, por lo que es probable que sea una estructuración arcaica de la superación

del riesgo permitido. Con todo, esto no alcanza a los jugadores por los daños que recíprocamente pudieren causarse⁸.

Aparece también ya en el *Código de Justiniano* una preocupación por las pérdidas que sufre el hombre por no conocer el juego de azar, pero no a los de destreza deportiva, los que estaban regulados y limitados⁹.

De los textos expuestos, podemos pensar, en la actualidad, que hay al menos tres razones para la restricción. Por una parte, el juego puede traer aparejada una adicción: la ludopatía. El control de la pasión por el juego, que ciertamente puede aparejar una ventaja lúdica o de distracción, no siempre es fácil, y en algunos casos puede derivar en algún tipo de trastorno de control de los impulsos, al estilo de la cleptomanía o la piromanía¹⁰.

En segundo lugar, del ejercicio de este negocio se pueden aparejar conductas sociales no queridas. Los ejemplos sobre los daños y robos nos permiten entender que pueden circundar a los juegos de azar algunas consecuencias indeseables, las que son fomentadas precisamente por los tenedores de las casas de apuestas.

Y, en tercer lugar, el juego de azar coloca al apostador en una situación que no le es propio controlar siempre su destino. No solo por el evento de la

⁸ D.11.5.1.1.

⁹ C.3.43.

¹⁰ En el DSM-V, los desordenes de ludopatía (criterio de diagnóstico 312.31[F53.0]), son catalogados como un desorden relacionado a la ausencia de sustancias. Se diferencia de otros tipos de conducta como la apuesta profesional y social en que los riesgos del juego son limitados en el tiempo y en que predomina la disciplina. Cfr. APS (2013), p. 585 y ss.

⁵ Nos basamos en QUINTANA (2009), p. 29 y ss. Para otras razones, *ibid*.

⁶ QUINTANA (2009), p. 20, especialmente el texto que acompaña las n. 7 y 8.

⁷ D.11.5.1.2.

suerte sino porque puede desconocer el funcionamiento del juego mismo. Y esto último, conjeturamos, se puede deber a dos razones.

Una, por desconocimiento del juego mismo, razón que no se justifica bien en el sistema de Derecho Privado, ya que este no protege al contratante que no se ha informado bien por su propia desidia.

La segunda, más poderosa, es que el apostador no está en control de la suerte por eventos externos. Lo importante, en este sentido es que la casa de apuestas no intervenga la suerte, y así se pierda la naturaleza propia del juego de azar. Lo esencial en estos es precisamente que predomine la suerte, y ello se perdería si el apostador o el controlador de la apuesta logra dominarla. Esta es la razón por la que en ciertos países se prohíbe el conteo de cartas en el juego *blackjack* o “21 real”. Jugadores con avanzadas habilidades matemáticas pueden predecir con cierta exactitud el resto de los naipes por venir, y así aumentar exponencialmente las posibilidades de vencer a la casa, por lo que el juego ya deja ser de azar, tal como se describe en la famosa historia del *MIT Blackjack Team*, la que fue llevada al cine a través de la película de 2008 “21 blackjack” dirigida por Robert Luketic¹¹.

Más allá que pueda ser discutido en la actualidad de la pertinencia o no de la prohibición de los juegos de azar, según los argumentos dados, lo cierto es que históricamente hay razones que han sustentado su prohibición legal.

¹¹ La novela que le da origen a la película es MEZRICH (2003). La película en idioma inglés llevaba por título “21”.

Veremos a continuación su regulación legal en Chile.

II. LA REGULACIÓN DE LOS JUEGOS DE APUESTA Y AZAR EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Tal como se ha hecho presente, las deudas contraídas en juegos de azar son prohibidas. Pero no todas las apuestas en el plano del azar por dinero son prohibidas en la ley chilena. Delimitaremos a continuación la situación.

Antes de proeguir, es necesario hacer presente que hay una diferencia técnica entre el juego de azar y la deuda contraída en él. Lo que está sancionado con objeto ilícito en el art. 1466 es la deuda contraída, y no de manera directa el juego en sí mismo. Es decir, el supuesto de hecho contenido en la norma consiste en que el apostador perdedor queda debiendo el objeto de la apuesta de azar. Aun cuando los autores no hacen patente la distinción, y señalan que tanto el juego de azar como la deuda generada en él están sancionadas con objeto ilícito, conviene hacer la diferencia.

Tratándose de la deuda contraída, nos da la impresión que su prohibición se encuentra en directa afinidad con la regulación de la nulidad absoluta. De esta manera, si se genera una deuda en un juego de azar, lo que se intenta prohibir más bien es que el acreedor no pueda cobrarla. Si se inicia una acción de cumplimiento, el juez podría declarar la nulidad de oficio si el vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato. Sucederá, entonces, que

el juez puede declarar la nulidad, y el acreedor no podrá obtener el cumplimiento de la obligación. También la norma se aplicaría al apostador que paga la deuda, y luego intente obtener la nulidad de la obligación y consecuente restitución, por cuanto en este caso no puede pedirla y le es vedado por el art. 1683, ya que sabe o debe saber el vicio que lo invalidaba. Y si un tercero con interés solicitare la nulidad (no lo puede hacer el acreedor por la misma razón anterior), no puede el deudor obtener restitución de lo pagado, toda vez que habría contraído una deuda sancionada con un objeto ilícito a sabiendas (art. 1468).

Ahora bien, el juego de azar (prohibido) también adolece de objeto ilícito, pero no por el art. 1466, sino por el art. 1682, es decir, sería contrario al Derecho Público chileno. Como veremos a continuación, a las normas que los regulan debe calificárseles de Derecho Público fundamentalmente por dos razones. Una, porque están sancionadas penalmente las actividades de juegos de azar, aunque de ellos no se generen deudas y dos, es que hay toda una institucionalidad de Derecho Público que permite en casos limitados las apuestas de azar. Así, el que actúa fuera de los márgenes permitidos, contraviene el Derecho Público chileno. El problema, como se verá, es cuál es el margen permitido.

Por lo que se viene describiendo, conviene hacer un repaso de las apuestas y juegos lícitos, para ir delimitando el campo de aquellas apuestas prohibidas.

Los primeros que tienen el carácter de lícitos son los juegos de azar gratui-

tos. Es decir, aquellos en los que no hay una contraprestación en dinero, y la satisfacción es solo lúdica. Tal sería el caso, por ejemplo, la de una apuesta que solo apareja satisfacción personal para el ganador, sin otra contraprestación. O bien, en que el objeto de la apuesta sea irrisorio o nominal, es decir, en el que no haya intención de obligarse. O, incluso, existiendo intención de obligarse, que el valor de la apuesta no llegue a más que al honor comprendido en la misma, como lo sería someterse a un acto festivo o denigrante para el perdedor. Todo se entiende bajo el supuesto de que el cumplimiento de la apuesta no constituya un delito que apareje un atentado a las buenas costumbres, en que habría eventualmente un ilícito en el cumplimiento de la apuesta. En similar sentido de lo que venimos señalando, un fallo antiguo de la Corte Suprema determinó que aun cuando haya apuesta, pero no ligada a un propósito de lucro, sino de diversión, pasatiempo o distracción, el contrato no genera acciones de corte patrimonial, ni menos un reproche moral a los apostadores¹².

Los segundos lícitos, son los denominados sorteos o concursos, permitidos en la LPDC. Como observa Osvaldo Lagos, a partir de su comentario sobre el art. 36 de la LPDC, en nuestra legislación solo son lícitos

“los concursos o sorteos que utilicen como método para llevar a cabo una promoción”¹³.

¹² *RDJ*. Tomo 52, sec. 4^a, p. 127 y ss.

¹³ LAGOS (2013), p. 804.

Es decir, aquellos que impliquen

“un beneficio adicional para el consumidor por la adquisición de un producto o servicio, pero no concursos o sorteos que no tengan por finalidad la expuesta”,

a menos que se autorice legalmente la actividad de concurso o sorteo¹⁴. En otras palabras, un proveedor puede limitar al álea la adquisición de bienes o servicios, en la medida que representen un beneficio para el consumidor. Tal sería el caso de un adquirente de un bien quien ingresa un código promocional a una página web para obtener un premio. Pero tal como observa el mismo autor, aquí hay problemas de delimitación frente al carácter promocional del servicio, pues aprovechándonos del mismo ejemplo ocupado el comentarista, los canales de televisión muchas veces ofrecen premios aleatorios a quienes envían mensajes de texto a un programa de televisión, y ello no tiene por objetivo la promoción de un bien o servicio¹⁵. Otro tanto es el sorteo de entradas o descuentos en restaurantes, o conciertos normalmente ofrecidos por radio. En estos últimos casos, en el fondo, se trataría de juegos de lotería no autorizado por ley, por lo que son de dudosa legalidad.

Los terceros juegos lícitos son los de destreza corporal e intelectual. Tal como ya se ha hecho mención, son aquellos en los que no predomina la suerte, sino el esfuerzo del

cuerpo o del cerebro. Tales serían, por ejemplo, una lucha romana, en el primer caso o el ajedrez en el segundo. Predomina, en estos casos, la voluntad humana acompañada o no por la destreza física, pero el álea no es lo esencial. Y ello se debe a que la suerte tiene un papel menor en el desempeño del juego. Con todo, hay casos, en los que puede llegarse a algunas dudas. Tal es el caso del juego de cartas *poker* (por lo menos en su variación *Texas hold'em*) en que se combinan las habilidades humanas con las del azar, y en las que cabe dudar que se trata de un juego de azar o de destreza intelectual¹⁶. Es más, algunos jugadores famosos logran jugosos contratos publicitarios por sus continuos buenos resultados en torneos, a pesar de no ganar siempre.

En el plano de los juegos de destreza corporal, en nuestro ordenamiento es destacable una regulación especial para la actividad hípica, regulada en la ley N° 4.556, Ley General de Hipódromos, la que se complementa, a su vez, por la ley N° 2.437, que establece la distribución del monto de las apuestas mutuas y fija otras normas de la actividad hípica nacional. Ambas fueron parcial y recientemente modificadas por la ley N° 20.662 de 22 de junio de 2013.

Conforme al art. 1[1] de la ley N° 4.556 solo

“Los Hipódromos establecidos por autorización del Presidente de la República, y que pertenezcan a sociedades fun-

¹⁴ LAGOS (2013), p. 804.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Al respecto véase LEVITT y MILES (2011), *passim*.

dadas con el primordial objeto de mejorar las razas caballares y que obtengan personalidad jurídica de conformidad con las leyes, podrán organizar y mantener el sistema de las apuestas mutuas con arreglo a los reglamentos que se expidan por el Presidente de la República”.

A partir de este artículo y del art. 3º de la misma ley que sanciona penalmente a las casas de apuestas y apostadores fuera del marco de la misma ley a través de un reenvío a los arts. 277 a 279 del *Código Penal*¹⁷, se establece un oligopolio legal en el mercado de las apuestas hípcas, por lo que las que están fuera de él (del oligopolio) están prohibidas.

Hay una diferencia en las apuestas hípcas con las que se generan en los canódromos, a través de las populares carreras de perros galgos. La Corte Suprema, en un fallo de 1935 sobre la legitimidad de un canódromo, estimó que las carreras de galgos constituían juegos de azar, toda vez que, a diferencia de lo que sucede en las carreras hípcas, el hombre no interviene en la carrera sino solo en

¹⁷ “Las disposiciones de los artículos 277, 278, 279 del Código Penal se aplicarán a todo aquel que, en cualquier lugar, o bajo cualquier forma que sea, explote las apuestas de caballos, ya sea apostando, ya ofreciendo apostar, ya directamente, ya como intermediario con el público, sin que tenga esta prescripción otra excepción que la establecida en el artículo 1º de esta ley.

Igual disposición se aplicará a todo propietario o gerente de establecimientos abiertos al público que permita o tolere la explotación de las apuestas, en cualquier forma en el recinto de él, y a toda empresa periodística que publique avisos o informaciones ofreciendo apuestas”.

el adiestramiento del animal¹⁸, de tal manera que la apuesta queda entregada al instinto del perro, lo que constituye un álea¹⁹.

Respecto de los juegos de azar, tal como ya se introdujo, en nuestra legislación se prohíben a través de las sanciones penales mencionadas y, a menos que una ley los autorice. Hay tres grupos de ellos permitidos en nuestro país.

Un primer grupo permitido es aquel que llevan los casinos de juego regulados por la Ley de Casinos. El art. 3 letra a) de la LC define juego de azar para los efectos de dicha ley:

“aquellos juegos cuyos resultados no dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores, sino esencialmente del acaso o de la suerte, y que se encuentran señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos”.

De la definición, se desprende que tiene dos elementos: uno sustantivo y uno formal. El sustantivo tiene relación con que el juego esté supeditado a la suerte y no dependa de manera privativa de la habilidad de un jugador. El formal está dado por el hecho de que un juego que revista estas calidades se encuentre señalado en el reglamento respectivo y en el catálogo de juegos. El catálogo mencionado establece los juegos permitidos, sus reglas, y en el caso de las máquinas tragamonedas,

¹⁸ FERNANDOIS (2001), p. 578.

¹⁹ *RDJ*, tomo 33, sec. 1ª, p. 125 y ss.

los tipos de ellas²⁰. Por otra parte, es necesario mencionar que solo los operadores con licencia pueden explotar de forma directa los juegos de azar según ordena el art. 5 de la LC. Asimismo, el artículo siguiente prescribe que los operadores solo pueden utilizar las máquinas o implementos previamente homologados e inscritos en un registro que lleva la Superintendencia de Casinos (art. 6 de la LC). Volveremos sobre esto en el comentario de la sentencia.

Un segundo grupo son los autorizados por la reciente ley N° 20.851 de 2015, que regula la realización de bingos, loterías u otros sorteos similares, con fines benéficos o de solidaridad. Esta ley permite a las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias de la ley N° 19.418, a las fundaciones y corporaciones constituidas de acuerdo con el *Código Civil*, centros de alumnos, centros generales de padres y apoderados de todo el sistema educacional y en todos sus niveles, sindicatos, asociaciones gremiales y organizaciones deportivas, para realizar

“actividades de carácter no habitual tales como bingos, rifas, loterías u otros sorteos similares de bienes muebles”

en favor de terceros con propósitos solidarios o de beneficencia o para su propio financiamiento, por lo que no son considerados juegos de azar para los efectos de la ley N° 19.995 y tampoco incurren los organizadores ni participantes en las penas de los arts.

²⁰ El catálogo se encuentra disponible en: www.scj.gob.cl/normativa/catalogo, [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2015].

277 a 279 del *Código Penal*, según el artículo único de la ley.

Un tercer grupo, son los que podríamos llamar genéricamente de “lotería”, los que son administrados en Chile por dos entidades autorizadas: Lotería de Concepción, por la ley N° 18.568 y Polla Chilena de Beneficiencia, regulada por el decreto N° 152 de 1980 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de Polla Chilena de Beneficiencia, sociedad anónima estatal a partir de la ley N° 18.851 de 1989.

Este largo repaso normativo, que es necesario para el análisis de la sentencia del TC, nos permite sostener que los juegos de azar están limitados en nuestro Derecho a su ejercicio por ciertas personas y para ciertos tipos:

- 1) los operadores de los casinos de juegos, para los descritos en el reglamento y en el catálogo;
- 2) instituciones sin fines de lucro, para bingos, loterías u otros similares;
- 3) las entidades de “lotería”, para los juegos expresamente autorizados y
- 4) para cualquier persona, tratándose de juegos de azar que tengan por objeto principal la diversión, y no el lucro.

En todo otro juego de azar, o en las deudas generadas por él, hay objeto ilícito, y los apostadores y dueños de las casas de juego se someten a las penas de los arts. 277 a 279 del *Código Penal*.

III. LA SENTENCIA DEL TC: EL CONCEPTO DE JUEGO DE AZAR

Pues bien, es en este marco normativo en el que se desempeña el pleito constitucional objeto del presente comentario.

Tal como se describió en la introducción, los requirentes buscaron la inaplicabilidad de las normas penales antes descritas, en lo fundamental, que ellas serían leyes penales en blanco abiertas. Ello se debería, según los requirentes, a que los vocablos ‘azar’ y ‘suerte’ de los preceptos mencionados requerirían de una interpretación a la que sería necesario:

- a) acudir a cuerpos no legales y
- b) no sería posible acudir a la definición de juego de azar de la ley N° 19.955 para integrar el contenido de las normas penales, por cuanto esta se circunscribe a las actividades desarrolladas por los casinos de juego, y no a otros particulares.

Cabe hacer presente que no le correspondía analizar al TC si los tragamonedas “de barrio” corresponden en el caso a juegos de azar: lo único que debía determinar era si las normas impugnadas eran o no normas penales en blanco y, en consecuencia, si eran inaplicables por inconstitucionalidad o no. Lo contrario hubiera significado que el TC se hubiese pronunciado sobre el fondo, cuestión que, como se sabe, le está vedada y, por tanto, le corresponde al tribunal en lo penal que conozca del asunto.

Resolver la cuestión en abstracto es difícil para el caso planteado, ya

que, de alguna manera, había que tener en consideración las circunstancias fácticas, la operación de casinos “de barrio” a través de tragamonedas, para saber si son o no juegos de azar.

A pesar de que el requerimiento de inaplicabilidad se circunscribe, en lo fundamental, a analizar si las normas legales impugnadas constituyen o no normas penales en blanco abiertas, el TC debió determinar el sentido y alcance de la expresión “juegos de azar” a lo que se detiene en el considerando decimoquinto y siguientes de la sentencia, relativos a la inaplicabilidad del art. 277 del *Código Penal*.

Para determinar el sentido de la expresión, el TC realizó las siguientes operaciones:

- 1° determinó el origen histórico de la disposición del art. 277 del *CP* (cons. 16°);
- 2° describió qué habían determinado los fallos de los tribunales sobre la disposición enunciada (cons. 17°);
- 3° estableció que en el orden constitucional (art. 63 N° 19 de la CPR) hay reserva legal sobre los juegos de lotería (cons. 18°) y
- 4° determinó el sentido del juego de azar (cons. 19° a 22°).

Si se lee con detención la sentencia del TC, se llega a la conclusión que el concepto de juego de azar prohibido es de carácter formal. Para el TC son aquellos que no están expresamente permitidos, existiendo en esto una contradicción entre la segunda operación utilizada por el TC y la tercera y cuarta antes descritas. Vamos al detalle.

En el cons. 17°, el TC acude a los fallos de los tribunales que en el orden

penal determinan qué es un juego de azar para los efectos del art. 277 del *CP*. Así, el tribunal señala que las:

“casas de juego de suerte, en vite o azar son aquellos lugares que habitualmente y por especulación se destinan a juegos de suerte, esto es, *sujetos a la contingencia de ganancia o pérdida, la cual depende exclusivamente o en forma decisiva o determinante de la casualidad o el caso fortuito*. Siendo requisito indispensable que el lugar donde existen estas casas de juego esté habitualmente destinado a este objeto y no por distracción o pasatiempo (sentencias Corte de Apelaciones de Concepción, de 9 de mayo de 1969, y de la Corte Suprema, de 5 de junio de 1971)” [el destacado es nuestro].

Lo que importa para el contenido de los fallos extractados por el TC²¹, es que para tener una casa de juegos, los que en ella se ejecutan dependen

“exclusivamente o en forma decisiva o determinante de la casualidad o el caso fortuito”.

Es decir, el sentido natural de la expresión “juego de azar” lleva a pensar que el resultado no depende de una de las partes en el juego o del dueño de la casa. Nos da la impresión que con

²¹ En el fallo de apelación se determinó que tener en el interior de una casa particular un garito especialmente habilitado, implica caer en la descripción típica del art. 277 del *CP*. Corte de Apelaciones de Concepción, 9 mayo 1969. *RDJ*, tomo LXVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 92.

esto bastaba para estimar que la norma no era penal en blanco, pues el uso natural de la expresión determina el contenido de la conducta típica.

Si observamos el extracto de las sentencias mencionadas por el TC, ellas se condicen con los antecedentes romanos de la prohibición de los juegos de azar según lo descrito. Parece ser que lo importante para estimarlos como tal es que el resultado no quede entregado a alguna persona, solo a la suerte. De lo anterior, parece a lo menos discutible que juegos como el *poker* y en cierto sentido el *blackjack*, sean considerados como de azar como por lo menos lo ha hecho la Ley de Casinos, porque en parte dependen de alguna destreza del hombre. Aun cuando no discutimos que sea conveniente mantener el monopolio de las apuestas de estos últimos juegos en los operadores autorizados, pues de alguna manera se evita el fraude en estos ellos la definición de la ley N° 19.995 queda al menos corta con estos.

Lo anterior creemos que es importante tenerlo en consideración respecto a las máquinas tragamonedas, ya que en ellas hay una alta intervención del hombre en la consecución del resultado. Bien también podría pensarse en otra clase de juegos, como los de dados o de ruleta en que la suerte queda entregada a una obra del hombre. Sin embargo, los resguardos de la LC y sus reglamentos sobre las máquinas autorizadas resguardan por lo menos que la aleatoriedad no quede entregada exclusivamente al tenedor de las mismas. Por las razones anteriores, parece correcta la noción de juego de azar implícita en el fallo del canódromo de la Corte Suprema

de 1935: con todo el entrenamiento posible del hombre al perro, al final del día el destino del juego no queda entregada al adiestrador.

Este criterio sustantivo, luego es contrarrestado por una visión formalista de los juegos de azar en la sentencia del TC. En los considerandos siguientes, determina que hay reserva legal en los juegos de azar. Ello implicaría que solo el legislador podría determinar aquellos que están permitidos. De esta suerte, habiendo permitido algunos el legislador, el resto se encuentra prohibido, *a contrario sensu*. Así, el manejo de una casa de juegos no autorizada sería ilícita *per se*. En este sentido, de manera tajante concluye el TC su cons. 22^o:

“Acorde a lo expresado precedentemente, será apuesta ilícita todo aquel juego de azar que la ley no autorice y, por ende, un lugar donde existan instrumentos o máquinas de juego en que predominantemente o en forma exclusiva el jugador esté sujeto a la suerte será contrario al ordenamiento jurídico chileno, desde la perspectiva civil adolecerá de objeto ilícito y criminalmente se expondrá a las sanciones que los tipos penales del párrafo 6^o del título VI del libro II del *Código Penal* establecen”.

Si se observa bien, el TC incurre en una contracción entre lo que determina como ilícito y lo dispuesto en la definición de juego de azar contenido en el art. 3 a) de la LC, ley a la que acude para fundamentar su posición. Tal como expusimos, la definición de la

LC tiene dos elementos: uno sustantivo y uno formal. Y el TC solo se ocupa del elemento formal, desconociendo el sustantivo, borrando con el codo lo que escribió con la mano en la segunda operación antes descrita. Con ello, nos da la impresión de que le otorga un contenido equivocado al sentido de los juegos de azar prohibidos desde antaño en el *Código Civil*, pues en carácter de *obiter dicta*, menciona que el concepto acuñado es unívoco para todos los ordenamientos, incluso el civil.

A nuestro entender, con este fallo el TC incurre en un error, por cuanto obvia el aspecto de fondo del juego de azar antes analizado. Al final del día, asume un concepto en exclusivo formal para estimar que todo juego de apuesta de azar fuera de los márgenes formalmente permitidos por la ley están prohibidos²². Lo que nos da la impresión de que se debió recalcar, y no hizo este fallo, es resaltar que la prohibición de estos juegos está relacionada con una intención de lucro del apostador o del dueño de la casa, y que el control del álea queda o pueda quedar entregada a uno de los participantes exclusivamente.

Creemos, al contrario de lo que ha estimado el TC, que cuando los juegos de azar que no estén expresamente permitidos, de alguna manera le otorga una suerte de presunción de ilegalidad, la que puede desvirtuarse demostrando que algún juego cumple fines lícitos, relacionados con el espar-

²² Esta visión formalista de los juegos de azar, en todo caso, es compartida por un par dictámenes de la Contraloría General de la República: N° 29304 de 13 de mayo de 2013 y N° 31241 de 22 de abril de 2015.

cimiento y no con el ánimo de lucro.

Así entonces, con la sentencia del TC se deja al margen de la legalidad a reuniones familiares que gustan de los juegos de azar y que no son sustancialmente importantes para la prohibición general de los mismos. Y, por otro lado, al intentar definirlos, no resuelve algunos problemas que a continuación expondremos.

IV. DOS DESAFÍOS FRENTE AL CONCEPTO DE JUEGO DE AZAR ASUMIDO POR EL TC PARA EL *CÓDIGO CIVIL*

Tal como ya se ha hecho mención, a nuestro entender, el TC termina definiendo de manera parcial lo que constituye un juego de azar. Creemos que esto puede repercutir en algunos problemas futuros.

El más cercano, claro está, es el de los “tragamonedas de barrio”. Nos da la impresión de que al estimar el TC, que si un tragamonedas no se opera en el marco de un casino de juegos, entonces hay objeto ilícito en ellos, bien cabe preguntarse la validez en la venta de estos tragamonedas. En el país los hay, y existen importadores que los comercializan. En otras palabras, ¿sería posible la venta de estos tragamonedas a personas que no sean operadores de casinos de juegos? Una consecuencia del fallo del TC sería la contraria, pues quedarían *ipso facto* al margen de la legalidad, de tal suerte que los importadores sólo podrían venderle a los casinos, cuestión que *prima facie* no está regulada. Podría objetarse a esta conclusión que el destino depende del

operador. Entonces, ¿como entender el cons. 22° de la sentencia en comentario? De esta suerte, cualquier particular puede adquirirlos, pero no operarlos, a menos que sea casino. Por ende, debe resolverse esto, ¿a través de la causa ilícita o a través del art. 1462 del *Código Civil*? La pregunta quedará vigente.

Por otro lado, el TC con su sentencia desconoce una realidad evidente, aunque, para ser justos, quedaba fuera de su ámbito concreto de acción: los juegos de apuestas en línea. No están expresamente permitidos por ley: pero, ¿son ilícitos? Tenga el lector en consideración que ellos compiten en la práctica con los casinos regulares, y han alcanzado, incluso, publicidad pagada en Chile. No puede desconocerse su importancia dadas las altas tasas de acceso a internet, su penetración futura y competencia en el mercado de las apuestas

En suma, el control del juego de azar parece ser un tema de no acabar. Las prohibiciones de antaño asumidas por nuestra legislación exigen tener respuestas actuales a sus desafíos, incluso en el *Código Civil*. La más inmediata, en todo caso, parece ser que debe hacerse algo con los “tragamonedas de barrio”. La sentencia del TC no tenía por qué resolver el problema, pues quedaba fuera de su competencia. Con todo, un concepto más sustantivo de “juego de azar” ayudaría a saber si las municipalidades pueden otorgarles patentes, si es posible la comercialización amplia de estas máquinas, y a prepararnos para la regulación de las casas de juego *online*, sin establecimiento físico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APS (2013). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders. Fifth edition (DSM-5)*. Washington: American Psychiatric Publishing.
- CLARO SOLAR, Luis (2013). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001). “La organización de las apuestas hípcas: ¿una actividad económica amparada por la Constitución?”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3. Santiago.
- LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2013). “Artículo 35”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos Pizarro Wilson (eds.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- LEVITT, Steven y Thomas MILES, (2011). “The Role of Skill versus Luck in Poker: Evidence from the World Series of Poker”. Disponible en <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/WSOP2011.pdf> [Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2015].
- MEZRICH, Ben (2003) *Bringing down the house*. New York: Atria Books
- QUINTANA ORIVE, Elena (2009) “D.11.5 (*De aleatoribus*) y C.4.43 (*De aleae lusu et aleatoribus*): Precedentes romanos del contrato de juego”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*. Vol. XLII. Madrid.