

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**Algunos mitos en la regulación de juegos de casino y máquinas
tragamonedas en el Perú**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR

Jhon Samuel Chávez Ramos

ASESOR

Oscar Augusto Súmar Albújar

Julio, 2018

RESUMEN EJECUTIVO

En el presente trabajo se propone realizar el estudio y análisis de algunas normas o políticas de la regulación de la actividad de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas en el Perú, a través del Test de la proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), lo cual conlleva la revisión de los fines que se pretenden alcanzar con las mismas. El estudio abarca distintos tópicos tales como la libertad de empresa, el análisis o ponderación de las políticas regulatorias, constitución económica, y recoge las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en dicha materia.

Cabe indicar que la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se desarrolla en nuestro país bajo algunos costos, y al ser una actividad que el Estado permite de manera excepcional, incluso desincentiva, dichos costos suelen ser muy altos, siendo asumidos no sólo por los empresarios que deseen ingresar en dicho negocio (libre iniciativa privada), sino también por la sociedad y sus usuarios de dichos establecimientos. Dichos costos se sustentan o deberían sustentarse en los fines y objetivos de la regulación.

En este sentido, a través del Test de la proporcionalidad se pretende analizar algunos de los requisitos y condiciones establecidos en la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en nuestro país, y dadas sus características y efectos económicos que involucra, determinar si son idóneos para alcanzar los fines y objetivos que se han propuesto.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: MARCO TEÓRICO	5
1.1 Régimen económico en el Perú.....	5
1.2 La regulación económica.....	9
1.3 Justificaciones de la regulación	14
1.4 El interés público, social, y bienestar social	24
1.5 Grupos de presión, e intereses particulares	34
1.6 La función de la Ley	39
1.7 Mercado e irracionalidad individual y regulación	42
1.8 Las fallas de la regulación y riesgo regulatorio	49
1.9 Principio de proporcionalidad, razonabilidad y su utilización por el Tribunal Constitucional.....	53
SEGUNDA PARTE: PARTE ANALÍTICA.....	58
2.1 La regulación de la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas en el Perú	58
2.2 Análisis sobre las justificaciones de la regulación de la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas	62
2.3 La revisión de las justificaciones de la regulación especial de la actividad de juegos de juegos de casino y máquinas tragamonedas, en la exposición de motivos de la Ley.....	65
2.4 La revisión de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional	70
2.5 Las justificaciones sustentadas en la Ludopatía y su tratamiento por la regulación aplicable	72
2.6 Análisis de algunos requisitos de la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas	83
2.6.1 <i>Análisis del requisito del giro (hotel o restaurante) para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.</i>	84
2.6.2 Análisis del requisito de la distancia mínima respecto de centros de estudios y templos en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas	94

2.6.3 Análisis del requisito del otorgamiento de una Garantía en protección del Estado y de los usuarios.....	109
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA.....	118



INTRODUCCIÓN

La actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas se permite de manera excepcional en nuestro país, y se encuentra sujeta a una intensa regulación, sustentada en la protección de la ciudadanía ante los posibles perjuicios y daños que afectan la moral, la salud y seguridad pública.

En este sentido, dicha regulación tiene los siguientes objetivos: i) garantizar que la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas sea conducida con honestidad, transparencia y trato igualitario; ii) establecer medidas de protección para los grupos vulnerables de la población; y iii) evitar que la explotación de salas de juegos de casino y máquinas tragamonedas sea empleada para propósitos ilícitos.

Ahora bien, para alcanzar las finalidades y objetivos mencionados, dicha regulación establece una serie de requisitos y condiciones para su explotación, los cuales tienen que ser cumplidos no sólo por las empresas que pretendan operar u explotar salas de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas en nuestro país, sino también por los usuarios que quieran ingresar a dichos establecimientos.

En el presente trabajo se propone realizar el estudio y análisis de algunas normas o políticas de la regulación de la actividad de juegos de casino y/o máquinas tragamonedas en el Perú, y la evaluación bajo el Test de la proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), de los fines que se pretenden alcanzar con las mismas. El estudio abarca distintos tópicos tales como la libertad de empresa, el análisis o ponderación de las políticas regulatorias, constitución económica, y recoge las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en dicha materia.

En dicho contexto, se han escogido tres normas de la regulación de la citada actividad para su análisis, las cuales son las siguientes:

- Giro: se establece que las salas de juego de casino y/o máquinas tragamonedas sólo pueden instalarse en hoteles o restaurantes 5,4 o 3 estrellas.

Al respecto, considero que la única justificación para imponer esta obligación se apoya en la promoción del turismo; sin embargo, la misma no sólo resulta ser una obligación muy onerosa, sino también irrazonable, contradictoria con la realidad, pues luego de la culminación del procedimiento de formalización de la actividad de juegos, aprobado mediante la Ley N° 28945 - una suerte de régimen excepcional que terminó siendo la

regla general -, se aprecia que más del 90% de la actividad no cuenta con giro. Además, como un argumento de fondo, no se ha demostrado algún tipo de relación entre las salas de juego y el turismo, (quizás a excepción de lo que viene sucediendo en la ciudad de Tacna, donde las salas de juego son visitadas frecuentemente por ciudadanos chilenos, quienes atraídos por los servicios de salud y comida, suelen recrearse en los establecimientos de juego, aprovechando las menores restricciones de ingreso, en contraste a lo que sucede en su país.

- Distancia mínima: se establece que las salas de juego de casino y/o máquinas tragamonedas no pueden instalarse a menos de ciento cincuenta (150) metros de templos.

En el proyecto de ley discutido en las Comisiones del Congreso (Economía, y Comercio Exterior y Turismo) sólo se contemplaba la distancia mínima respecto de centros de estudios pero en último momento, una congresista propuso que la distancia mínima también se contabilice respecto de templos, bajo el entendido, tal vez, de que dichos locales son espacios que resguardan la moral de la sociedad; sin embargo, del análisis y búsqueda realizados no se ha encontrado algún argumento que justifique dicha restricción; inclusive, no existe regulación sobre lo que debe considerarse “templos”, generando una incertidumbre en la aplicación de la norma, lo cual puede ser aprovechado por personas inescrupulosas, quienes instalan un local de profesión de culto o fe, que pese a no contar con las medidas de seguridad, es oponible a la apertura de cualquier establecimiento de juegos, o incluso una sala de juegos ya autorizada, podría utilizar esta restricción para asegurarse un negocio sin competencia en su alrededor. Todo lo anterior, conlleva a hacer insegura la inversión privada.

- Garantía: se establece que las salas de juego de casino y/o máquinas tragamonedas tienen que presentar una garantía a favor del Estado (MINCETUR) y de los usuarios.

Según la ley, la imposición de dicha obligación a los operadores de juego tiene por finalidad resguardar los derechos de los usuarios y la protección del estado, sin embargo considero que no se cumple la primera de las mismas pues el usuario no podrá cobrar algún reclamo de la garantía que se presente al MINCETUR, pues dicha entidad no tiene competencias para dicho fin. La garantía se convierte en un medio más que efectivo para el cobro de las sanciones que se impongan a los operadores de juego, pues ante la falta de pago de alguno en los plazos otorgados, se ejecuta la fianza y se hace el cobro de la sanción, y el operador tiene que reponer dicha garantía en un plazo de quince días, pues sino pierde un requisito que sirvió para su

autorización; es decir que de no reponer la garantía, el MINCETUR podría quitarle su autorización.

La justificación del presente trabajo debe tener en consideración que la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se desarrolla en nuestro país bajo algunos costos, y al ser una actividad que el Estado permite de manera excepcional, incluso desincentiva, dichos costos suelen ser muy altos, siendo asumidos no sólo por los empresarios que deseen ingresar en dicho negocio (libre iniciativa privada), sino también por la sociedad y sus usuarios. Dichos costos se sustentan en los fines y objetivos de la regulación.

El presente trabajo pretende analizar algunos de los requisitos y condiciones establecidos en la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en nuestro país, y dadas sus características y efectos económicos que involucra, determinar si son idóneos (test de la proporcionalidad o razonabilidad) para alcanzar los fines y objetivos que se han propuesto.

Como un dato adicional, hay que tener en consideración que la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas fue parte de un proceso competencial por parte del Tribunal Constitucional, que dejó sin efecto varias sentencias del Poder Judicial que amparaban el funcionamiento de salas de juego sin la autorización de la autoridad competente. En este sentido, los operadores de la actividad consideraron que la regulación les resultaba una lesión irrazonable a su libertad de empresa, o libre iniciativa privada.

La metodología a utilizarse para el presente trabajo será la siguiente:

- Reconocer las justificaciones de la regulación de algunas medidas o normas dispuestas en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el país, a través de la revisión de las resoluciones del Tribunal Constitucional emitidas al respecto, así como de los debates parlamentarios al momento de la aprobación de la legislación de la actividad. En este punto, se deberá ser capaz de definir el interés público que sustenta a las normas dictadas en la actividad. Esto es parte de la verificación empírica.
- Análisis de la proporcionalidad de las normas elegidas, a fin de determinar si las mismas son idóneas para los fines (justificaciones) que la sustentan, o si no son necesarias para dicho fin, o si los costos involucrados son mayores que los beneficios que se buscan conseguir con la misma. Esto es parte del Análisis Económico del Derecho.

- A partir del análisis señalado anteriormente, se puede postular el/los grupos de interés que pueden haber influenciado en la regulación en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, así como pronunciarse sobre algunos sesgos de la actividad que se esconden bajo las justificaciones de la regulación.
- Si las normas elegidas no superan el test de la proporcionalidad, la misma podría contrariar un valor constitucional, y en especial la libertad de empresa de los operadores que deseen participar en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el país. Asimismo, si las normas no superan el test de la proporcionalidad, son candidatas a su modificación.



PRIMERA PARTE: MARCO TEÓRICO

1.1 Régimen económico en el Perú

La instauración de un régimen económico en la Constitución tiene como premisa el reconocer que la eficiencia del mercado no puede componer las desigualdades sociales y económicas, y en la consideración de que el mismo peligro que puede representar el Estado para la libertad individual, puede ser propiciado por el poder privado en una sociedad corporativa frente al principio de justicia (fundamento 3 STC 008-2003-AI/TC).

En dicho contexto, la Constitución Política del Perú de 1993 instauró el modelo económico del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual asume los fundamentos del Estado Liberal, y le imprime funciones de carácter social (fundamento 12 STC 008-2003-AI/TC).

Al respecto, y siguiendo la línea interpretativa del Tribunal Constitucional, la Economía Social de Mercado es una condición importante de los supuestos económicos del Estado Social y Democrático de Derecho, se opone a la economía de planificación y dirección central del Estado, así como a la economía del *laissez faire*, donde el Estado no interviene en el proceso económico, pues dado el carácter social del modelo económico establecido en la Constitución, no permanece indiferente a las actividades económicas, lo cual tampoco significa interferir de manera arbitraria en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

En dicho marco, la libre iniciativa privada se configura como uno de los principios que informa al modelo económico, y se encuentra instaurado en el artículo 58 de nuestra Constitución Política, y puede definirse como la capacidad de toda persona natural o jurídica para realizar actividades económicas de su preferencia, a fin de proveerse los recursos necesarios para su vida en sociedad, siempre que los mismos no colisionen con los intereses generales de la comunidad.

Entonces, conforme a nuestro modelo económico, si bien el Estado reconoce a la libre iniciativa privada como la fuerza que dirige las actividades económicas en nuestro país, también se le asignan funciones de carácter social, sustentadas en el principio de

justicia; asimismo, de alguna manera, se concibe al Estado como un protector o defensor de los intereses generales de la comunidad (interés público).

En ese sentido, en el marco del modelo económico instaurado, se reserva al Estado un papel orientador¹, vigilante, garantista y corrector de los procesos económicos, o más bien de sus efectos en el mercado, y se justifica que el Estado participe o determine las reglas de juego conforme a las finalidades de bien común o interés general que se le asigna, de tal manera que actúa como un regulador o catalizador de los procesos económicos.

Por lo señalado anteriormente, es posible albergar una ambigüedad sobre lo que representa la opción del régimen económico establecido en nuestra Constitución Política, pues al parecer se alojan posturas de tinte liberal y también de economía intervenida o planificación central, al grado de poder encontrar principios que representan a cada una de dichos sistemas de organización social y económica en nuestra Constitución Política, y que podría llevarnos a considerar que la misma tiene un carácter abierto, o neutro².

Por poner un ejemplo, a raíz de la discusión y análisis sobre lo que significa o se debe entender por Economía Social de Mercado en la Constitución de 1978 en España, se postularon dos posiciones, una de aquellas consideraba que no es una simple mezcla de principios del sistema liberal y de planificación central, sino se sustentaba en la libertad e iniciativa privada, que admite ciertas intervenciones del Estado complementarias y compatibles con éstas, la otra posición señalaba que nos encontramos ante una “Economía Mixta”, donde se combinan de manera asistemática y sin orden jerárquico de regla y excepción, la actuación privada y pública, respectivamente.

¹ El Tribunal Constitucional, en su fundamento 39 de la sentencia del expediente 008-2003-AI/TC, señala que la función orientadora del Estado, le atribuye las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

² El profesor Gaspar Ariño menciona que a dicha posición ha llegado el Tribunal Constitucional Español, y es la misma que impera en los Estados Unidos, por obra de la jurisprudencia de los años veinte y treinta, a tal punto que se ha llegado a señalar que no existe lo que se denomina Constitución Económica, y su determinación es algo que se entrega a los responsables políticos (Congreso y Gobierno de turno).

La relevancia de lo anterior radica en que de la misma se derivan dos formas distintas de concebir la intervención o participación del Estado en el mercado, pues es diferente indicar que su participación es complementaria y compatible con la actividad privada, a señalar que no existe un orden jerárquico o preferencia respecto la actuación privada, con lo cual es factible su postulación en el momento que así lo decida el gobierno de turno.

En el caso peruano, parece que la opción es por la primera de las posiciones señaladas anteriormente, al consagrarse el principio de subsidiaridad del Estado, y garante final del interés general de la sociedad³, y por lo tanto, “las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada”⁴.

Dicho lo anterior, quizás las dudas no recaigan sobre la intervención del Estado en materia económica, pues como se ha dicho anteriormente, lo puede hacer de manera subsidiaria, y sustentado en el interés general (concepto indeterminado, al igual que interés público o bienestar general), sino en el grado de la intervención del Estado, y las justificaciones esgrimidas para tal fin, conforme al rol social en las actividades de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, y servicios públicos, señaladas en el artículo 58 de la Constitución Política de 1993.

En particular, en el desarrollo del presente trabajo se analizarán el grado y justificaciones para la labor orientadora y rol social del Estado, en áreas como la salud y seguridad, pues algunas de las justificaciones para la limitación de la iniciativa privada en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se sustenta en dichos conceptos.

Llegados a este punto, quizás pueda ser relevante indagar sobre el por qué la necesidad de contar con un régimen económico a nivel constitucional, y algunas posiciones podrán mencionar que se sustenta en dar garantías de estabilidad política y

³ Fundamento 21 STC 008-2003-AI/TC

⁴ Fundamento 23 STC 008-2003-AI/TC

económica, reglas de juego claras a los inversionistas y ciudadanos, y más aún cuando se salía de un tiempo tan convulsionado y serios problemas económicos como fueron los años posteriores a la década del ochenta e inicios de los noventa del siglo pasado; sin embargo, y quizás intentando ser un poco más analíticos, es probable que quienes postulen por la inclusión de un determinado régimen económico a nivel constitucional, lo hagan bajo la idea que aquel a ser adoptado sea aquella que corresponde a sus ideologías en materia económica⁵.

En efecto, el establecimiento de un determinado régimen económico en la Constitución podría generar la oposición de aquellos que no compartan dicha postura, generando discursos disconformes e insatisfactorios, dentro del cual se puede incluir a partidos políticos que lleguen al gobierno, para quienes el régimen económico puede representar un obstáculo para las medidas a querer implementar, y que fueron objeto de su plan de gobierno elegido por los ciudadanos⁶.

En dicho contexto, y teniendo en consideración la posición pragmática que intente establecer un régimen económico amplio o general (o neutro y abierto como se señaló anteriormente), cabe preguntarse si es necesario contar con un régimen económico que albergue cualquiera de los modelos económicos, y nos encontremos a lo que decida cada gobierno de turno.

En el siguiente punto se analizará la regulación económica como una de las formas de intervención del Estado en la iniciativa privada de las actividades económicas.

⁵ REBAZA TORRES, Alberto. El régimen económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos?. En: *Ius Et Veritas* Año 4, Número 7. 1993. pp. 55 – 60.

⁶ Durante la campaña electoral para la Presidencia de la República del año 2011, uno de los contendores políticos manifestaba que su competidor establecería un régimen económico contrario a la Constitución, se señaló incluso que se ahuyentaría a los inversionistas, e incluso bajo la presión de diversos sectores, incluida la prensa, el candidato ganador suscribió una Hoja de Ruta, a manera de dotar de garantía y seguridad ante los discursos disruptivos sobre su posición política.

1.2 La regulación económica

La regulación económica puede ser entendida como una de las actividades de intervención administrativa del Estado en la economía, básicamente en la labor de ordenación o limitación de derechos⁷, propia de la labor de policía de la Administración Pública⁸. En dicha labor de limitación de derechos fundamentales, se tienen al derecho de propiedad, la libertad de comercio o libertades contractuales, y en especial, de manera más evidente el derecho a la libertad de empresa.

Ahora bien, tal como se manifestó anteriormente, la intervención administrativa del Estado se sustenta en el carácter social del modelo económico, y en atención a un determinado interés público, o en términos de mejora de la eficiencia.

El marco conceptual para el análisis de la regulación económica asume que la no intervención administrativa del Estado en los procesos económicos es la regla general, y que su intervención tiene que encontrarse sustentada o justificada en un objetivo o interés público que el mercado por sí sólo no puede generar.

En una concepción más pragmática, el profesor Breyer⁹ señala que: "(...) la regulación sólo se justifica si logra a un costo no tan elevado los objetivos de política que un consenso de observadores racionales consideraría de interés público".

El concepto de interés público puede ser muy amplio y variable, puede abarcar una serie de demandas e intereses de algunas personas o grupos organizados de personas, y adoptar hasta posiciones diversas a través del tiempo; por ejemplo, antes de la Constitución Política de 1993¹⁰ la conducción directa por parte del Estado en

⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía. En: Revista de Derecho Administrativo Año 1, Número 2. 2006. pp. 247 – 260.

⁸ Por su parte, el profesor Ariño manifiesta que cuando se habla de regulación hay que diferenciar a dos ámbitos distintos, uno de ellos a la regulación externa, generalmente conocida como policía administrativa, en la cual podemos encontrar aquellas normas sobre seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, pero sin ingresar al interior de una actividad de que se trate; por otro lado, se tiene la regulación económica, que hace referencia a aquella que afecta al negocio mismo en que la actividad consiste. Asimismo manifiesta que no se discute la necesidad del primer ámbito, pues los cuestionamientos recaen en la segunda, y en particular, al sentido y fines que con ella se buscan. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico". Granada: Comenares. 2004. p. 603.

⁹ BREYER, Stephen G. Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. En: Themis Revista de Derecho 52. 2006. p. 10.

¹⁰ El cambio de Constitución Política determinó la variación de un régimen económico a otro también.

materia económica era la política que sustentaba su accionar, en todos sectores; posteriormente, una vez vigente la Constitución Política de 1993, se adoptó una postura del Estado algo más retraída, sustentándose una intervención subsidiaria en la actividad económica, la cual debería ser dirigida por la acción privada. En palabras del profesor Ariño, la actividad del Estado a través de la regulación “siempre será necesaria pero deber ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye”¹¹.

Por lo tanto, la actuación del Estado a través de la regulación puede llegar a ser una actividad muy dinámica, que tiende a determinar no sólo el comportamiento de las empresas sino también de los individuos¹², y esto último aunque quizás no reparamos en ello, pues muchas de las rutinas que hacemos diariamente se encuentran dispuestas por una regulación particular, tal como puede ser el uso del cinturón de seguridad cuando se maneja un automóvil, o las indicaciones de algunos productos sobre su contenido y posibles efectos adversos en nuestra salud, entre otro tipo de situaciones que son objeto de la regulación y que pueden determinar el comportamiento de las personas.

La labor del Estado antes mencionada le imprime un papel muy importante en los procesos económicos que se desarrollen en el mercado, de tal manera que la opción por la intervención administrativa, y la dación de una determinada regulación para una actividad, resulta ser un bien muypreciado para cualquiera de los agentes privados que intervienen en el mercado. La regulación representa un mecanismo muy potente para influir en los resultados que se pueden presentar en el mercado, y como tal, es un bien muypreciado para las personas que intervienen en él.

En dicho contexto, en algunas ocasiones, tal como manifiesta el profesor Ariño¹³, tras la regulación se ocultan una compleja trama de intereses, tales como el de los políticos, de los burócratas y de los grupos que crecen a su amparo.

¹¹ Cfr ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit.

¹² VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. “Economics of regulation and antitrust”. Cambridge: The MIT Press. 2005.

¹³ Cfr ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. cit.

Los políticos pueden no sólo buscar el bien común sino también sus intereses particulares, siendo la regulación una fuente de poder e influencia a bajo costo, pues los costos de la regulación así gestionada la paga el público o sociedad. Los políticos tienen el interés de perpetuarse del poder, y mantenerse en el escaño, para lo cual requieren de financiamiento para las campañas electorales de los grupos políticos. Asimismo, también puede guiar su conducta una dinámica oportunista, con la finalidad de ganar los votos de los ciudadanos para las próximas elecciones.

La burocracia también tiene su propio interés, y busca conseguir poder y prestigio a través de la regulación que ellos mismos van a ejecutar y supervisar, y en algunas ocasiones se ha señalado que pueden ser capturados por aquellos que iban a regular. Se señala que los burócratas tienen interés de ampliar su cuota de poder e intervención a través de la regulación, de tal manera que a mayor ámbito de regulación, y mayor intervención en los ámbitos económicos y de la vida en sociedad, mayor poder y manejo obtienen.

Por su parte, los grupos de interés, quienes se encuentran organizados en el entorno de la regulación, tienen recursos económicos suficientes, y pueden desplegar su poder a fin de obtener regulaciones favorables, sin tomar en consideración el interés del público, el cual suele encontrarse disperso, desorganizado y ajenos a las esferas de decisión de la regulación, pese a que también será quien asuma sus costos.

En ocasiones, se señala que son los grupos de interés quienes logran definir el concepto del interés público o de la sociedad, a su opción particular, a fin de beneficiarse del efecto redistributivo del Estado, y su actuación puede ser explícita o pública, así como clandestina.

Ahora bien, una vez develados los distintos intereses que existen tras la regulación, y desechada la idea de un interés donde todos somos necesariamente beneficiados, podemos afirmar que la regulación económica tiene sus propios defectos y costos, los cuales tienen que ser identificados, de preferencia de manera previa a su implementación, y ser alineados, de manera consecuente, con los objetivos de interés público que la sustentan (si realmente existe una justificación que sustente la regulación).

En efecto, tal como señala Stigler¹⁴, “El estado – la maquinaria y el poder del estado – constituye una fuente de amenaza potencial para todas las industrias de nuestra sociedad. Con su poder de prohibir u obligar, de retirar u otorgar dinero, el estado puede, y de hecho lo hace, ayudar o perjudicar de manera selectiva aun amplio número de industrias.”, y esto es así, porque como se dijo anteriormente la regulación es un instrumento, y su uso dependerá de la persona que tenga su manejo.

En este sentido, los distintos agentes económicos que participan en el mercado, buscarán obtener los beneficios de la regulación y evitar sus cargas o costes, para lo cual también tienen que apelar al concepto de interés público¹⁵.

Cabe señalar que, en algunas ocasiones, los sistemas regulatorios implementados no lograron alcanzar con éxito los objetivos de interés público que las sustentaron, o terminaron haciéndolo de manera ineficiente, dando lugar a equivocadas asignaciones en sectores de la economía distintos a los regulados, o los costos involucrados en las medidas regulatorias excedieron los beneficios que se pudieron obtener de la misma.

Si bien la intervención administrativa en los procesos económicos se sustentó en un discurso de maximización de la eficiencia económica u otro objetivo social, en la realidad no necesariamente dicho fin es el escogido por quienes son los encargados de dictar la regulación, hay una serie de factores políticos que tienen que ser tomados en consideración para la búsqueda de una interpretación de las políticas regulatorias implementadas, incluso sobre aquellas que son reacciones exageradas o irracionales frente a una determinada materia que recoge la preocupación de la ciudadanía o agenda política en un momento dado¹⁶.

En un intento por explicar la situación descrita en el párrafo anterior, el profesor Ogus¹⁷ manifiesta que la insuficiente habilidad y previsión fue consecuencia de los métodos empleados para conseguir las metas de interés público, de tal manera que el pobre análisis político puede ser el resultado de una inadecuada información obtenida por el

¹⁴ STIGLER, George J. (1971): “La teoría de la regulación económica”. En: *The Bell of Economics*.

¹⁵ Cfr BREYER, Stephen. Op. cit.

¹⁶ VISCUSI, KIP y VERNON manifiestan la posibilidad de regulaciones que son producto de la presión de riesgos de baja probabilidad pero que sin embargo son altamente publicitados o difundidos en la opinión pública en determinado momento.

¹⁷ Cfr OGUS, Anthony. (1994). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press. pp. 55 – 75.

regulador, y sus limitaciones para prever los efectos colaterales de determinados instrumentos regulatorios.

Asimismo, se postularon algunas teorías que pretenden explicar el fracaso de la regulación, las cuales discurrían desde considerar al derecho como un instrumento contradictorio e incapaz para resolver rápidamente las condiciones fluctuantes y eventos cambiantes, aquel que señala la captura de las agencias reguladoras, a través de la presión, influencia e intereses de aquellos que estuvieron sujetos a la regulación, la teoría de elección pública¹⁸, a través de la cual se manifiesta que la legislación es un producto abastecido por los políticos en respuesta a la demanda de los intereses privados, o teorías de la regulación del interés privado, que recoge las motivaciones de los responsables de dictar la regulación y la manera cómo reaccionan frente a determinado tema de la agenda política.

Gran parte de las teorías antes mencionadas nos recuerdan que así como el mercado puede presentar fallas, el Estado también puede fallar, por lo tanto la intervención gubernamental no siempre tiene que ser requerida cuando el mercado no produce los efectos esperados, pues sus efectos no necesariamente van a ser superiores.

En dicho contexto, y tomando en cuenta lo señalado anteriormente, la regulación económica puede ser necesaria, aunque debe serlo sólo en lo imprescindible, de manera subsidiaria y complementaria al mercado, de tal manera que lo promueva sin que pueda considerarse como un sustituto del mercado, y sus esfuerzos están destinados a la obtención de objetivos beneficiosos que él mismo debe producir.

En particular, la regulación puede considerarse necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás personas, y que necesitan ser protegidos, así como cuando se tienen objetivos públicos superiores y que no se satisfacen en la dinámica del mercado, en algunos casos se les denomina “bienes extra mercado”, sin embargo dichos objetivos no deben perderse de vista, sin ir más allá de lo necesario con la intervención del Estado, a través de la regulación.

¹⁸ OGUS, A. Ídem (id).

1.3 Justificaciones de la regulación

Tal como se ha señalado anteriormente, la regulación es un instrumento de intervención del Estado en la actividad económica, a través de la cual se busca el logro de determinados objetivos sociales, eficiencia, justicia o equidad, sustentadas en el interés público.

Como premisa, se debe manifestar que en un estado ideal de competencia perfecta, quizás se tendría poca necesidad de las políticas regulatorias, existirían un gran número de vendedores, los consumidores estarían plenamente informados sobre los bienes ofertados en el mercado, y no existirían externalidades, de tal forma que los costos serían interiorizados en el precio del bien ofertado.

Sin embargo, dicha situación ideal no es la que se manifiesta en la realidad, y en muchas ocasiones las transacciones que se realizan en el mercado tienen costos muy altos, se desconoce las consecuencias de determinadas elecciones realizadas por los consumidores, o se presentan externalidades que desvirtúan las acciones del mercado, y de términos como eficiencia, bienestar, entre otros.

De hecho, suele ocurrir que el mercado no se encuentra alineado, en todo momento, al interés de la sociedad, pudiendo llegar a ser contrario a ciertos valores o derechos fundamentales.

En algunos casos la regulación tiene por objetivo reducir los costos que se presentan en el mercado, los cuales terminan restringiendo la competencia, por lo cual podría señalarse que ante la constatación de los mencionados costos, se crea una presunción en favor de la regulación; sin embargo, dicha situación tiene que ser analizada en cada caso, pues tal como se ha mencionado anteriormente, la intervención administrativa, a través de la regulación, genera costos en la sociedad, que pueden involucrar distintas motivaciones visibles, y digamos otras no tan visibles, y que pasan por presión de grupos de interés, corrupción, sesgos y hasta la propia irracionalidad del regulador, los mismos que deben ser puestos en la balanza, en su verdadera dimensión, a fin de determinar la pertinencia o no de la regulación.

Una vez decidida la opción de regular o intervenir por parte del Estado, en determinado asunto o conflicto de interés entre dos o más personas, o entre dos o

más grupos de personas, es relevante detenerse en algunas consideraciones¹⁹ tal como a quién se asigna o da la titularidad del derecho, pues puede ocurrir que ante la omisión del Estado en tal conflicto, decida aquella persona o grupo de personas que tienen mayor fuerza o habilidad, algo que se puede denominar como “el poder hace el derecho”. El Estado tiene que resolver diversas situaciones en las cuales se encuentran diversos intereses en conflicto, y tiene que elegir entre una u otra opción, sin embargo dichas decisiones tienen que encontrarse sustentadas en algunos criterios distintos a los que nos llevarían al sólo uso de la fuerza o habilidad.

En dicho contexto, Calabresi y Melamed manifiestan que la asignación o titularidad de derechos, puede sustentarse en los siguientes encabezados: eficiencia económica, preferencias distributivas²⁰, y otras consideraciones de justicia (valores morales y derechos fundamentales)²¹.

La **eficiencia económica** puede ser entendida como aquella situación denominada Óptimo de Pareto, como la elección por una titularidad de derechos que nos lleve a la mejor asignación de recursos posibles, de tal manera que un cambio en la situación elegida no produciría un mayor beneficio en la persona a la cual se concedió la titularidad, o para compensar a aquellas otras personas que perdieron con dicha asignación.

Dentro de las justificaciones que se encuentran sustentadas en la eficiencia económica, y siguiendo la clasificación realizada por el profesor Breyer²², podemos encontrar las siguientes razones:

- Control de monopolios, a fin de controlar el ejercicio de su poder en el mercado, que pueda incrementar por sí sólo el precio del bien ofertado, y con

¹⁹ CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, reglas de inalienabilidad: un vistazo a la Catedral”. THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 63-86. (Originalmente publicado en: Harvard Law Review 85. 1972. pp. 1089-1128.).

²⁰ La cual incluye la distribución de la riqueza en sí, así como la distribución de ciertos bienes específicos, y no puede ser analizadas bajo un criterio conceptual, tal como el Óptimo de Pareto en los objetivos de eficiencia antes mencionados. Todas las sociedades tienen preferencias de distribución de la riqueza, es muy difícil imaginar una sociedad con igualdad en la riqueza, y la asignación de derechos juega un rol importante en dicho sentido. Por ejemplo, asignar el derecho a las personas que gustan del silencio, las hará más ricas que aquellas que gustan del ruido, pues estamos ante la asignación de recursos escasos.

²¹ Se refiere a la asignación de derechos que no necesariamente se encuentra o pueden ser sustentada en razones distintas a los criterios de eficiencia y distributivos, y que pueden ser distintivos en las elecciones que realice una sociedad (idiosincrasia), y que no pueden ser descritos en términos de igualdad.

²² BREYER, Stephen. Ídem (id).

ello sus utilidades, sustentada en la eficiencia distributiva, distribución de ingresos, justicia, y desconfianza frente al poder social y político del monopolio no regulado.

- Control de rentas, al ser elevadas y no reflejar ningún talento o habilidad particular por parte de los productores, y tiene por objeto la transferencia de las utilidades inesperadas y no merecidas de los productores hacia los consumidores (una eficiencia distributiva).
- Corrigiendo efectos colaterales, ante la necesidad de compensar el hecho de que el precio de un producto no refleje los principales costos que su producción en el mercado, como una manera de corregir la dificultad de negociación entre las partes involucradas.

Esta justificación podría servirnos para la justificación de la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, al considerar que la regulación e imposición de alguna de sus obligaciones tiene como premisa la corrección de algunos efectos colaterales no expuestos en la asignación del derecho de explotación de dichos establecimientos.

- Corrigiendo la información inadecuada, a fin de suplir la insuficiencia del mercado para proveer la información requerida por los consumidores.

Esta justificación podría sustentar las obligaciones para revelar información a los usuarios de los establecimientos de casinos y tragamonedas, relacionadas a los posibles perjuicios que el juego excesivo puede ocasionar a la salud de las personas.

- Competencia excesiva, ante la posibilidad del argumento de precios predatorios para impedir el ingreso de nuevas empresas ingresen a un mercado con monopolio natural.
- Riesgo moral, ante una situación en la cual el comprador no asume todos los costos de sus elecciones en el mercado.

Esta justificación podría ser utilizada para la actividad de juego de casinos y tragamonedas, al tener en consideración que los usuarios que presentan

problemas (costos) a su salud a causa del juego excesivo, involucran a sus familiares.

- Racionalización, sustentada en los problemas de coordinación o cooperación entre las empresas de determinada actividad económica, a través del planeamiento general por parte de la regulación, bajo los criterios de eficiencia.

Asimismo, se clasifican algunas justificaciones menores, tales como:

- Poder de negociación desigual, a fin de lograr un mejor balance o más eficiente asignación de las fuerzas de mercado.
- Escasez, que se sustenta en la decisión de usar las asignaciones regulatorias para lograr un grupo de objetivos de interés público.
- Paternalismo, a fin de suplir lo que el individuo quiere y lo que es bueno para él, la inhabilidad del consumidor para procesar o evaluar la información relevante, o desconfianza de la racionalidad del consumidor.

Este criterio puede ser útil para explicar la regulación dispuesta con fines de controlar la ludopatía en la actividad de juegos de casino y tragamonedas, al considerar que la persona pierde el control sobre su persona y el juego.

Dentro de las justificaciones que buscan la eficiencia económica también podemos encontrar la teoría desarrollada por el profesor Coase, a través del teorema del coste social, como una alternativa para que valores en conflicto tales como la libertad, justicia e igualdad coincidan con la eficiencia. Dicha teoría es un aporte a la solución jurídica tradicional (que ante las fallas del mercado, postulaba a la intervención del Estado como la única manera de alcanzar una asignación óptima de recursos), y muestra que los costos externos podrían ser internalizados sin necesidad de la regulación.

Básicamente si los derechos de apropiación se encuentran bien definidos, y los costos de transacción son nulos, de tal manera que las partes puedan llegar a un acuerdo de manera independiente a lo que dictamine el Derecho (solución jurídica tradicional) para determinada situación, la mejor solución siempre será aquella en la cual las partes puedan pactar, e internalicen los costos de sus actividades, de tal manera que

se pueda llegar a un resultado más justo y beneficioso para la sociedad, de manera independiente a la asignación inicial de derechos.

Si existe una transacción libre y racional entre las partes que se encuentran en conflicto, ambas aceptarán las compensaciones mutuas en función de la rentabilidad que les representa la actividad que realicen²³. Lo que se debería buscar es mejorar constantemente el funcionamiento del mercado, y de tal forma, reducir los costos de transacción para que las partes puedan pactar.

En dicho contexto, la existencia de fallas del mercado no es un síntoma para la intervención estatal, sólo si los costos de transacción son demasiado altos para poder llegar a un acuerdo entre las partes, puede presumirse dar paso a la intervención del Estado, a través de la regulación; aunque, como se ha señalado anteriormente, también deben tenerse en cuenta los costos de la propia regulación, que incluye los errores que pueda cometer la burocracia, entre otras consideraciones²⁴ (la presión de grupo de interés por ejemplo).

Sin embargo, aunque algunos mercados sean eficientes, puede que no produzcan los resultados deseados socialmente, de tal manera que dejarlos a su libre actuación podría agudizar situaciones injustas e inaceptables. Los ricos y poderosos pueden “explotar a otros en forma “eficiente”, las ganancias de unos son compensadas con las pérdidas de otros²⁵.

En algunas ocasiones, la regulación pretende enfrentar consecuencias potenciales que van más allá de las partes directamente involucradas, y en circunstancias en las cuales los beneficios privados en determinada actividad no es un certero indicador del impacto social. Incluso se prefiere una regulación intrusiva, a detalle o robusta, de tal manera que pueda prevenir intentos elusivos de la misma, y bajo la premisa que los

²³ Por ejemplo, se señala que ante una situación de una fábrica que arroja humos y ensucia las camisas que se tienden cercanas a la misma, si bien se piensa que el causante es la fábrica, se debe tener en consideración que también es causante de dicha situación la persona que tiende allí su camisa, y aunque no se puede afirmar de manera contundente, quizás también labore en ella.

²⁴ Hay que tener en consideración que puede ocurrir que al momento de regular se cuente con la información suficiente para disponer la mejor opción regulatoria, y hay que evaluar que las políticas de gobierno realmente puedan mejorar aquellas fallas de mercado advertidas.

²⁵ STIGLITZ Joseph. Regulación y Fallas. En: Revista de Economía Institucional, Volumen 12, Número 23, 2010. pp. 13 – 28.

costos de las fallas de la regulación son de una magnitud mayor que los costos de intervención en sí²⁶.

En lo que se refiere a las **preferencias distributivas** se tienen que incluir la distribución de la riqueza en sí, así como la distribución de ciertos bienes específicos, las cuales no pueden ser analizadas bajo un solo criterio conceptual, tal como el Óptimo de Pareto, señalada para los objetivos de eficiencia anteriormente.

Todas las sociedades tienen preferencias de distribución de la riqueza, siendo muy difícil imaginar una sociedad con igualdad en la riqueza, y la asignación de derechos juega un rol importante en dicho sentido. Por ejemplo, asignar el derecho a las personas que gustan del silencio, las hará más ricas que aquellas que gustan del ruido, pues estamos ante la asignación de recursos escasos, por lo tanto, la asignación de un derecho a uno u otro es esencialmente inevitable.

Pueden existir preferencias para la distribución basadas en criterios en lo que cada sociedad considera justo, inclusive podrían existir asignaciones de derecho que busquen compensar determinadas situaciones que se consideran injustas, también podría considerarse que la distribución y asignación de derechos se corresponde como un premio a lo que hace cada quién, entre otras consideraciones.

Por ejemplo, podrían existir personas o grupo de personas (asociaciones o demás organizaciones que alcancen relativa legitimidad en la sociedad), que puedan expresar su opción por prohibir la actividad de juegos de casinos y tragamonedas, al considerar que la misma es nociva para la sociedad o los bienes de la colectividad (lavado de activos e incidencia en índices de criminalidad), aunque también pueden existir otras personas o grupo de personas que consideren que los aportes de dicha actividad al fisco, y los empleos directos e indirectos, hacen recomendable su autorización, bajo determinado tipo de regulación. Todas estas consideraciones pueden no tener su correlato en justificaciones de eficiencia pero pueden ser determinantes en la toma de decisiones por parte del Estado, al momento de elegir entre uno u otro²⁷.

²⁶ STIGLITZ, *Ibidem*.

²⁷ El Estado podría decidir una asignación de derechos para determinada persona de manera gratuita, sin embargo, si los fundamentos para dicha decisión no son del todo fuertes como para ignorar a la postura contraria, permitirá que los mismos puedan ser transados; es decir que la otra parte pueda compensar por su derecho, contrario a la asignación inicial. Sin embargo, si la transacción antes aludida resulta ser muy onerosa, se podría considerar por sus efectos, que la asignación inicial del derecho hace que la misma sea inalienable.

Asimismo, si bien no será parte del análisis del presente trabajo, al referirse esencialmente a una evaluación de la eficiencia económica en la normativa que regula la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, una justificación del impuesto a los juegos en la actividad se puede argumentar en razones distributivas²⁸, pues si se considera que en dicha actividad existen costos de transacción que no se expresan de manera eficiente a través del mercado, como pueden ser los posibles perjuicios a la salud pública, una manera de justificar la imposición del impuesto a los juegos podría ser la distribución de parte de los ingresos de los titulares de autorización para explotar juegos de casinos y máquinas tragamonedas, entre otros, en los recursos que sustentan el presupuesto²⁹ de la Comisión Nacional para la Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar (CONPREPAJ).

Adicionalmente, la regulación también puede sustentarse en propósitos de colaboración o contribución con los gastos públicos, como por ejemplo, en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, la exigencia de la obligación de implementar un Sistema Computarizado de Interconexión en Tiempo Real a un computador central, interconectado a su vez con la SUNAT y el MINCETUR, se sustenta por el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 41 y 42 de la Sentencia del expediente N° 9165-2005-PA/TC, de la siguiente manera:

“41. A juicio de este Colegiado, dicho sistema se encuentra dentro de las condiciones razonables que debe exigirse a las personas jurídicas que se dedican a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, a efectos de que las autoridades administrativas competentes puedan controlar la transparencia en el juego, así como fiscalizar un adecuado pago de impuesto. (subrayado es nuestro)

42. Asimismo, y conforme a lo expuesto en el Fundamento N° 9 de la STC N° 004-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional estima que se trata de una regla de orden público tributario acorde con el propósito o deber de contribuir con los gastos públicos, orientada a finalidades plenamente legítimas, como la de colaborar y ayudar a fiscalizar, a efectos de detectar aquellas personas que puedan rehuir la potestad tributaria del Estado” (subrayado es nuestro)

²⁸ Es pertinente indicar que este sustento no ha sido la expresada por el Tribunal Constitucional para justificar la constitucionalidad del impuesto a los juegos, lo cual se puede verificar en los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 4227-2005-PA/TC.

²⁹ Artículo 50 de la Ley N° 27153, incorporado por el artículo 23 de la Ley N° 27796.

Por su parte, la regulación también puede encontrarse justificada bajo ***otras razones de justicia***, dentro de las cuales pueden encontrarse aquellas razones sustentadas en la moral (bajo consideraciones de lo que es bueno o tiene mayor mérito), o la supuesta congruencia con otros derechos u otra asignación de derechos previa, la cual incluye los valores y principios que recoge el sistema jurídico de cada sociedad.

Como se puede apreciar, este tipo de justificaciones no repara en el hecho de si la actividad resulta siendo eficiente o no para la sociedad, pues al considerarse contraria a los valores y principios de nuestra sociedad, no pueden ser dejadas abiertamente al mercado, sino que resulta necesaria la regulación para alinearlos a los mismos.

La intervención sustentada en la moralidad es muy difícil de manejar en una sociedad, pues aunque puedan existir opciones colectivas o ampliamente aceptadas, pueden existir grupos que defiendan una postura contraria, pudiéndose esbozar inclusive las razones de creencias, religión o trascendentales. Este tipo de justificación podría llevarnos a una razón aparente, y que no hace más que validar posiciones que pueden lidiar con la arbitrariedad, quizás nada diferentes del “poder hace el derecho” - no hay que delimitarlo sólo en su faceta económica -, antes mencionado, aunque, existen opciones sustentadas en moralidad y que también pueden justificarse en razones de eficiencia.

Obviamente, razones de moralidad al momento de optar por la regulación también pueden justificarse bajo otros valores o principios establecidos en un determinado sistema jurídico, por ejemplo, la regulación restrictiva en la actividad de juegos de casino y tragamonedas en alguna de sus obligaciones (requisito de encontrarse en un hotel o restaurante) señaladas en la normativa aplicable, se sustenta en bienes y principios tales como la protección de los consumidores, la moralidad y seguridad pública.

Es pertinente señalar que las justificaciones anteriormente analizadas, de eficiencia económica, preferencias distributivas, y otras justificaciones de justicia, se pueden presentar de manera mixta, de tal forma que es posible encontrar en la normativa de una actividad, obligaciones que se deriven en varias de dichas justificaciones. En dicho contexto, las mencionadas justificaciones serán de mucha importancia al momento de analizar la regulación de la actividad que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, propósito del presente trabajo.

Sin embargo, la posibilidad de los derechos sustentados en la fuerza o poder no termina con la asignación de derechos, pues si bien la intervención del Estado determina a la persona o grupo de personas a las cuales se atribuye determinado derecho en una sociedad, es necesario que el Estado otorgue o proporcione un margen de protección al derecho asignado, así como la posibilidad de transar o vender el mismo.

En ese sentido, Calabresi y Melamed identifica y categoriza tres tipos de derechos y sus subsecuentes reglas de protección, los cuales son: derechos protegidos por reglas de propiedad, derechos protegidos por reglas de responsabilidad, y derechos inalienables.

Los derechos son protegidos por reglas de propiedad en la medida que la persona a la cual no le fue asignado, pueda adquirirlos a través de una transacción voluntaria, aceptada por el titular del derecho. Este tipo de derechos son los que menor intervención realiza el Estado, pues su participación se circunscribe a la asignación de la titularidad del derecho, y la determinación del valor corresponderá a las partes.

Por su parte, los derechos son protegidos por reglas de responsabilidad cuando la persona que no es titular del derecho puede destruirlo, siempre que se encuentra dispuesta a pagar por él un valor objetivamente determinado. Este tipo de derechos requiere una intervención mayor por parte del Estado, pues además de la asignación inicial del derecho, determina el valor del mismo.

Los derechos serán inalienables cuando ante determinada o cualquier circunstancia se prohíbe la transferencia del derecho pese a que se encuentra con un comprador y vendedor dispuestos a la misma. En este tipo de derechos la intervención del Estado determina la asignación inicial de los derechos, el valor ante su disposición por parte de la persona que no es titular, y ante determinadas o cualquier situación, puede determinar su inalienabilidad, pese a que el comprador y vendedor se encuentran dispuestos a su transacción. En este tipo de derechos el Estado interviene limitando o regulando la propia asignación del derecho, así como su transferencia.

En dicho contexto, las mencionadas reglas de protección pueden ayudarnos a entender la asignación de un derecho para la explotación de juegos de casino y tragamonedas en determinado establecimiento, en contraste a aquellas personas o grupo de personas que se oponen a su explotación, también ayudarían a comprender

las justificaciones para la elección entre algunas de sus pretensiones en la regulación de la actividad, tal como, por ejemplo, la posibilidad de la explotación de salas de juego de casinos y tragamonedas bajo determinadas condiciones que expresan los intereses de grupos de personas de la sociedad, tal como la protección de grupos vulnerables, la salud pública, y otras justificaciones.

Podría ayudarnos a sostener que la regulación resulta necesaria ante los altos costos de transacción que podría llevarnos a que la sociedad o las personas se pongan de acuerdo sobre la manera de ejercer su libertad, pues la explotación de juegos de casino y tragamonedas trae consigo algunos costos a la sociedad que pueden exceder al simple entretenimiento, por lo cual la imposición de un impuesto específico podría ser una opción distributiva de la riqueza ante los costos no expuestos de elegir la opción de asignar derechos para la explotación de salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.



1.4 El interés público, social, y bienestar social

Es muy común que escuchemos a los políticos, los legisladores, así como a los representantes de las entidades de la Administración Pública, que utilicen o sustenten sus discursos bajo los conceptos de “interés público, bienestar general o social”, entre otros términos equivalentes; con lo cuales se pretende una aceptación sin discusión, como una verdad de Perogrullo, sin repararse en una explicación sobre cuál es el significado de dicho término, o del por qué el argumento esbozado tiene relación con dicho concepto.

Si bien cada quién puede postular su idea o concepto de “interés público”, es probable que las personas asociemos el concepto de dicho término como algo consustancial, parte fundante o finalidad última de la actuación del Estado o de la función pública, convirtiéndose en su aspiración máxima³⁰.

Asimismo, se sostiene o considera que el Estado es la instancia donde se define y expresa lo que en un determinado momento se concretiza dicho interés general. Es más, se señala que es a través del Estado que se conciliaban los intereses particulares con aquellos colectivos o propios de la colectividad, la cual se encuentra representada a través del voto legislativo³¹.

La tradición de pensamiento utilitarista sostenida por Jeremy Bentham postulará al interés general de forma aritmética, como la suma de los intereses o preferencias individuales, sentenciando lo siguiente: “la máxima felicidad posible para el mayor número de personas”; sin embargo esta postulación, así como el pensamiento utilitarista son cuestionables, y no toma en cuenta las profundas desigualdades que se pueden sostener con la misma, tampoco considera que los intereses individuales suelen ser cambiantes y relativos en función de la postura de cada persona, ni ofrece alguna explicación sobre la manera de distribuir el “incremento en el bienestar” en los diferentes individuos y personas³².

³⁰ MEDINA, Iván y OVEJERO, Miguel. Repensar el interés general en las políticas públicas. En: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. Número 26, Año 2012, pp. 39 – 51.

³¹ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. Interés General y Administración Contemporánea. En Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política, Número 14, Año 2011, pp. 129 - 149.

³² *Ibidem*.

La teoría contractualista señalaría que el concepto del interés público se manifiesta en la expresión de una voluntad general, acordada por los ciudadanos en un pacto social, al cual se someten bajo determinadas reglas aplicables para todos y normas de convivencia. En esta teoría trasciende la idea de protección de los derechos en general, superando al individualismo como instrumento para lograr la felicidad³³.

Bajo la precitada teoría, el interés público tiene una acepción cualitativa, en lugar de una dimensión cuantitativa, tal como se sostiene en las teorías de pensamiento utilitaristas; asimismo, su manifestación se asocia con la voluntad de la comunidad, y no como la sumatoria de todas las voluntades (interés particular o privado).

Un poco más reciente, la “teoría de la acción comunicativa”, cuyo principal representante es Habermas, sostiene que la legitimidad de la Administración Pública se manifiesta cuando se implementa el interés general del público bajo condiciones de libre asociación y discurso. Por lo tanto, es la razón del mejor argumento, donde se encuentra al interés general³⁴.

Sin embargo, ante las variadas posturas que intentan conceptualizar el interés público, que sólo confirman lo difuso del término, es válida la pregunta de si en realidad existe o es simplemente una construcción en la que intervienen diversos agentes en un determinado contexto. Ante dicha situación podría argumentarse o presumirse, por ejemplo, la discrecionalidad de la Administración Pública en su definición, interpretación y adecuación³⁵.

En dicho contexto, es posible discutir que el interés público tenga una definición normativa, con efecto general e invariable, y sostener que es un recurso para que a través del proceso de políticas públicas, los distintos actores participantes (públicos y privados), puedan legitimar sus intereses y su posición³⁶.

En esa línea, la instauración de un régimen económico en nuestra Constitución Política, así como la posibilidad de actuar en la actividad económica, sobre la premisa del interés social, público o del bienestar social, nos lleva a establecer regulaciones

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. *Óp. cit.*

³⁶ MEDINA, Iván y OVEJERO, Miguel. *Óp. cit.*

que tendrán efectos directos en la asignación de la riqueza, así como en la asignación de derechos u obligaciones, lo que convierte a la acción gubernamental en un incentivo, o un bien preciado para aquellos que quieran beneficiarse con la intervención del Estado en la economía.

En efecto, la actuación gubernamental a través de la disposición de un subsidio, el establecimiento de un tributo especial, la excepción de un grupo determinado para una imposición estatal, la exoneración del cumplimiento de una obligación, entre otras acciones que puede disponer el gobierno, suelen ser mecanismos que los individuos o grupos participantes del mercado, buscan atraer en su beneficio. Cada acción del gobierno tiene un efecto de “dotación”, del cual todos quieren obtener alguna ventaja.

Y cada una de las acciones antes mencionadas puede encontrar algún sustento con el argumento del interés público, inclusive en algunos principios y valores apreciados socialmente, de tal manera que sean plausibles y que no genere dudas de su necesidad y finalidad (reivindicaciones o justificaciones de justicia).

¿Cuál puede ser la razón para subsidiar determinada actividad económica?, ¿por qué ésta y no aquella otra?, ¿cuál de dichas actividades requiere una atención prioritaria por parte del Estado? Por ejemplo, alguien podría señalar la necesidad de subvencionar o utilizar otra medida proteccionista en favor de la industria nacional textil, pues se considera que la importación de los textiles provenientes de China, perjudican dicho sector económico, y generan una pérdida de puestos de trabajo de las personas que se dedican a dicho rubro. Sin embargo, bajo dicho razonamiento, quizás no se tiene en consideración a todas las personas o intereses involucrados, pues se podría estar perjudicando a los consumidores, quienes tendrían que pagar un precio distinto al generado por el mercado en libre competencia.

Asimismo, el sustento del interés público puede apelar a la lucha contra determinados males sociales sobre los cuales puede existir cierto consenso en sociedad, tal como la corrupción, la discriminación, los accidentes de tránsito, entre otro tipo de acciones que seguramente las personas aceptarían sin dudar. Sin embargo, apelar a males sociales en términos absolutos no es una justificación adecuada, en muchos casos las personas pueden encontrarse a favor de determinada medida pero no son conscientes de los costos que la misma involucra³⁷.

³⁷ SÚMAR ALBÚJAR, Oscar. Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica. En Themis – Revista de Derecho, Número 62, Año XXX. pp. 27 - 42.

En dicho contexto, el sustento para la intervención estatal, a través de la regulación utiliza conceptos indeterminados o ambiguos como el interés social, interés público o bienestar social, los cuales pueden diferir dependiendo de cada persona o grupo de personas intente conceptualizar dicho término, pues cada quien puede albergar una idea de lo que se entienda como de interés general, en un determinado momento y contexto.

Los intereses de los sectores que interactúan en la sociedad pueden ser muy variados, inclusive contradictorios, y dependerá de cada gobierno de turno determinar a cuál de los mismos privilegia bajo el argumento del interés público, interés social o bienestar general.

Asimismo, el concepto del interés público o social, también se invoca cuando nos encontramos ante la ejecución de obras públicas por parte del Estado, al determinar el lugar donde se realizará determinada infraestructura financiada con recursos públicos.

Por ejemplo, una situación similar se aprecia al privilegiar el desarrollo de una infraestructura turística en lugar de obras de saneamiento en determinada región. También puede apreciarse un interés por parte de determinadas empresas de una localidad o distrito en beneficiarse de subvenciones o programas sociales del Estado, pues la entrega de productos se realiza a través de empresas proveedoras de dicha zona geográfica.

Ahora bien, con lo anterior tampoco se quiere desmerecer o descalificar la necesidad de las intervenciones que se solicitan al Estado, pueden ser todas válidas y atendibles, sin embargo la dificultad se centra en la elección del gobierno de turno sobre quién puede beneficiarse de la intervención estatal.

Por otro lado, teniendo en consideración lo antes señalado, si la intervención administrativa del Estado en las actividades económicas, a través de la regulación, se justifica en razones de interés público, tales como: eficiencia económica, distributivas, u otras razones de justicia; podemos considerar que los distintos grupos de interés apelarán a cualquiera de dichas justificaciones para asegurar una regulación que se ajuste a sus intereses.

Entonces, quizás deberíamos reconsiderar aquella idea en la cual el interés general, social o bienestar general, es aquella situación impersonal que beneficia por igual a todas las personas de la sociedad, pues como se dijo anteriormente, cada quien tendrá una idea de lo que significa dicho concepto, y la elección por alguna de las mismas puede ser opuesta a aquella que considere otra persona o grupo de personas. Resulta ser casi inevitable, que ante una elección sobre el significado de interés público, se tienda a beneficiar a unos en perjuicio de otras personas.

Por lo expuesto, la idea del interés público, social o bienestar social puede ser instrumentalizada por aquellos que quieran beneficiarse por la acción de gobierno, como justificación para la intervención administrativa del Estado, a través de la regulación.

Un punto interesante y de análisis es aquel que acepte que la indefinición del concepto de interés general, público o social, y que reconozca nuestra ignorancia para determinar si determinada elección constituye una mejora en la búsqueda del bienestar general, pues lo único que se tienen son intereses de grupo o particulares.³⁸

A modo de ejemplo, podemos realizar un análisis de las justificaciones del interés público para la intervención administrativa por parte del Estado, en el caso de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas. Al respecto, la determinación de dichas justificaciones se puede encontrar en la legislación aplicable y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En particular, en el Título I, Disposiciones Generales, de la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se pueden identificar la finalidad y el objeto de la regulación, las cuales señalan:

“Artículo 1.- Finalidad de la Ley.- Regular la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños que afectan la moral, la salud y seguridad pública, así como preservar el turismo receptivo, y establecer un impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Artículo 3.- Objeto de la Ley.- Es objeto de la presente Ley:

³⁸ BUCHANAN, James M. y TULLOCK, Gordon. El Cálculo del Consenso (fundamentos lógicos de una democracia constitucional). Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica. 1980. pp. 323 – 326.

- a. Garantizar que los juegos de casino y máquinas tragamonedas sean conducidos con honestidad, transparencia y trato igualitario.
- b. Establecer medidas de protección para los grupos vulnerables de la población.
- c. Evitar que la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas sea empleada para propósitos ilícitos.”

Sin embargo, si bien la finalidad y el objeto de la regulación de la actividad, de una primera lectura de las mismas, pueden considerarse como válidos, y similares a la justificación de la regulación en cualquier otra actividad³⁹, considero que la distinción sobre la intensidad de la intervención del Estado en la regulación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se encuentra en la excepcionalidad de su permisión en nuestro país. En dicho contexto, la Ley⁴⁰ establece lo siguiente:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación.- La actividad de explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas se permite de manera excepcional como parte de la actividad turística, conforme a lo regulado en la Ley.”

Ahora bien, de lo señalado anteriormente, podemos inferir que la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas puede perjudicar a la moral, la salud y la seguridad pública, pero con el hincapié que dicha afectación es de tal magnitud o gravedad para nuestra sociedad, que a diferencia de otro tipo de actividades, sólo se permite de manera excepcional como parte de la actividad turística.

En este sentido, la excepcionalidad en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas sustenta una regulación restrictiva, mediante la imposición de varias obligaciones, requisitos y condiciones para ingresar y permanecer en esta actividad, los cuales se traducen en costos que deben ser asumidos por los operadores que quieren invertir en este tipo de actividad; asimismo, también se deben considerar aquellos costos que debe asumir la autoridad administrativa para la supervisión y aplicación de la regulación.

³⁹ Recordemos que el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.

⁴⁰ La Ley puede considerarse como aquella manifestación de la representación política del pueblo, a través del Congreso de la República; en este sentido, si bien podría discutirse sobre la conveniencia de la representación de nuestros legisladores en la dación y justificación de la normativa que proponen y aprueban, dentro del plano teórico o formal, una vez aprobada una norma, es expresión de la voluntad organizada de todos los ciudadanos del país.

Al respecto, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 009-2001-AI/TC, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27153, el Colegiado señaló lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional entiende que la opción de legislador por configurar la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales, y en particular, la protección de los consumidores, la moralidad.” (Fundamento 2).

“Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede en la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas⁴¹”

Por su parte, en el Fundamento 40 de la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 4227-2005-PA/TC, proceso constitucional de amparo interpuesto por la empresa Royal Gaming SAC, se señaló lo siguiente:

“El ocio que promueve el Estado mediante la cultura, la recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta, que pueden generar adicción – ludopatía - con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas.”

Cabe indicar que el hecho de que el Estado tolere la actividad bajo comentario, y no promueva su realización, nos lleva a pensar que con la intervención administrativa del Estado se pretende desincentivar la operatividad de salas de juego de casino y máquinas tragamonedas en el país; sin embargo, dicha situación también puede ser considerada como una manera de encarecer la inversión para este tipo de actividades, ante lo cual no todas las personas que deseen iniciarse en este negocio podrán hacerlo, limitando, de alguna manera, la concurrencia de posibles operadores en el mercado, y asegurando para algunos la explotación de este tipo de negocio (empresas que tengan los recursos necesarios para cumplir los requisitos que la regulación establezca).

⁴¹ Argumento para sustentar la razonabilidad de las restricciones de la actividad en comparación con la regulación de otros sectores de la economía.

Ante lo dicho, quizás las preguntas serían: ¿quién se beneficia con la restricción de una actividad?, ¿los empresarios que la explotan?, ¿el Estado?, y en consecuencia, ¿quién se perjudica?

En un desarrollo posterior del presente trabajo se analizará si restringir la actividad de casinos y tragamonedas, es una medida idónea para prevenir los posibles perjuicios que puede ocasionar a la moral, la salud y seguridad pública, o si a través de la misma se ocasionan efectos que no se condicen con las finalidades públicas que se quieren atender, o en una posición contraria, si se termina beneficiando a un interés particular de grupo. Baste decir al respecto, que la existencia de una legalidad excesivamente onerosa no necesariamente supone que las actividades que sanciona dejen de realizarse, sino que se trasladan de un mercado a otro, de la formalidad a la informalidad⁴².

Retomando la idea del interés público en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, mencionamos que la intervención del Estado en dicho negocio se justifica en el alto interés público que se encuentra involucrado; sin embargo, llama la atención, que la justificación dispuesta en la norma sean los “posibles perjuicios” que se pueden ocasionar a valores o principios como la moral, la salud y la seguridad pública, de lo que ante una interpretación literal de su texto, deducimos la falta de certeza del legislador, respecto a si la regulación genera per se los perjuicios a los mencionados valores.

Una constatación interesante sobre esto, se puede encontrar en la regulación dispuesta en la actividad bajo comentario, en lo relacionada al tratamiento o prevención de la ludopatía, en particular, con la incorporación en la Ley N° 27153, en el año 2002, del Título IX: Prevención de la Salud Pública, disponiendo como una obligación del titular de una autorización para operar este negocio, la incorporación del siguiente mensaje: “LOS JUEGOS DE AZAR REALIZADOS CONSTANTEMENTE PUEDEN SER DAÑINOS PARA LA SALUD”, en el cual se aprecia de manera explícita e informativa, la situación de peligro que se presenta a través del juego constante.

⁴² En efecto, en la actividad de juegos de casino y tragamonedas, durante varios años se tuvo una situación de informalidad, en la cual más del noventa por ciento (90%) de la actividad se encontraba fuera de la ley, u operaban en mérito de una protección judicial, que los volvía inmune a cualquier intervención por parte de la autoridad administrativa

Inciendo en la idea esbozada anteriormente, podemos señalar que la intervención administrativa del Estado, a través de la regulación (en particular en su tratamiento de la prevención contra la ludopatía), en la actividad de juegos de casino y tragamonedas, es una situación similar a la regulación de manera preventiva, una suerte de realización del principio precautorio ambiental, que podría resumirse de la siguiente manera: si bien no se tiene certeza de los perjuicios que ocasiona la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas a la moral, la salud y seguridad pública, se permite de manera excepcional y restrictiva, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones señalados en la norma.

Sin embargo, en el año 2012, es decir diez años después de la obligación de información preventiva sobre el juego constante y sus perjuicios a la salud, se varió la posición del Estado frente a la misma, al incorporarse el literal u) al artículo 31 de la Ley N° 27153, una nueva obligación informativa por parte de los titulares de una autorización expresa⁴³. En particular, se les obliga a: “Publicitar en un lugar visible de su establecimiento un aviso notorio con el siguiente rótulo: Jugar en exceso causa ludopatía. Difundir sobre los riesgos y consecuencias de la ludopatía.” (subrayado es nuestro).

Como se aprecia, en este último caso ya no se señala al juego constante como un posible causante de problemas a la salud, como era en la obligación dispuesta en el año 2002, pues ahora se afirma que el juego en exceso causa la ludopatía, es decir se manifiesta una certeza sobre los efectos y riesgos que se generan con su ejercicio. En un momento posterior del presente trabajo se analizará con mayor detalle la regulación dispuesta sobre la prevención de la ludopatía en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y en particular a las situaciones que pueden haber ocasionado el cambio de aproximación del Estado sobre la relación entre el juego excesivo y la ludopatía, por el momento es importante dejar constancia que la regulación de la actividad bajo comentario puede ser apreciada como una respuesta ante actividades de riesgo.

En efecto, el derecho no es indiferente ante la problemática del riesgo, y muchas veces la regulación dispuesta para determinada actividad, como la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, representa la opción del Legislador frente a los

⁴³ Artículo 6 de la Ley N° 29907, Ley para la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.

problemas que se pueden ocasionar frente a su ejercicio, y en particular sobre el establecimiento de límites, responsabilidades, entre otras medidas.



1.5 Grupos de presión, e intereses particulares

Tal como se ha explicado en el punto anterior, el concepto del interés público o interés social se puede encontrar alineado al interés particular de un grupo de interés o presión, el cual tiene la habilidad para promover u obtener, por medio de la elección política, un determinado interés económico⁴⁴.

La idea del interés público como algo desinteresado o alejado del interés particular se encuentra cada vez más cuestionada, pues la experiencia en los procesos políticos demuestra que la determinación de dicho concepto se realiza a través de la disputa de los distintos grupos de presión involucrados, a fin de obtener alguna ventaja de la elección política del gobierno de turno.

En dicho contexto, tal como se señaló anteriormente, son distintos los grupos de interés que participan o persiguen que el interés público o social se identifique con su interés particular, y en esa pugna por la acción colectiva, habrá algunas personas o grupos de personas que se verán beneficiadas por la regulación y otras que serán perjudicadas. En ese sentido, serán algunos los que se llevarán los privilegios de la regulación y otros quienes asuman los costos asociados de la acción colectiva.

En todo orden político han existido grupos en pro de la defensa de sus intereses, la manifestación institucional de la promoción activa del interés económico es el grupo de presión, y si bien no puede considerarse una aberración su existencia y funcionamiento en la sociedad, lo que sí puede afirmarse es que su expansión ha traído consigo el cuestionamiento del modelo tradicional para la toma de decisiones.

Al respecto, los profesores James M. Buchanan Y Gordon Tullock manifiestan que existe una relación entre las actividades y la importancia de los grupos de interés en el proceso político y el tamaño total y composición del presupuesto del gobierno, su hipótesis es que los costes de organización del grupo de interés son una función directa de los beneficios que se pueden esperar de la acción de gobierno, a través del proceso político.

En dicho contexto, manifiestan que en el proceso político de toma de decisiones, el grupo de interés o de presión, surge porque se espera que se aseguren ventajas

⁴⁴ Loc. cit.

diferenciales a su favor, y a la inversa, se producen ventajas diferenciales en favor de los grupos particulares, a causa de la existencia de la actividad organizada de los grupos de presión.

Asimismo, señalan que a medida que más grupos de interés descubran los beneficios de asegurarse una legislación particular por medio de la acción colectiva, los mismos invertirán recursos en la organización del grupo, para participar del proceso político y obtener algún beneficio particular. Adicionalmente, señalan que la situación de “equilibrio” entre los distintos grupos participantes, se producirá una vez que todos los grupos de interés se encuentren organizados y participen del proceso político⁴⁵.

Ahora bien, es pertinente manifestar que cada acción colectiva o de gobierno generará más beneficios a unos ciudadanos o determinado grupo en contraste con otros, y casi cualquier medida distributiva producirá costos diferenciados entre los distintos grupos que existen en la población, o en todo caso “pesará” más para algunos que otros, razón por la cual casi siempre existirán incentivos para la participación de los grupos de interés⁴⁶.

Teniendo en consideración lo anterior, es posible sostener que la participación del proceso político o la toma de decisiones por parte de un gobierno, así como la intervención del Estado a través de una regulación, pueden asegurar un beneficio o acción diferencial a favor de un determinado grupo de interés, en perjuicio de otros grupos, así como de los demás ciudadanos, generando una asignación que podría ser considerada “disfuncional” de los costes y beneficios en los distintos intereses representados en la población (algunos organizados y otros no).

La tesis desarrollada por los profesores Buchanan y Tullock parte de la premisa de considerar al gobierno o la Administración como una institución que no busca necesariamente medidas generales bajo un sustento de bienestar común o social, tampoco producen bienes públicos o reducen insufragables costes de transacción a

⁴⁵ Sin embargo, algunos consideran que la situación descrita se encuentra lejos de un estado de “equilibrio”, pues se puede producir la proliferación de grupos de interés desiguales y frecuentemente asimétricos, quienes interactúan a fin de conseguir las ventajas de la acción de gobierno, algo que se ha denominado “capitalismo corporativo”. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Santiago. Grupos de interés y corrupción política: la búsqueda de rentas en el sector público. Documento de Trabajo de la Universidad de Oviedo – Facultad de Ciencias Económicas, año 1996.

⁴⁶ Por ejemplo, se puede aprobar una norma que otorgue beneficios a determinado grupo de interés y disponga costos generales para las demás personas, o una norma que otorgue beneficios generales para la población pero que imponga costos para determinado grupo de personas o grupo de interés.

través de la legislación o regulación⁴⁷, sino como un medio para el otorgamiento de rentas o transferencias de riquezas⁴⁸.

El Estado como productor de derecho muestra una ventaja comparativa, y al tener bajo su monopolio la coacción y coerción legítimas, así como la legislación, resulta ser una institución muy apreciada al interés de los distintos participantes del proceso de toma de decisiones, en particular, en utilizar dichas ventajas en beneficio propio.

Ahora bien, no es difícil apreciar que la situación descrita anteriormente podría generar algunos costos excesivos sobre toda la población (por ahora podemos identificarlos como aquellos ciudadanos que no se encuentran organizados pese a tener preferencias e intereses similares), pues es ella quien al final asume gran parte de los costos de las medidas diferenciales que favorecen a los grupos de interés.

La situación indicada anteriormente, también tiene que ser tomada en consideración por parte de los políticos y los burócratas, en el primero de los casos, el disgusto por parte de la población le puede representar la pérdida de votantes para las próximas elecciones, con lo cual podrían perder la posición que les otorga poder en el proceso político; asimismo, en el segundo de los casos, los burócratas corren el riesgo de que sus medidas sean revisadas e incluso observadas por los órganos de control institucional, a su vez de perder sus cuotas de poder o influencia.

En efecto, el derecho no es neutro, crea costos que incide directamente en las condiciones que los individuos deben observar para ejercer o recibir determinados derechos⁴⁹, excluyendo a todos aquellos que no pueden sufragar los costos de la regulación, de los beneficios que la misma puede haber dispuesto.

Por ejemplo, si tomamos en consideración la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, podemos encontrar que al considerarse una actividad

⁴⁷ Se puede sostener que las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, el cual es abaratar los costos de transacción. Asimismo, existiendo costos de transacción, el derecho no es indiferente al óptimo económico.

⁴⁸ BUCHANAN Y TULLOCK consideran que la actividad de los grupos de presión o interés es parte inherente del proceso democrático moderno, y que deben ser considerados en cualquier análisis o estudio de ciencia política que se quiera realizar, e independiente de cualquier criterio o posición moral que se tenga al respecto.

⁴⁹ GHERSI Enrique. El Costo de la Legalidad: una aproximación a la falta de legitimidad del derecho. En Revista de Derecho Themis N° 19, año 1999. pp. 5 -14.

restringida y que se permite de manera excepcional, los costos de transacción en la misma son altos; sin embargo, dicha situación nos puede hacer presumir que hay un grupo de interés al que la regulación beneficie directamente, sea porque reduce la competencia real o potencial, siendo al final de cuentas quienes se apropian de las rentas o privilegios generados por la regulación⁵⁰.

Asimismo, en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se pueden distinguir algunos grupos de interés claramente diferenciados, los cuales pueden haber variado a través del contexto particular de dicha actividad en el tiempo, lo cual pasamos a desarrollar.

En una primera aproximación se puede observar a los operadores de juego, es decir aquellas empresas que desean operar en dicho negocio, dentro de este grupo se pueden distinguir a aquellas empresas que operan casinos de juego, quienes siempre cumplieron con la regulación de la actividad. Un segundo grupo dentro de los operadores de juego, pueden ser aquellas empresas que se organizaron para presentar una acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley N° 27153, pues consideraban que la misma vulneraba los derechos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, el derecho al trabajo, entre otros. Dichas empresas tienen un papel importante en el desarrollo de la regulación de la actividad, pues de alguna manera, se les brindó la posibilidad de formalizarse a través de la Ley N° 28945, Ley de reordenamiento y formalización de la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, y tuvieron un protagonismo importante a través de las acciones de garantía que obtuvieron del Poder Judicial, las cuales fueron declaradas nulas o sin efecto, mediante la sentencia del proceso de conflicto de competencias del expediente N° 006-2006-PC/TC.

Asociados con el grupo señalado anteriormente, pero no necesariamente bajo los mismos intereses, se encuentran los fabricantes de juegos de casino y máquinas tragamonedas, así como los comercializadores de los mismos, quienes tienen una presencia importante en el suministro de los operadores de juego, independientemente de su condición jurídica (autorizados o no) ante la autoridad competente.

Otro grupo de interés a ser considerado en el proceso político de la legislación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, lo representa el Congreso de

⁵⁰ Ídem.

la República, y en particular, la Comisión de Comercio Exterior y Turismo, así como la Comisión de Economía, y la Comisión de Salud.

No se puede dejar de mencionar a la Administración Pública, representada por la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, autoridad competente en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el país, a la cual le corresponden las facultades administrativas de autorización, fiscalización, supervisión, evaluación y sanción de la actividad. La mencionada dirección tiene un rol neurálgico, no sólo por las disposiciones de obligatorio cumplimiento que emite, sino por su papel durante la formalización de la actividad de máquinas tragamonedas, y la recuperación del control del principio de autoridad por parte del Estado. Adicionalmente, dicha dirección participó de todos los procesos legislativos para la legislación de la actividad y trabaja en coordinación con las comisiones del Congreso de la República.

Relacionado con la Administración Pública, también se tienen que considerar a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, y la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF – Perú), por su papel en la regulación y administración sobre el impuesto a los juegos, y la prevención que la actividad sea utilizada para propósitos ilícitos, respectivamente. Cabe indicar que la SUNAT tiene un papel gravitante en la aplicación del Sistema Unificado de Control a Tiempo Real, con el cual se pretende contar con una herramienta para la mejor aplicación del Impuesto a los Juegos; asimismo, en el caso de la UIF, su rol cobra cada vez más importancia en la evaluación de las operaciones sospechosas que puedan reportarse en las operaciones de juego.

Tampoco se puede dejar de considerar a las asociaciones que participan en la actividad de juegos, algunos de los cuales representan a los operadores de juego, tal como la Sociedad Nacional de Juegos de Azar (SONAJA), la Cámara de Operadores de Tragamonedas (COT), la Asociación Peruana de Juegos de Azar (APEJA), y en especial las asociaciones que representan a las personas que padecen de la ludopatía, tal como la Asociación de Jugadores Responsables (ASJURES), entre otros, quienes han tenido un papel muy importante en la generación, debate y aprobación de la Ley N° 29907, Ley para la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.

1.6 La función de la Ley

Un análisis sobre la función de la Ley en nuestra sociedad no debería soslayar su poder para la asignación de recursos como uno de sus propósitos esenciales, en especial de la manera como se aprovechan los recursos escasos disponibles en el territorio, al establecer parámetros de permisión o prohibición de conductas o acciones, imponer determinados requisitos, obligaciones y condiciones para operar un negocio, o implantar un determinado procedimiento para el ejercicio o habilitación de algunos derechos.

Por consiguiente, el beneficio social más importante que resulta de acceder a una estructura legal consiste en apropiarse o direccionar la asignación de recursos que impone la Ley, tarea a la cual se encuentran organizados los distintos grupos de interés o de presión que fueron analizados anteriormente.

Si la regulación de alguna actividad económica sólo es cumplida por determinado grupo de la población, es obvio que la legislación o la regulación en su caso, han generado rentas para ellos, en contra de aquellos que se mantienen al margen de su cumplimiento, al no poder sufragar los costos de la legalidad.

El impacto distributivo de una regulación que beneficie sólo a un determinado grupo de la población genera una situación asimétrica, donde reglas particulares y excluyentes terminan favoreciendo a quienes tienen una posición privilegiada con el aparato estatal⁵¹. La ley en estos casos sirve a intereses particulares y no a los intereses generales.

Esta situación tiene que ser advertida, a fin de reconocer cuándo una norma que supuestamente es de carácter general sólo es una creación de privilegios que procura rentas para un reducido grupo de personas que ha utilizado los mecanismos de la toma de decisiones.

Asimismo, nos permite reconocer cómo tras de un proceso de regulación, que a menudo pareciera ser guiado por la inercia, desidia o incuria burocrática, hay una

⁵¹ Ídem.

racionalidad interna que lo hace responder a la creación de privilegios⁵², y que tiene un efecto en el encarecimiento de la legalidad.

En dicho contexto, conforme a lo señalado anteriormente, se puede señalar que la legislación o la regulación en su caso, pueden convertirse en un instrumento de asignación de rentas para determinados grupos de la sociedad⁵³.

En un intento por explicar dicha situación, el profesor Enrique Ghersi⁵⁴, resume una disertación de Henri Lepage, sobre los nuevos alcances del análisis económico, de la siguiente manera: “fundamentalmente en el sistema jurídico romano – civil, y en todo sistema jurídico en general, hay normas de carácter general, con supuestos de hechos abstractos, aplicables a una pluralidad de personas, generalmente ordenadas en razón de la naturaleza de las cosas y no de los individuos, y normas de carácter particular, con supuestos de hecho concretos, propósitos distributivos, limitado rango de aplicabilidad y ordenadas en atención a las diferencias entre las personas y no de las cosas. A las primeras se las llama “normas”, y a las segundas se las llama “privilegios”.

En dicho contexto, es posible reconocer que en nuestros sistemas jurídicos se producen asimetrías en la repartición de los costos y beneficios de las normas y los privilegios; siendo que los costos y beneficios de las normas se reparten de manera simétrica en una gran cantidad de personas, sin embargo los costos y beneficios de los privilegios se reparten de manera asimétrica, pues los costos son asumidos por un gran número de personas, los privilegios sólo se concentran en un grupo de personas concreto.

Determinado así el escenario, no es difícil presumir que los grupos de interés se organicen en la búsqueda de privilegios, lo cual determina que la estructura de nuestros sistemas jurídicos tengan una proclividad a la multiplicación de privilegios en lugar de normas de carácter general⁵⁵.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ El profesor Enrique Ghersi sostiene que una posible solución a esta situación sería la introducción de algunos mecanismos de división de poderes para provocar competencia entre los distintos órganos productores de legislación y disminuir la posibilidad de una producción indiscriminada de privilegios.

La instrumentalización de la legislación o la regulación de ser el caso, ha generado una situación de ineficiencia, contraria al principio del Óptimo de Pareto, que postula aquella situación en la cual uno puede mejorar su situación sin que la del otro empeore, pues como se ha indicado anteriormente, son unos pocos quienes se benefician en perjuicio o a costa de otros.



1.7 Mercado e irracionalidad individual y regulación

La teoría económica se sustenta en la idea de que en el mercado competitivo se relacionaban los individuos racionales y las empresas que buscan maximizar sus beneficios, razón por la cual las preocupaciones de los teóricos se han dirigido en la búsqueda de mercados competitivos.

Sin embargo, y con mayor énfasis en la crisis del sistema financiero de los últimos años en Estados Unidos, se aprecia que las personas actúan, muy a menudo, de una manera distinta a la que podría considerarse racional⁵⁶.

Esta situación nos lleva a preguntarnos si es el mercado, incluyendo sus fallas propias, un mecanismo adecuado para la decidir, controlar y asignar riesgos (actividades que puedan clasificarse como riesgosas para bienes valorados en la sociedad, como por ejemplo la salud pública).

Inclusive en una situación de competencia perfecta, en la cual se cuente con información suficiente en el mercado, y sea conocida o se encuentra al alcance de los agentes que intervienen en el mismo (personas, empresas y Estado), la aproximación que considera que las decisiones que se tomen, se realizan en un contexto de racionalidad limitada, puede llevarnos a una comprensión más pragmática en nuestra aproximación al derecho, pues nos lleva a relacionarla no sólo con postulados nacidos en la Economía, sino también con características propias de la Psicología.

En dicho contexto, tanto las personas al elegir, así como el Estado al momento de decidir sobre alguna regulación en particular, considerando un escenario sin asimetría en la información, no utilizan o cuentan con mecanismos de análisis que permitan tomar decisiones racionales. Por ejemplo, una persona que es excesivamente optimista, no tiene una representación objetiva sobre los riesgos a los cuales se expone a través de sus decisiones, pese a que pueda contar con datos estadísticos sobre lo dañino que pueden ser las mismas para su salud.

El hecho de que las personas no sean racionales en su comportamiento en el mercado, hace necesario que se vuelvan a evaluar los niveles de riesgo de su actuación, y quizás pueda albergar algunas decisiones colectivas paternalistas, en

⁵⁶ STIGLITZ, Ídem.

sectores estratégicos tales como el sector financiero, o en la actividades que puedan representar un riesgo a determinados bienes jurídicos, como puede ser la salud pública, en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

Como se puede entender, el argumento de la racionalidad limitada por parte de los agentes en el mercado, es independiente de cualquier decisión sobre libre mercado, o intervención administrativa por parte del Estado, pues en cualquiera de los escenarios posibles el supuesto de la racionalidad limitada resulta aplicable.

El concepto de “racionalidad limitada” fue expuesto inicialmente por el economista Herbert Simon, Premio Nobel de Economía en 1978, y sostuvo que frente a la teoría de la utilidad esperada, en la cual cada persona busca maximizar sus rentas, las decisiones que se toman en la realidad se producen generalmente en una situación de racionalidad limitada, las cuales podían aparecer en tres formas; la primera, al haber incertidumbre sobre las consecuencias de las alternativas ante una decisión; la segunda, al existir información incompleta sobre las alternativas y sus consecuencias; y la tercera, puede existir complejidad sobre el cálculo de las probabilidades o limitaciones respecto la búsqueda de información relevante, análisis y toma de decisión.

En la década del noventa e inicios de este siglo, se realizaron estudios relacionados con el análisis conductual, dentro del cual el profesor Cass R. Sunstein es uno de sus representantes. Bajo dicho enfoque, se postula que a través del Derecho se puede construir, más que provocar preferencias internamente en las personas, afectando lo que se suceden dentro de una corte, así como en las transacciones fuera de la misma, sean comerciales y no comerciales⁵⁷.

Asimismo, del análisis conductual surgen algunos hallazgos, tales como la **aversión a la pérdida**, a través de la cual se postula que las personas se encuentran más disgustadas de las pérdidas que de las ganancias o beneficios equivalentes⁵⁸. Esta situación nos ayuda a entender por qué las personas valoran de distinta manera la asignación inicial de un derecho, en el sentido que el efecto de dotación que realiza el Derecho, crea un efecto de mayor valoración en la persona a la cual le fue concedido.

⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R. Análisis Conductual del Derecho. En Themis – Revista de Derecho, Número 62, Año XXX. pp. 53 -64.

⁵⁸ Ídem

Otro de los hallazgos estudiados nos lleva a decir que las personas sienten **aversión a los extremismos**, y el que una determinada opción pueda ser así considerada, depende de las alternativas que se proponen. En este tipo de situación, se da lugar a “efectos de compromiso”⁵⁹ entre las distintas alternativas a elegir. La introducción de una alternativa (sin escoger y aparentemente irrelevante), puede determinar el cambio de la elección de la persona. Este tipo de situaciones tiene efectos para la práctica legal, respecto a los argumentos a proponer, a fin de que un jurado elija o identifique determinada opción como una elección de compromiso, así como al momento de determinar los efectos de las leyes o las elecciones sobre políticas públicas.

También se ha demostrado que las personas tienen un juicio interesado sobre el concepto de justicia, siendo irrealmente optimista y excesivamente confiada sobre su manera de juzgar, a lo cual se ha llamado **sesgo de autoservicio, optimismo irreal y exceso de confianza**⁶⁰; por ejemplo las personas llegan a sobrevalorar su labor, y tienen la creencia de merecer más de lo que la gente suele creer, esta situación puede explicar el hecho de que algunas negociaciones no puedan llegar a buen puerto. Asimismo, pese a tener información relevante sobre determinadas actividades o peligros a la salud o la vida, las personas tienen la creencia que la misma no les afectará con relación a las demás personas, y muestran una excesiva confianza frente a los peligros o riesgos, existe una tendencia subestimar la posibilidad de contraer determinada enfermedad o sufrir un accidente.

El sesgo de autoservicio y el optimismo irreal puede revisar aquellas iniciativas de campañas de salud preventiva, o políticas educativas sobre determinados riesgos a la salud de las personas, haciendo que el conocimiento estadístico no sea un elemento fundamental para direccionar conductas y elecciones de las personas. También nos puede explicar la dificultad para la toma de decisiones por las agencias del gobierno sobre regulaciones, políticas o prácticas consensuadas con los diferentes grupos de interés o agentes del mercado, pues al considerar cada uno que merece más de lo que los demás creen, cada quién intentará direccionar la intervención del gobierno, en la atención de sus prioridades o necesidades.

⁵⁹ Ídem

⁶⁰ Ídem

El hecho de que las personas consideran que tienen cierta inmunidad frente a los riesgos o peligros a los cuales se encuentran expuestos, pese a tener información estadística sobre los mismos, puede ser un argumento para que el Estado intervenga a través de regulaciones paternalistas. Adicionalmente, si bien existe una opinión generalizada de que las personas tienden a exagerar los eventos pocos probables, el sentido de sus decisiones nos demuestra que van en dirección contraria, pues el exceso de confianza u optimismo irreal, los lleva a creer que también tienen cierta inmunidad frente al mismo.

Este sesgo de autoservicio, optimismo irreal y exceso de confianza nos puede ayudar a comprender la manera de pensar de las personas respecto a la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, la cual conforme a lo dispuesto en la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, es una actividad que el Estado permite de manera excepcional, y su finalidad es preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños a la salud, moral y seguridad pública.

Este hallazgo nos puede dar luces sobre la actitud de las personas frente a la ludopatía, pues si bien se puede tener información sobre su peligro a la salud pública, la actitud de los que participan de las personas que asisten a los establecimientos donde se explotan salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, puede encontrarse persuadida bajo una excesiva confianza u optimismo irreal sobre su propia persona, bajo la creencia de ser inmune frente los perjuicios que se pueden generar a su salud.

En particular, nos puede ayudar a entender la regulación dispuesta frente a la ludopatía, o juego en exceso, la cual en un primer momento, en el año 2002, con la dación de la Ley N° 27796, que incorpora el Título IX, Prevención de la Salud Pública, a la Ley N° 27153, y propuso la creación de la Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar⁶¹, la cual se encontraba presidida por el Ministerio de Salud, y tiene, entre otras funciones⁶², elaborar y ejecutar campañas publicitarias de sensibilización dirigidas al público en general y especialmente a los jóvenes, respecto de los efectos perniciosos que el abuso excesivo de esta actividad puede generar, ejecutar campañas informativas y

⁶¹ Artículo 48 de la Ley N° 27153.

⁶² Artículo 49 de la Ley N° 27153.

preventivas, acopia y difunde información relevante. Asimismo, se incorpora una obligación al Titular de una autorización para explotar juegos de casinos y/o máquinas tragamonedas, a fin de incluir en su publicidad, en un lugar visible de la entrada de los establecimientos, el siguiente mensaje: “LOS JUEGOS DE AZAR REALIZADOS CONSTANTEMENTE PUEDEN SER DAÑINOS PARA LA SALUD”⁶³.

Posteriormente, en el año 2012, ante una preocupación mayor por parte del Legislativo, se aprobó la Ley N° 29907, Ley para la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juegos de casino y máquinas tragamonedas, la cual dispuso varias medidas con mayor grado de intervención por parte del Estado, al crear el Registro de Personas Prohibidas de Acceder a Establecimientos Destinados a la Explotación de los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas⁶⁴, cuya finalidad es prohibir el ingreso en los establecimientos destinados a dicho negocio a las personas inscritas en dicho Registro, e impone a los Titulares de autorización de juegos de casino y máquinas tragamonedas, la obligación de hacer cumplir dicha prohibición⁶⁵.

Una de las personas que pueden inscribirse en el citado Registro son aquellas personas cuya capacidad de juicio esté afectada, la cual es determinada por una Junta Médica, a solicitud de la familia, es decir, incluso contra la voluntad de la persona a inscribir, es posible restringir su acceso a los locales donde se explotan salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.

Asimismo, se impuso a los Titulares de autorización expresa para explotar en este negocio, la obligación de publicitar el siguiente mensaje: “JUGAR EN EXCESO CAUSA LUDOPATÍA”⁶⁶, con lo cual si bien formalmente no se varió el mensaje anterior, en este último se asegura que el juego en exceso causa la ludopatía, dejando de lado la retórica del “puede ocasionar perjuicios a la salud”.

Otro de los hallazgos que se encuentran a través del Análisis Conductual del Derecho, nos señala que las personas tienen un juicio equivocado para predecir su propia experiencia, encontrando dificultades sobre las posibles ventajas o utilidad de sus

⁶³ Literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley N° 27153.

⁶⁴ Artículo 3 de la Ley N° 29907.

⁶⁵ Numeral 4.2 del artículo 4 de la Ley N° 29907.

⁶⁶ Literal u) del artículo 31 de la Ley N° 27153, incorporado por el artículo 6 de la Ley N° 29907.

decisiones esperadas y aquellas que realmente experimentan. Esta situación ha sido denominada como **Utilidad de la Decisión y Utilidad de la Experiencia**⁶⁷, y nos demuestra que las personas equivocan sus procedimientos para la evaluación de situaciones frente a los cuales pueden tener temor (o frente a posibles perjuicios o riesgos contra la salud, tal como la ludopatía), con lo cual las decisiones de las personas pueden estar lejos de la búsqueda de un incremento de su bienestar, lo cual también postula en favor de regulaciones paternalistas, o aquellas que van un poco más allá de la sólo divulgación de información (por ejemplo, la persuasión, incentivos financieros, y la coerción podrían ser apropiadas).

Por otro lado, también se señalan algunas **Heurísticas y sesgos**⁶⁸, que si bien pueden reducir los costos involucrados para los juicios de las probabilidades, nos llevan a errores sistemáticos. En esa línea, se afirma que las personas tienden a asignar probabilidades a situaciones de riesgo, a partir de la “disponibilidad” de los mismos, de tal manera que se asigne un riesgo mayor a situaciones que tienen poca probabilidad, frente a otras que si bien se encuentran más disponibles, tienen una mayor probabilidad de ocurrir (por ejemplo, se asigna un mayor riesgo a un accidente nuclear, frente a un ataque al corazón). Asimismo, se señala que las personas utilizan elementos heurísticos para la toma de decisiones cuando los costos para una deliberación son muy altos, y una de las maneras de reducir costos en la “toma de decisiones a través de evaluaciones de casos previos”⁶⁹ en lugar de realizarlo sobre costos o beneficios relevantes.

De manera similar, también se pueden señalar los “gustos” o preferencias relacionados con probabilidades, que llevan a las personas a preferir o favorecer ciertas aproximaciones a conductas que representan riesgo. En este tipo de conductas, se aprecia que las personas prefieren eliminar un riesgo que disminuirlo (**Todo o nada**)⁷⁰, incluso si nos encontramos ante un riesgo del 0.1%, quizás por temor o paz mental. Asimismo, las personas pueden tener cierta **aversión a las incertidumbres**⁷¹, o situaciones en las cuales no se puedan asignar probabilidades a

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Ídem.

un cierto resultado, y pueden solicitar la intervención de la Administración, a través de la regulación, a fin de eliminar dicho riesgo.

Situaciones como las descritas en el párrafo anterior, nos pueden ayudar a comprender algunos reclamos de regulación por parte de las personas y grupos de presión o interés, ante los posibles perjuicios que genera la actividad de juegos de casino y tragamonedas en la salud de las personas, pues no es muy difícil escuchar que puede generar la ludopatía, sin embargo no se ha tenido conocimiento sobre un estudio que señale el grado de perjuicios a la salud pública que ocasiona este tipo de actividad, o si las alarmas que se han construido en las personas para esta actividad, responden más que nada a preferencias o aversiones por ciertas ambigüedades o incertidumbres, situaciones en las cuales no se tiene conocimiento certero de las probabilidades de sufrir de ludopatía por dedicarse a la actividad de juegos de casinos y tragamonedas.

Asimismo, si bien en la publicidad de los establecimientos dedicados a este rubro se obliga a contar con la frase “JUGAR EN EXCESO CAUSA LUDOPATÍA”, ¿de cuánto juego se está hablando para considerarlo excesivo?, existe una manera de medir y diferenciar cuánto juego es bueno para entretenerse, y ¿cuánto es excesivo y perjudicial para nuestra salud?, y en todo caso, si se demanda una mayor regulación para prevenir los perjuicios a la salud pública que ocasiona esta actividad, ¿cuál es el punto de medida que se establezca en la regulación?, ¿cómo podrá el Estado regularlo de manera general y obligatoria?, entre otras interrogantes.

1.8 Las fallas de la regulación y riesgo regulatorio

A raíz de la crisis del sector financiero señalada anteriormente, se manifiesta que la razón principal de las fallas de gobierno ha sido la creencia que los mercados no fallan, que producen resultados eficientes, y que la intervención estatal se opondría a aquellos objetivos; sin embargo, hoy se puede sostener en la necesidad de buena regulación.

El hecho de contar con una buena regulación no asegura los resultados sociales deseados por el Estado, pues es necesario asegurar su cumplimiento, en los costos involucrados para su efectividad.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, se adoptó el enfoque de un sistema general de supervisión múltiple de frenos y contrapesos, bajo la premisa que los costos de duplicidad de las funciones eran menores que los costos de los errores de la regulación⁷².

El sistema de supervisión múltiple, puede representar una forma de corregir los errores de la regulación por parte de algún agencia encargada de la supervisión de determinada actividad, de tal manera que otras entidades o institucionales del gobierno, también puedan realizar una supervisión de la misma, bajo el ámbito de sus competencias, de tal manera que los errores de la agencia puedan ser advertidos por la segunda.

Este sistema, de alguna manera también se puede apreciar en nuestro sistema jurídico, de tal manera que es posible encontrar funciones sobre determinadas materias asociadas a distintas entidades, como en la materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, en la cual se asignan funciones como obligado a informar a las agencias reguladoras de determinadas actividades, sin perjuicio de las funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF – Perú), en dicha materia.

En el caso específico de la implementación del Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se tienen obligaciones relacionadas en los operadores de

⁷² STIGLITZ, Idem.

juego, a través del Oficial de Cumplimiento, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, a través de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas (organismo obligado a informar), y la UIF – Perú, rector del mencionado sistema.

Otro punto a tener en cuenta para corregir las fallas de la regulación, es la representación de todos los involucrados en el mercado, en especial de aquellos cuyos intereses no se encuentren representados en su dinámica, debido a los costes de su organización o consenso. Por ejemplo, la acción colectiva en la actividad de juegos de casino y tragamonedas debe considerar en su regulación no sólo a los operadores de juego, sino también a aquellas personas que puedan encontrarse afectados en sus intereses con el ejercicio de dicha actividad, tal como pueden ser los usuarios ante los efectos a la salud pública del juego en exceso.

Asimismo, es importante considerar que si bien los operadores de juego tienen representación organizada en el proceso regulatorio, es posible encontrar posiciones distintas dentro del mismo grupo de operadores, de tal manera que los intereses de cada uno de los mismos, no necesariamente se encuentren alineados. Por ejemplo, en el caso de la actividad de casinos y tragamonedas, era posible distinguir a dos segmentos de operadores de juego, aquellos que se encontraban a favor de la regulación dictada por la autoridad, y que eran los formales, y los otros que no se encontraban a favor de la misma, y operaban merced a acciones de garantía, pues consideraban que la regulación era inconstitucional.

Relacionado con lo anterior, es necesario que la regulación no sólo represente los intereses de aquellos a los cuales se busca regular, quienes en calidad de los expertos en la actividad, pueden llevar a la captura de la regulación, con efectos distorsionadores, teniendo en consideración los distintos intereses involucrados en la estructura regulatoria.

En algunas ocasiones las empresas que se buscan regular tienen los recursos suficientes como para estar representados de manera organizada, incluso contratar firmas especializadas que puedan sustentar técnicamente sus posiciones e intereses.

En ese sentido, un sistema regulatorio debe tener en consideración el riesgo de la captura de la regulación, y generar incentivos para que los distintos actores o intereses se vean representados en la discusión de las políticas regulatorias a adoptarse. En

dicho contexto, se hace mención a sistemas regulatorios que no sean muy complejos y transparentes, y que limiten la amplitud de la actuación discrecional.

El abuso de la discrecionalidad del regulador puede tener efectos perniciosos⁷³ en la actividad a regular, pues el proceso para la toma de dichas decisiones son poco transparentes, y no se encuentran sujetas a la opinión de todos los involucrados del proceso regulatorio. Esta situación puede generar que el poder político pretenda reducir la independencia de la agencia reguladora⁷⁴.

Asimismo, suele ocurrir que muchas de dichas decisiones discrecionales se aprueban a través de normas de mínimo rango (directivas, circulares, o instructivos), que se las denomina “soft law”, las cuales son fáciles de modificar (cambios de criterios bruscos)⁷⁵, generando alguna inseguridad jurídica y falta de previsibilidad en el sector. La imprevisibilidad y la inseguridad son factores destacados del riesgo regulatorio, el cual tiene una manifestación muy clara en la economía internacional, al convertirse en el “riesgo país”⁷⁶.

En el caso de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, la autoridad competente es la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, la cual es un órgano de línea del Viceministerio de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

La Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas no tiene personería jurídica, no es pliego presupuestal, es decir no maneja su propio presupuesto, y se encuentra sujeta jerárquicamente a órganos de injerencia política (Viceministerio y Alta Dirección). La situación descrita puede representar un riesgo a la autonomía de la autoridad competente, y es un elemento que debe ser apreciada por la regulación de la actividad.

Situación distinta se aprecia en el caso de la regulación de la actividad de casinos en Chile, se creó una entidad fiscalizadora ad hoc, autónoma, a nivel de

⁷³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. En Themis – Revista de Derecho, Número 52, 2006. pp. 43 – 53.

⁷⁴ *Ibídem*.

⁷⁵ *Ibídem*.

⁷⁶ ARIÑO, *Ídem*.

superintendencia, con personería jurídica y patrimonio propio, relacionada con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior.

En lo que respecta a la regulación a través de normas de mínimo rango, la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas desarrolla la regulación dispuesta en la Ley y Reglamento, a través de su función normativa, mediante la emisión de directivas de obligatorio cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y sus modificatorias. El uso de la facultad normativa por parte de la mencionada dirección, durante los últimos años ha sido considerable, al grado de aprobarse algunas disposiciones relacionadas a diversos temas, que van desde la optimización de sus procedimientos, a regular materias de seguridad, entre otras.



1.9 Principio de proporcionalidad, razonabilidad y su utilización por el Tribunal Constitucional

El principio de proporcionalidad es de gran relevancia en un Estado Constitucional de Derecho, es una expresión o reconocimiento de la libertad y de la dignidad humana como la razón del propio sistema político⁷⁷, y una herramienta para la proscripción de todo tipo de arbitrariedad o cualquier tipo de sacrificio de la libertad que sea innecesario o desproporcionado⁷⁸.

El concepto de proporcionalidad tiene como presupuesto teórico la distinción entre reglas y principios jurídicos, condición esta última que comparten la mayoría de los bienes constitucionalmente protegidos, y especialmente los derechos fundamentales⁷⁹.

Asimismo, el principio de proporcionalidad también es una técnica de interpretación que se propone tutelar los derechos fundamentales, expandiendo cuanto sea posible su ámbito de protección, de posibles limitaciones o intervenciones entre los mismos, de tal forma que puedan ser compatibles entre sí.

En dicho contexto, se afirma que ninguno de los derechos fundamentales es absoluto o autónomo, y pueden ser afectados o limitados entre sí; por lo cual, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, es de gran importancia que se pueda establecer un mecanismo que determine de qué manera, bajo qué requisitos previos se pueden restringir los derechos fundamentales; a fin de que no se termine desnaturalizando los mismos, ni afectándolos de manera arbitraria y/o desproporcionada.

Por su parte, el profesor Robert Alexy propondrá que el principio de proporcionalidad resulta ser consustancial al modelo de principios que representan los derechos en el Estado democrático, y concluirá que los derechos fundamentales son principios que

⁷⁷ Cabe indicar que esta justificación constitucional del principio de proporcionalidad apoya la postura de que en el ordenamiento peruano, al igual que otros ordenamientos, no se cuenta con una mención expresa del principio de proporcionalidad que pueda abarcar toda su generalidad, pues la mención que se realiza en el artículo 200 in fine de la Constitución Política del Perú, sólo nos remite a regímenes de excepción, postura que no ha sido considerada por el Tribunal Constitucional del Perú.

⁷⁸ CARBONEL Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 339.

⁷⁹ INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. ¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación. En Themis – Revista de Derecho, Número 55, 2008. pp. 97 -108.

ordenan que su contenido sea alcanzado con el mayor grado posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas⁸⁰.

En este sentido, el principio de proporcionalidad se constituirá en una suerte de derecho de los derechos fundamentales⁸¹ o principio estrella en la constelación de principios constitucionales de una sociedad democrática.

El principio de proporcionalidad constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales, y su estructura soporta tres tipos de sub principios o evaluaciones, denominados: i) examen de idoneidad, ii) examen de necesidad, e iii) proporcionalidad en sentido estricto.⁸²

Por otro lado, la razonabilidad tiene su origen en la garantía del debido proceso legal americano, y es producto del desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos como un parámetro de justicia.

En dicho contexto, la razonabilidad consiste en la evaluación de las restricciones que se imponen a los derechos, y si las mismas son adecuadas a las necesidades y fines públicos que los justifican; es decir, proporcionales a las circunstancias que los originan, y a los fines que se pretenden alcanzar con ellas.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional utilizó de manera indistinta los términos de proporcionalidad y razonabilidad, denominándolos *par conceptual*, sin detenerse en las posibles diferencias conceptuales y en su aplicación a situaciones concretas; sin embargo, posteriormente se distinguió dichos conceptos, y asimiló la exigencia de razonabilidad como parte integrante del principio de proporcionalidad, en específico, al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁸³.

El Tribunal Constitucional del Perú, partiendo del artículo 200 in fine de la Constitución, expandió los efectos de principio de proporcionalidad al señalar lo siguiente:

⁸⁰ Cfr. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pullido. 2da Edición, Capítulo III, pp. 63 y ss.

⁸¹ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Lima: Palestra Editores. 2010. pp. 337 – 376.

⁸² STC 045-2004-PI/TC, fundamentos 27.

⁸³ STC 045-2004-PI/TC, fundamento 30.

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.”⁸⁴

Cabe indicar que la proyección del principio de proporcionalidad, tal como se señaló anteriormente, también se sustenta en la cláusula del Estado de Derecho, y no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material.⁸⁵

El principio de proporcionalidad no sólo es un principio de importancia constitucional, pues también es una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos. En efecto, el contenido de un derecho fundamental se va perfilando por la influencia que recibe de situaciones de conflicto con los demás derechos, lo cual suele ser denominado “antinomias”.⁸⁶

En dicho contexto, al entender al principio de proporcionalidad como un método o mecanismo para la resolución de casos de conflicto de derechos fundamentales, así como para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales o fundamentales.

Ahora bien, con relación a los tres (03) sub principios que conforman el principio de proporcionalidad (también denominado “test de proporcionalidad”), es decir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se tiene lo siguiente:

Según el Tribunal Constitucional, “**la idoneidad** consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin

⁸⁴ STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 195.

⁸⁵ STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 197.

⁸⁶ Es pertinente señalar que los distintos criterios para resolver conflictos entre normas (jerarquía, especialidad, cronológico), no pueden ser utilizados para resolver conflictos entre principios, tal como sucede con los derechos fundamentales.

propuesto por el legislador. Se trata de un análisis de una relación medio – fin”.⁸⁷ Debe tratarse de medidas que guardan vinculación con fines constitucionales (objetivo legítimo), que sean idóneas con dicho objetivo, y de algún modo con la protección de otros derechos, o bien jurídico relevante. En particular, lo que se analizará en este punto serán las cualidades de la medida adoptada (por ejemplo, las leyes aprobadas por el Legislativo, tal como la Ley N° 27153, y demás normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas), y su relación con el objetivo propuesto.

El examen de **necesidad** ha de analizar “si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o al menos que lo sean en menor intensidad, se trata de un análisis de la relación medio – medio, esto es una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.”⁸⁸

En dicho contexto, conforme al Tribunal Constitucional, corresponde bajo este examen evaluar lo siguiente: (1) la identificación de medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de (2.1) si tales medios – idóneos – no intervienen en el derecho o principio bajo análisis, o (2.2) si interviniendo en él, reviste menor intensidad.

En particular, para los fines del análisis propuesto en el presente trabajo, se dirá que una medida es necesaria si el objetivo propuesto no puede ser alcanzado con una medida menos gravosa.

La **proporcionalidad en sentido estricto o ponderación** consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental.⁸⁹ La ponderación supone analizar las posibilidades jurídicas de ejecución de un derecho que se encuentra en conflicto con otro.

⁸⁷ STC 045-2004-PI/TC, fundamento 38.

⁸⁸ STC 045-2004-PI/TC, fundamento 39.

⁸⁹ STC 045-2004-PI/TC, fundamento 40.

La fórmula seguida por el Tribunal Constitucional para comparar los grados de intervención ha sido la asignación de valores, de tal manera que se habla de intervenciones intensas, medias y leves.

Conforme a este punto, señalaremos que si bien una medida normativa puede ser idónea y necesaria, no cumple con este examen, cuando los costos de su implementación son mayores de los beneficios que se pueden obtener. Cabe considerar que existen limitaciones para poder conocer todos los costos asociados a las medidas propuestas, debido a la falta de información, entre otros aspectos.



SEGUNDA PARTE: PARTE ANALÍTICA

2.1 La regulación de la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas en el Perú

La intervención administrativa en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el país se realiza en el año 1999, a través de la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y su regulación (regulación económica) se configura como la clásica policía administrativa en la limitación u ordenación de la actividad⁹⁰.

La precitada Ley dispuso que la Dirección Nacional de Turismo – posteriormente sus funciones fueron asumidas por la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas⁹¹, órgano de línea del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), sea la autoridad competente en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el país, para lo cual se le atribuyeron las facultades administrativas de autorización, fiscalización, supervisión, evaluación y sanción de la misma.

Si una empresa desea iniciar operaciones en la mencionada actividad deberá contar con una autorización expresa otorgada por la autoridad competente, para lo cual deberá presentar una solicitud de autorización expresa, y acreditar los requisitos y condiciones establecidos en la norma.

En dicho contexto, se establecen disposiciones de limitación u ordenación de ingreso, a través de la delimitación de la ubicación y lugares donde pueden instalarse los establecimientos que se dediquen a este negocio (artículo 5 y 6 de la Ley), condiciones de acceso para recabar una autorización expresa (artículo 13 de la Ley), registros administrativos (literal “d” del artículo 25), exigencias de evaluación financiera y de antecedentes (artículo 15 de la Ley), y la imposición de un impuesto especial (artículo 38 de la Ley).

Asimismo, en la ordenación de la actividad se fijan las características técnicas de las máquinas tragamonedas (artículo 10), autorización previa de los juegos a explotarse

⁹⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía. Revista de Derecho Administrativo Año 1, N° 2, diciembre 2006. Lima. pp. 247- 260.

⁹¹ El artículo 4 de la Ley N° 28945, Ley de Reordenamiento y formalización de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas dispuso la creación de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, asumiendo las funciones en dicha materia de la Dirección Nacional de Turismo.

en las salas de juego (artículo 11), prohibiciones de actividades incompatibles por parte de las personas con función ejecutiva de la empresa (artículo 32), y respecto al establecimiento mismo, certificados de defensa civil (artículo 7), otorgamiento de garantía (artículo 19), entre otros.

Adicionalmente, la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas cuenta con una facultad inspectora de la actividad (fiscalización), mediante certificados de cumplimiento para las máquinas tragamonedas y los programas de juego (numeral 11.2 de la Ley), sistemas de vídeo (literal q del artículo 14 de la Ley), inspectores de juego (literal e del artículo 25 de la Ley), entre otros requisitos.

Por su parte, la facultad sancionadora se encuentra señalada expresamente en la Ley (artículo 24 y literal h del artículo 25 de la Ley), se tipifican infracciones (artículo 45 de la Ley), y establecen las sanciones aplicables (numeral 46.1 de la Ley), así como las medidas correctivas correspondientes (numeral 46.2 de la Ley). Cabe indicar que, a través del Decreto Supremo N° 020-2010-MINCETUR, se modifica el Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, e incorpora el Anexo H, Tabla de Infracciones y Sanciones.

Debido a la intensa regulación de la actividad, la Ley N° 27153 fue objeto de cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional por presunta vulneración de la libertad de empresa, libre iniciativa al trabajo, y seguridad jurídica en algunos de los requisitos y condiciones establecidos, lo cual derivó en la sentencia de dicho Colegiado, recaída en el expediente N° 009-2001-AI/TC, resolviéndose declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos de la citada ley, relacionados con el plazo de adecuación a la norma, así como de la alícuota del impuesto especial al juego (se señala que es confiscatoria); asimismo, se declara la constitucionalidad de los demás requisitos establecidos en la Ley, y en especial los relacionados a la distancia mínima a guardar por los establecimientos, al giro que deben tener los mismos (hotel o restaurante) respecto de los centros educativos, la garantía a favor del Estado y los usuarios, y demás requisitos y condiciones allí establecidos⁹².

Posteriormente, mediante la Ley N° 27796, Ley que modifica artículos de la Ley N° 27153, se regula sobre aquellos artículos declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, y modifican algunos de los artículos de la Ley, pese a que fueron

⁹² Dicha sentencia puede ser encontrada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>, consulta realizada el día 18.06.2016.

declarados constitucionales por dicho colegiado, por ejemplo en lo relacionado a la distancia mínima y el giro, anteriormente señalados.

Sin embargo, pese a que se contaba con una regulación declarada constitucional, muchas empresas interpusieron acciones de garantía (amparos) ante el Poder Judicial, quien en varios pronunciamientos terminó concediendo lo solicitado por los empresarios, esto es la inaplicación de algunos de los requisitos de la legislación, y en otros casos de toda la regulación y fiscalización de la autoridad competente, inclusive de la fiscalización y control de la SUNAT por el pago del impuesto al juego.

Dicha situación generó un desorden en la actividad⁹³, incrementándose la situación de informalidad durante más de cinco años de vigencia de la Ley N° 27153, lo cual produjo no sólo un menoscabo en las funciones de la autoridad competente, sino también costos en la sociedad, el usuario y en los ingresos de recursos por concepto del impuesto al juego.

El caos imperante en la actividad, llevó al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), a demandar al Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un proceso de conflicto de competencias, expediente N° 006-2006-PC/TC, que resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto a menoscabar las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en la Constitución Política del Perú; asimismo, se resuelve declarar nulas varias resoluciones judiciales que contrarían los precedentes obligatorios y decisiones del Tribunal Constitucional⁹⁴.

Paralelamente a la interposición del proceso competencial antes señalado, se aprobó la Ley N° 28945, Ley de reordenamiento y formalización de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, mediante la cual se otorgó la posibilidad para que las empresas que venían explotando salas de máquinas tragamonedas a la fecha de vigencia de dicha ley, esto es el 25 de diciembre del 2006, puedan presentar una solicitud de formalización, en el cual se suspendió la vigencia de algunos requisitos, y

⁹³ Esta situación generó una percepción negativa de la actividad, y dicha situación quedó plasmada en varios titulares de la fecha, tales como los señalados en el Diario La República, del 22 de diciembre de 2006, "Mercado negro de recursos de amparo opera con impunidad" (<http://larepublica.pe/22-12-2006/mercado-negro-de-recursos-de-amparo-opera-con-impunidad>), así como otra del 12 de marzo de 2007, "Tragamonedas deberán formalizarse" (<http://larepublica.pe/12-03-2007/tragamonedas-deberan-formalizarse>).

⁹⁴ Dicha sentencia puede ser encontrada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>, consulta realizada el día 18.06.2016.

se modificaron otros, a fin que las empresas que antes eran informales, accedan a la formalidad.

Otro punto importante para entender la regulación de la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, y quizás la razón más importante que justifica una regulación de esta actividad, lo representan los posibles riesgos a la salud pública, tal como la ludopatía que su ejercicio puede ocasionar. En dicho sentido, a través de la Ley N° 29907, Ley para la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se propuso una regulación especial para su prevención y tratamiento, a través de, entre otros, la creación de un Registro de personas prohibidas de acceder a dichos establecimientos.

La regulación de la actividad también cuenta con disposiciones para la prevenir el lavado de activos⁹⁵, que se encontraban en la Directiva N° 001-2009-MINCETUR, “ Normas para el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT), aplicable a operadores de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas”, aprobada a través de la Resolución Ministerial N° 063-2009-MINCETUR/DM. Cabe indicar que dicha directiva y resolución fueron derogadas mediante la Resolución Ministerial N° 137-2016-MINCETUR, toda vez que mediante la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012, se modifica el Artículo 3 de la Ley 27693, a través del cual la función reguladora en materia de prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo corresponde a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; en tal sentido, dicha entidad emitió la Resolución SBS N° 1965-2016, mediante la cual se aprueba la Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a las personas jurídicas que explotan juegos de casino y/o máquinas tragamonedas, disponiéndose en su Artículo 5, que la misma se encuentra vigente desde el 1 de junio de 2016.

⁹⁵ El Artículo 8 de la Ley 27693, así como el Artículo 3 de la Ley 29038, disponen que son sujetos obligados a informar, entre otros, las personas jurídicas titulares de casinos y tragamonedas; asimismo el numeral 9.A.2 del Artículo 9-A de la Ley 27693, establece que el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo -MINCETUR es uno de los organismos supervisores en materia prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

2.2 Análisis sobre las justificaciones de la regulación de la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas

En esta sección se pretende recoger aquellas justificaciones que sustentan la regulación de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas en nuestro país, para lo cual se revisarán la ley especial dispuesta para tal fin, así como el proyecto de ley que le dio origen, y algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional que pueden dotar de contenido a dichas justificaciones.

A través de la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas se dispuso una regulación especial para la actividad bajo análisis, y en el Título I, Disposiciones Generales, se señala que la finalidad y el objeto de la regulación, es el siguiente:

“Artículo 1.- Finalidad de la Ley.- Regular la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños que afectan la moral, la salud y seguridad pública, así como preservar el turismo receptivo, y establecer un impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas.”

“Artículo 3.- Objeto de la Ley.- Es objeto de la presente Ley:

- a. Garantizar que los juegos de casino y máquinas tragamonedas sean conducidos con honestidad, transparencia y trato igualitario.
- b. Establecer medidas de protección para los grupos vulnerables de la población.
- c. Evitar que la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas sea empleada para propósitos ilícitos.”

Si bien lo dispuesto en la finalidad y el objeto de la regulación de la actividad, de una primera lectura de las mismas, pueden considerarse como válidas y similares a la justificación de la regulación en cualquier otra actividad⁹⁶, considero que la distinción sobre la intensidad de la intervención del Estado en la regulación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se encuentra en la excepcionalidad de su permisión en nuestro país. En dicho contexto, la Ley⁹⁷ establece lo siguiente:

⁹⁶ Recordemos que el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.

⁹⁷ La Ley puede considerarse como aquella manifestación de la representación política del pueblo, a través del Congreso de la República; en este sentido, si bien podría discutirse sobre la conveniencia de la representación de nuestros legisladores en la dación y justificación de la normativa que proponen y aprueban, dentro del plano teórico o formal, una vez aprobada una norma, es expresión de la voluntad organizada de todos los ciudadanos del país.

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación.- La actividad de explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas se permite de manera excepcional como parte de la actividad turística, conforme a lo regulado en la Ley.”

Ahora bien, de lo señalado anteriormente, podemos inferir que la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas puede perjudicar a la moral, la salud y la seguridad pública, pero con el hincapié que dicha afectación es de tal magnitud o gravedad para nuestra sociedad, que a diferencia de otro tipo de actividades, sólo se permite de manera excepcional como parte de la actividad turística⁹⁸. Asimismo, la regulación se propone garantizar que la actividad sea conducida con honestidad, transparencia y trato igualitario, establece medidas protección para los grupos vulnerables de la población, y evita que sea empleada para propósitos ilícitos.

En este sentido, es posible afirmar que en nuestro país, la intervención del Estado en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se justifica en el alto interés público que se encuentra involucrado; sin embargo, llama la atención, que la justificación dispuesta en la norma sean los “posibles perjuicios” que se pueden ocasionar a valores o principios como la moral, la salud y la seguridad pública, pues de una interpretación literal de su texto, se deduce la falta de certeza del legislador, respecto a que sin la regulación “exhaustiva” se generan per se los perjuicios a los citados valores, es una situación similar a la regulación de manera preventiva, una lógica similar a la que sustenta el “principio precautorio ambiental⁹⁹”, que podría resumirse de la siguiente manera: si bien no se tiene certeza de los perjuicios que ocasiona la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas a la moral, la salud y seguridad pública, se permite de manera excepcional y restrictiva, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones señalados en la norma.

Ahora bien, quizás pueda argumentarse que la falta de certeza antes indicada, no pasa de ser una falta de precisión en la redacción de la norma, algo susceptible del error humano. Asimismo, también podría afirmarse que las justificaciones de la regulación no necesariamente tienen que estar expresadas en la Ley, pues ésta es la fórmula legal ante una situación de la realidad, razón por la cual quizás sea necesario acudir a otro tipo de recursos que nos puedan brindar mayores luces o información sobre las justificaciones de la regulación, pues hasta el momento, de la lectura de la

⁹⁸ Se permite la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas en el país, sólo de manera complementaria a la actividad turística, la cual, conforme a la regulación, le imprime sentido y contenido a aquella explotación.

⁹⁹ ARTIGAS, Carmen. El principio precautorio en el derecho y política internacional. CEPAL, Naciones Unidas. División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, mayo 2001. pp. 1 – 37.

legislación aplicable, tan sólo podemos afirmar que la regulación restrictiva y especial se justifica por los posibles perjuicios a los valores como la moral, la salud y seguridad pública; es decir, existe incertidumbre sobre los riesgos o efectos a la salud de las personas y a la salud pública, que pueda generar la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.



2.3 La revisión de las justificaciones de la regulación especial de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, en la exposición de motivos de la Ley

El proyecto de ley N° 04796 sustentó la dación de la Ley N° 27153, y como alguno de sus fundamentos, señaló lo siguiente:

- “El proyecto de ley busca uniformizar la legislación aplicable a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas remediando las deficiencias advertidas en la aplicación de las disposiciones legales vigentes.
- Las mencionadas deficiencias han sido utilizadas por los operadores de máquinas tragamonedas para interponer algunas acciones de garantía. La obtención de sentencias judiciales favorables en estos procesos ha generado que en la actualidad existan dos grupos de empresas en este sector:
 - a. Las que se han sometido al control de la autoridad estatal y que han asumido los costos de la explotación legal de este negocio, y
 - b. Las que en virtud de una sentencia judicial favorable han conseguido la inaplicación de la legislación vigente y consecuentemente operan libremente sin ningún tipo de control u obligación con el Estado.
- Esta situación genera incomodidad en las empresas formales que reclaman, con toda justicia, que otras empresas operan sin asumir los costos de la legalidad, señalando que existe un trato discriminatorio para aquellas que quieren cumplir con las disposiciones legales vigentes. Por otro lado, el público puede ser estafado en aquellos locales cuyas máquinas tragamonedas no están siendo fiscalizadas por el Estado.”

De la lectura de los principales fundamentos del proyecto de ley no se aprecian las justificaciones de la regulación conforme a la finalidad u objeto señalados en la Ley, sin embargo se deduce que existe una regulación disímil para la actividad de juegos de casino y la de máquinas tragamonedas, razón por la cual se busca uniformizar ambas actividades, equiparando el tratamiento jurídico para las mismas, a través de un solo cuerpo normativo, y dotándolas de iguales obligaciones jurídicas¹⁰⁰.

Asimismo, según el propio texto, la legislación de la actividad responde, aparentemente, a una “incomodidad o reclamo justo” de las empresas que cumplen

¹⁰⁰ En el citado proyecto de ley se menciona que las empresas que explotan juegos de casino siempre han sido formales, y aparentemente son ellos quienes quieren que las salas de tragamonedas tengan las mismas obligaciones que son exigidos a sus establecimientos, razón por la cual buscan una regulación uniforme para las mismas. Cabe señalar que las autorizaciones para máquinas tragamonedas antes de la Ley N° 27153 eran otorgadas por las Municipalidades Provinciales.

con la normativa aplicable, respecto de aquel grupo de empresas que por intermedio de acciones judiciales han conseguido la inaplicación de la legislación. Se argumenta un trato discriminatorio para aquellas empresas que quieren cumplir con la regulación de la actividad, y los costos asociados a la misma.

Sobre este aspecto se puede señalar que la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas responde al interés de un grupo de empresarios que cumplen con la regulación respecto de otro grupo de empresarios que la incumple, pues mediante la norma se alberga la preocupación de los primeros, en lugar de sustentar la regulación de la actividad a la luz de los posibles perjuicios que su explotación genera en la sociedad, y en especial a los daños que se infringen a la moral, la salud y la seguridad pública. La regulación de la actividad bajo análisis favorece a un grupo de empresarios en perjuicio de otro(s), pues al pretender la aplicación de una regulación - que ellos cumplen- sobre los demás, imponen una barrera que no podrán cumplir aquel otro grupo de empresarios, los cuales operan en la actividad merced a acciones de garantía que dejaron sin efecto dicha regulación¹⁰¹ para sus negocios.

En este sentido, una primera aproximación de los principales fundamentos del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 27153, nos lleva a pensar que su sustento no recae en los perjuicios de su explotación en la sociedad, sino en la preocupación particular de algunos empresarios; inclusive, no se intenta justificar que el interés o preocupación de dichos empresarios, se identifica con aquellos objetivos o finalidades que la sociedad pretende para esta actividad, lo cual a todas luces es reprochable.

Cabe indicar que imponer las reglas, requisitos o condiciones de la Ley que un grupo de empresarios cumplen a otro grupo de empresas que no las cumplen, tiene como efecto restringir la competencia, pasando a la ilegalidad a toda aquella empresa que incumplan dicha legislación, con lo cual, bajo este escenario, podría sostenerse que la restricción a la competencia viene por parte del Estado, al cual acuden algunos agentes económicos para eliminar algunos competidores¹⁰².

¹⁰¹ Esta diferenciación entre los grupos de empresarios de la actividad de juegos es independiente de la apreciación subjetiva sobre la forma como las empresas que incumplen la legislación puedan haber obtenido acciones de garantía, máxime si se presume que la obtención de una acción de garantía es en la tutela de algún derecho fundamental reconocido por la Constitución, tales como la libertad al trabajo o la libre iniciativa privada.

¹⁰² CALDERÓN LÓPEZ, Andrés. Luz verde para el Estado, luz roja para la competencia: Crítica desde el Análisis Económico del Derecho y el Public Choice a la reciente jurisprudencia del INDECOPI. En: Themis 62, Revista de Derecho. 2012, pp. 143 – 163.

Por otro lado, y a fin de continuar en la búsqueda de las justificaciones de la actividad que nos incumbe, pasaremos a revisar el proyecto de ley que sirvió para la formalización de la actividad de máquinas tragamonedas, esto es la Ley N° 28945. Al respecto, en el Dictamen de la Comisión de Comercio Exterior y Turismo del Período Anual de Sesiones 2006 – 2007¹⁰³, se señala lo siguiente:

“Regular como de excepción una actividad significa emitir un marco restringido y dotar a la autoridad correspondiente de atribuciones que le permitan ejercer permanentemente fiscalización.

Esto se explica por varias razones. En primer lugar, existe un grupo de personas en situación vulnerable que es necesario proteger, como son los menores de edad, que no cuentan aún con capacidad suficiente para discernir en las implicancias que conlleva el juego.

En segundo lugar, prevenir que la actividad sea utilizada en actividades de lavado de activos. Evitar que en las personas jurídicas o empresas autorizadas participen personas que estén involucradas en actividades ilícitas, tal como narcotráfico, venta de armas, etcétera. Garantizar la transparencia y la honestidad en el juego.

En tercer lugar, está comprobado que es posible generar adicción a estos juegos, existiendo aproximadamente 80 mil casos patológicos y 400 mil personas coludópatas (familiares de los ludópatas). Resultando esta actividad potencialmente dañosa para la salud pública, particularmente para los grupos vulnerables como niños, adolescentes y adultos mayores.

(...)

Conociendo las razones de riesgo social, en tanto pueden generar adicción, así como un riesgo financiero, en tanto su ejercicio ilegal genera competencia desleal para las empresas formales, evasión tributaria y hasta posible utilización de lavado de dinero; es comprensible por qué las actividades de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas tienen un carácter restrictivo.”

En el proyecto de ley citado, se pueden encontrar algunos argumentos para sustentar la regulación de la actividad, en particular, los siguientes: la moral, la ludopatía y el lavado de activos.

Con relación a la moral, en la regulación de la actividad se disponen algunas medidas de protección para los grupos vulnerables de la población, como son los menores de edad, quienes merecen una atención prioritaria, y hasta tuitiva por parte del Legislador,

¹⁰³ Recaído en los Proyecto de ley N° 96/2006-CR, que propone la derogatoria de la Ley N° 28872; N° 163/2006-CR, regula la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas; N° 339/2006-CR, dispone el reordenamiento y formalización de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, y N° 337/2006-CR, de complementariedad de la Ley N° 28872.

y configura un límite a la libertad de empresa según el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

Respecto a la ludopatía se ha señalado que la adicción al juego como un mal que afecta la salud pública, y que merece la atención del Estado, configurando al igual que la moral, en un límite para la libertad de empresa según el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

Sobre este particular, se debe precisar que si bien en la justificación del proyecto de ley se hace mención a algunas cifras de casos de ludópatas y coludópatas, no se hace referencia a un estudio que demuestre la relación entre la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, y la cantidad de pacientes con ludopatía (no se precisa que dicha cantidad de casos de ludópatas y coludópatas corresponden de manera exclusiva, a usuarios de establecimientos donde se explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas).

Por su parte, con relación al lavado de activos, sería inapropiado señalar de que per se las empresas que se dedican a ese rubro lavan dinero, la preocupación reposa en que la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas no sirva como instrumento o vehículo para el lavado de activos, razón por la cual se establecen algunas medidas para la transparencia y honestidad en dicha actividad; sin embargo, no se hace mención a algún estudio o referencia a situaciones que justifiquen la consideración de este tipo de actividad como susceptible de ser utilizada para fines de lavado de activo¹⁰⁴, tampoco se conoce de algún empresario del rubro sentenciado por dicho delito en nuestro país¹⁰⁵.

Es pertinente indicar que los cuestionamientos a la seguridad de la regulación de la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas contra el lavado de activos

¹⁰⁴ Existe mucho de mito en este punto, pues se asocia mucho el lavado de activos con la actividad sin que se sostenga de manera objetiva alguna relación per se entre ambas, y se tiende a creer que por su contacto casi inmediato con el dinero, suele ser muy probable que se desarrollen actividades ilícitas, sin embargo, se tiene que considerar que el lavado de activos puede presentarse en variados tipos de negocios, que no representen un intercambio tan dinámico o contacto directo con el dinero, tales como los hoteles, agencias de viaje, incluso los bancos.

¹⁰⁵ Si bien los medios han indagado sobre investigaciones sobre lavado de activos realizadas al ex Presidente del Gobierno Regional de Ayacucho, sobre las formas en las cuales obtuvo su fortuna, y que pueden apreciarse en la siguiente dirección electrónica: <http://elcomercio.pe/peru/lima/oscura-fortuna-presidente-regional-ayacucho-noticia-830599>, debemos mencionar que fue condenado por delito contra la Administración Pública, conforme se aprecia de la siguiente noticia: <http://larepublica.pe/sociedad/751972-capturan-exgobernador-regional-wilfredo-oscorima>.

se vio agravada tras la revelación de un cable wikileaks¹⁰⁶, en el cual un equipo de asistencia técnica estadounidense manifestó la vulnerabilidad de la regulación en la prevención del lavado de activos; sin embargo, tal como se indicó anteriormente, a diferencia de la regulación norteamericana, la evaluación e investigación de ese flagelo corresponde a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)¹⁰⁷, y no a la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas (DGJCMT), y la recaudación del impuesto es una competencia de la Superintendencia de Administración Tributaria y Aduanas (SUNAT)¹⁰⁸.

En síntesis, si bien la atención de la moral, la salud pública y la prevención del lavado de activos pueden ser finalidades legítimas para la regulación de una actividad conforme al artículo 59 de la Constitución, considero que el sustento para considerar la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas de manera excepcional y dotarla de una regulación restrictiva, tendría que ser de mayor contenido, pues hasta el momento tan sólo se hace mención a sus posibles perjuicios (falta de certeza de sus efectos), y la preocupación de un interés de un grupo de empresarios (regulación al servicio de un grupo de interés en contraposición a otros grupos).

En efecto, en el funcionamiento de las discotecas o espacios de entretenimiento y diversión¹⁰⁹, también se puede apreciar una posible afectación a la moral (protección de menores de edad), la salud pública (higiene y salubridad en el lugar de expendio de alimentos y bebidas, derecho a vivir en lugar adecuado, y límites para la contaminación acústica) y seguridad públicas (exigencias de seguridad en locales públicos, acondicionamiento adecuado, control de capacidad de personas), sin que dicha situación sea sustento suficiente para considerar que el funcionamiento de dichos establecimientos se realice de manera excepcional, y se aplique una regulación restrictiva como en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

¹⁰⁶ La dirección electrónica de dicha noticia se puede encontrar en la siguiente dirección electrónica: http://elcomercio.pe/lima/sucesos/eeuu-casinos-peruanos-le-abren-puerta-al-lavado-dinero_1-noticia-763878, consultada el 18 de junio de 2016.

¹⁰⁷ Cabe indicar que los resultados de la evaluación de los solicitantes de autorización para explotar juegos de casinos y máquinas tragamonedas que realiza la DGJCMT es remitida a la UIF, a fin que realice las acciones que correspondan conforme a sus competencias, de conformidad con el artículo 15 de la Ley N° 27153. Cabe indicar que debido a una modificación legislativa, la DGJCMT no realiza una investigación financiera y de antecedentes de los solicitantes, sino una evaluación de solvencia económica; sin embargo quizás sea conveniente repensar los motivos que sustentaron dicha modificación.

¹⁰⁸ En un inicio la administración del impuesto a los juegos correspondía a la DGJCMT; sin embargo, a través de una modificación legislativa se varió dicha administración a la SUNAT, de conformidad con el artículo 41 de la Ley N° 27153.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3330-2004-AA/TC, acción de amparo presentada por el señor Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima.

2.4 La revisión de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Continuando con la búsqueda y análisis de las justificaciones de la excepcionalidad de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas en nuestro país, pasaremos a la revisión de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Al respecto, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 009-2001-AI/TC, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley N° 27153, el Colegiado señaló lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional entiende que la opción de legislador por configurar la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas como actividades excepcionales y sujetas al turismo receptivo, es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado que tiene el Estado. También con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales, y en particular, la protección de los consumidores, la moralidad.” (Fundamento 2).

“Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede en la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas” (argumento para sustentar la razonabilidad de las restricciones de la actividad en comparación con la regulación de otros sectores de la economía, en el Fundamento 2).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4227-2005-PA/TC, proceso constitucional de amparo interpuesto por la empresa Royal Gaming SAC, se señaló lo siguiente:

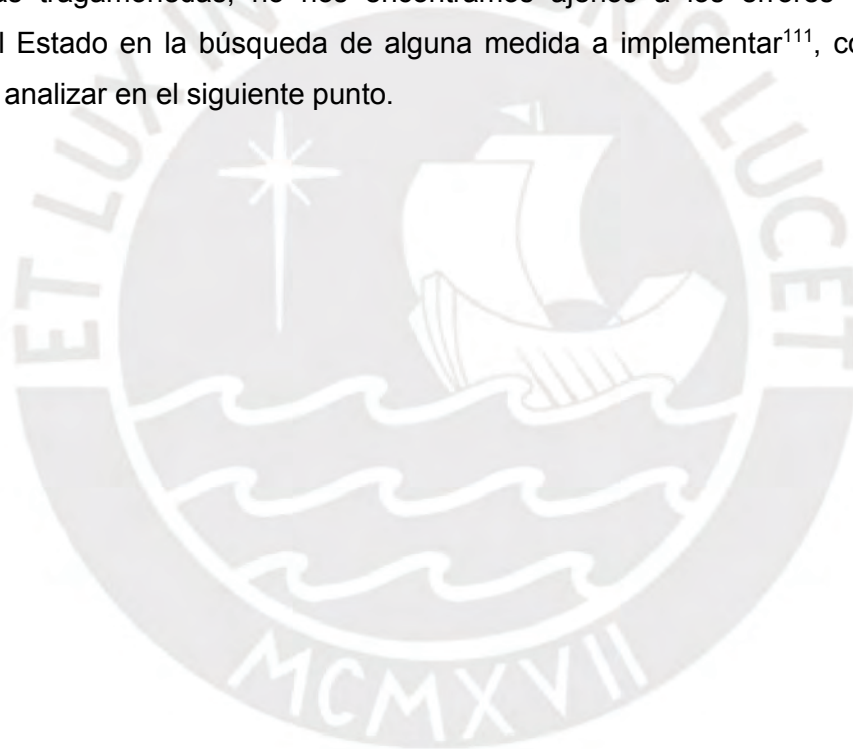
“El ocio que promueve el Estado mediante la cultura, la recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta, que pueden generar adicción – ludopatía - con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas” (Fundamento 40).

De la lectura de los pronunciamiento del Tribunal Constitucional es posible advertir similar justificación a la señalada por el Congreso de la República cuando se sustentó la Ley N° 28945, Ley de reordenamiento y formalización de la actividad de máquinas tragamonedas; en particular, se confirma la opción del Estado por desincentivar dicha actividad, en atención a los posibles perjuicios de la salud pública (ludopatía), la moralidad y seguridad pública (protección de los consumidores), los cuales se configuran como los límites a la libertad de empresa según el artículo 59 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, se manifiesta que la opción del legislador por

la excepcionalidad de la actividad radica en los efectos de la ludopatía, y los efectos perjudiciales que causa al jugador y su familia.

Ahora bien, una vez revisada las justificaciones de la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, considero que el único sustento que cuenta, aparentemente, con alguna evidencia¹¹⁰, es aquella relacionada a la ludopatía, y los perjuicios que sus efectos o consecuencias podrían ocasionar a la salud de las personas que sufren de la adicción al juego, por lo cual considero importante realizar un análisis sobre dicha justificación de la regulación de la actividad en nuestro país, lo cual se pasará a realizar a continuación.

Asimismo, como una primera aproximación, es necesario señalar que si bien se puede haber encontrado alguna justificación para regular en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, no nos encontramos ajenos a los errores que puede cometer el Estado en la búsqueda de alguna medida a implementar¹¹¹, conforme se procederá analizar en el siguiente punto.



¹¹⁰ CHÓLIZ MONTAÑÉS, Mariano. Adicción al Juego de Azar. Universidad de Valencia. 2006. Pp. 1 – 51. (<http://www.uv.es/choliz>).

¹¹¹ Tal como señala Calderón López, no se puede divinizar al Estado, pues más allá de la posible captura del regulador, es posible también encontrar algunos errores que cometa al momento de regular, o la falta de información suficiente para la búsqueda de una medida idónea.

2.5 Las justificaciones sustentadas en la Ludopatía y su tratamiento por la regulación aplicable

Al momento de la dación de la Ley N° 27153 se carecía de alguna disposición relacionada a la prevención o disminución de los riesgos a la salud pública en la regulación de la actividad. Dicha omisión nos puede llevar a pensar que quizás a esa fecha era mínima la información sobre la ludopatía, y sobre las consecuencias o efectos del juego en la salud de las personas; lo cual nos puede llevar a esbozar que el juego compulsivo no fue una de las justificaciones para la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas en nuestro país, al menos no en su inicio.

Posteriormente, en el año 2002, a través de la Ley N° 27796, se incluyó el Título IX, Prevención de la Salud Pública a la Ley N° 27153, a través de la cual se crea la Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar (CONPREPAJ), dependiente del Ministerio de Salud, a la cual se le asignan ciertas funciones¹¹² orientadas a preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños que afectan la salud pública.

Asimismo, se establecieron algunas obligaciones¹¹³ para el titular de la autorización expresa, las cuales tenían incidencia en la publicidad y la promoción del juego, en particular del juego gratuito.

¹¹² Entre las funciones asignadas a dicha Comisión se tienen, entre otras, las siguientes:

- Elabora y ejecuta campañas publicitarias de sensibilización dirigidas al público en general y especialmente a los jóvenes, respecto de los efectos perniciosos que el abuso excesivo de esta actividad puede generar.
- Acopia y difunde estadísticas respecto al número de jugadores, el efecto a la salud y el impacto socioeconómico que produce el juego de azar en las personas y en su entorno familiar.
- Ejecuta campañas informativas y preventivas hacia la población para desincentivar los hábitos y conductas patológicas relacionados con el juego de azar, con especial atención a los sectores sociales más vulnerados.
- Recomienda a las instancias pertinentes del Ministerio de Educación el desarrollo curricular en todos los niveles educativos de los riesgos del juego de azar y de la ludopatía.
- Coordina ante los centros hospitalarios, asistencia médica y tratamiento especializado para rehabilitar a personas afectadas por el juego de azar.
- Colabora y coordina acciones de rehabilitación con diversas asociaciones de personas afectadas por el juego de azar.

¹¹³ Entre las obligaciones dispuestas para el titular de la autorización, se tienen las siguientes:

- Incorporar en su publicidad, en un lugar visible de la entrada del establecimiento donde operan juegos de casino y máquinas tragamonedas el siguiente mensaje: "LOS JUEGOS DE AZAR REALIZADOS CONSTANTEMENTE PUEDEN SER DAÑINOS PARA LA SALUD".
- Prohibir cualquier tipo de promoción distribuyendo fichas de juego a los ciudadanos en forma gratuita.

Es importante señalar que conforme a la mencionada Ley, el presupuesto¹¹⁴ de la Comisión lo representa un porcentaje de lo que recibe el Tesoro Público, proveniente del impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas; sin embargo hasta donde se tiene conocimiento, no se ha dispuesto un presupuesto para dicha Comisión por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, razón por la cual dicha Comisión tampoco ha podido desarrollar las funciones encomendadas en la regulación aplicable, pese a los esfuerzos realizados por la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, quien realiza labores de capacitación y prevención de la ludopatía, en especial de menores de edad¹¹⁵.

Es pertinente indicar que la mencionada Comisión tiene, entre otras funciones, la elaboración de un “Plan Nacional para la prevención de la Ludopatía”, así como acopiar la información y estadísticas sobre los jugadores, el efecto a la salud y el impacto socioeconómico que producen los juegos de azar, en especial en los sectores más vulnerables de la población, las cuales son importantes para poder acercarnos al conocimiento de la ludopatía en el país, y posiblemente de un tratamiento destinado para su prevención; sin embargo, debido entre otras cosas a la falta de financiamiento, la CONPREPAJ no ha podido ejercer sus funciones a plenitud, y pese a que la norma que la crea y asigna funciones se encuentra vigente desde el año 2002, no se tiene mayor información sobre las acciones que pueda haber realizado.

Se encuentra de más señalar la importancia de la asignación de presupuesto para la CONPREPAJ para el pleno ejercicio de sus funciones, pues muchas ellas pretenden crear un órgano técnico que atienda la problemática de la ludopatía; asimismo, es importante que dicha Comisión pueda desarrollar distintas acciones, las cuales van desde la inclusión de una educación preventiva, campañas de sensibilización y capacitación, y la coordinación con centros hospitalarios para la atención del juego compulsivo. La importancia de la CONPREPAJ también es compartida por el Tribunal Constitucional, cuando señaló:

¹¹⁴ Artículo 50 .- Presupuesto de la Comisión

Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas para que producto de los recursos provenientes del impuesto a los juegos de casino y máquinas tragamonedas que recibe el Tesoro Público, disponga un porcentaje para que la Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar, dependiente del Ministerio de Salud, atienda su presupuesto que permita cumplir con su finalidad.

¹¹⁵ Según se puede apreciar en la página web de la DGJCMT (http://www.mincetur.gob.pe/turismo/DGJCMT/pdfs/sensibilizacion_sobre_ludopatia.pdf), dicha Dirección General ha realizado 346 charlas de capacitación y sensibilización, con un total de 42 545 personas, durante los años 2007 al 2013.

“Por tales razones, la Ley N° 27796 ha creado una Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar, dependiente del Ministerio de Salud, con el fin de preservar y proteger a la ciudadanía de los posibles perjuicios o daños a la salud pública, y cuyas funciones están orientadas a la elaboración y ejecución de campañas publicitarias de sensibilización dirigidas al público en general y especialmente a los jóvenes, respecto de los efectos perniciosos que el abuso excesivo de esta actividad puede generar en la salud, y el impacto socioeconómico que produce el juego de azar en las persona y su entorno familiar.”

Posteriormente, en el año 2012, la congresista Luciana León Romero, del Grupo Parlamentario Concertación Democrática propone la Ley para la prevención y el tratamiento de la Ludopatía en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, y que tiene entre sus principales objetivos: i) declarar de interés nacional la lucha contra la ludopatía, ii) modificar la Ley N° 27153, e iii) crear el Registro de personas prohibidas de acceder a establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, a cargo de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas.

La iniciativa legislativa antes descrita dio origen a la Ley N° 29907, Ley para la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, y su reglamento se aprobó a través del Decreto Supremo N° 007-2013-MINCETUR.

Las justificaciones para la aprobación e implementación de las medidas relacionadas con la prevención de la ludopatía en la actividad de casinos y tragamonedas tienen su origen en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, la cual dispone que: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)”.

En este sentido, bajo la premisa de la relación de causalidad de medio a fin, es decir del medio adoptado para la intervención legislativa, existiría un fin constitucional para la intervención legislativa, el cual es un objetivo legítimo, de preocupación para la intervención del Estado, tal como la protección de la salud de las personas.

Sin embargo, a fin de analizar la idoneidad de la intervención legislativa, considero importante revisar el diagnóstico que llevó al Congreso de la República a aprobar la medida legislativa propuesta, para lo cual se examinará el Dictamen recaído en el

proyecto de Ley N° 650/2011-CR de la Comisión de Salud y Población, del Período Anual de Sesiones 2011 – 2012¹¹⁶.

Al respecto, el mencionado Dictamen desarrolla un punto sobre la situación de la ludopatía en el Perú, en el cual desde su primera línea se señala la dificultad de hacer un diagnóstico claro y preciso respecto a la situación de la ludopatía en nuestro país, debido a la escasa información epidemiológica nacional que permita afirmar que la conducta de juego entre los peruanos es un problema de salud pública.

Pese a la afirmación sobre la dificultad manifestada en el párrafo anterior, el mencionado dictamen señala lo siguiente:

“Sin embargo, nadie puede negar que existe un número considerable y creciendo de jugadores problemáticos y patológicos y que es deber del Estado abordar esta situación más aún cuando este comportamiento está asociado, en algunos casos, con el abandono laboral y educativo, la separación conyugal, problemas legales y policiales y el abuso de alcohol y drogas.

A nivel clínico se conoce los patrones de prevalencia del juego patológico; sin embargo, no se tiene conocimiento sobre el número de personas involucradas o que padecen de ludopatía; por ello, resulta sumamente complicado diseñar políticas públicas en salud que resulten adecuadas para establecer programas de prevención y tratamiento. A pesar de lo expuesto, el proyecto de ley que analizamos incide en establecer medidas de prevención y tratamiento sólo para el caso de la ludopatía en las salas de juego en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.”

Acto seguido, se señala que la preocupación de la congresista proponente y autora del proyecto de ley, encuentra sustento en un estudio de CEDRO, y precisa que no se encuentra publicado, pero que resulta ilustrativo, y ayuda a comprender la situación del juego en el Perú, pues da información interesante sobre los tipos de juego y su incidencia en la población.

Al transcribir lo señalado en el Dictamen se intenta encontrar una justificación sólida, respaldada en estudios o alguna referencia que evidencie la problemática que sustenta la regulación, pues se entiende que la fórmula legal propuesta debe responder a una problemática que se pretende solucionar a través de las medidas aprobadas, pues de lo contrario, podríamos caer en una regulación que adolezca de idoneidad, razonabilidad, y proporcionalidad.

¹¹⁶ Para encontrar el mencionado dictamen, se puede revisar la siguiente dirección electrónica: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/dictamenes/ACE835FB85B2007605257A0C007B77DE>

Salta a la vista que los argumentos que llevan a adoptar las medidas legislativas no son sustentables, carecen de evidencia y son insuficientes para su cometido, es decir, prevenir y tratar la ludopatía en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas.

Cabe mencionar que se ha podido encontrar aquel estudio no publicado de CEDRO¹¹⁷ que sustenta la preocupación de la congresista proponente del proyecto de ley, y su ficha técnica (quinta diapositiva) es la siguiente:

FICHA TÉCNICA

OBJETIVO

Aportar más antecedentes a la investigación relacionada con el comportamiento del abuso de drogas, ludopatía y juegos en línea en universitarios peruanos.

MÉTODO

Tipo de estudio

Estudio no experimental de tipo descriptivo-cualitativo.

Población y muestra

La población estuvo constituida por 247 estudiantes universitarios de ambos sexos de Lima y Callao, atendidos en el servicio Lugar de escucha de CEDRO, en el año 2011.

Técnicas de recogida de datos

Ficha Clínica de Atención / Consentimiento informado / Entrevistas en profundidad / Grupos de discusión / Codificación de las Rs (FCA) utilizando el Office Word, 2007(Excel y Word).

LIMITACIONES DEL ESTUDIO

Por el número de la muestra, los resultados encontrados aquí no son generalizables a la comunidad universitaria nacional (*)



Se puede apreciar de la Ficha Técnica que el estudio sólo se aplicó a una muestra de 247 estudiantes universitarios de Lima y Callao, y se indica como limitación del estudio, debido al número de la muestra, los resultados encontrados no son generalizables a la comunidad universitaria, y con mayor razón, tampoco son generalizables a la realidad del país, o para un diagnóstico de la ludopatía en el Perú. El estudio es básicamente un acercamiento a los casos que CEDRO tuvo acceso por el acompañamiento que realiza, y que en su mayoría se encuentra relacionado al

¹¹⁷ La dirección electrónica donde se puede encontrar dicho estudio es el siguiente: <http://es.slideshare.net/lescucha/cedro-presenta-un-primer-estudio-sobre-consumo-de-drogas-y-juegos-en-lnea-en-universitarios>

consumo de drogas en los universitarios (218 de los 247 estudiantes universitarios de la muestra).

En lo que respecta al análisis de la ludopatía en el mencionado estudio, sólo se tiene una diapositiva en la que se indica que representa una muestra de 29 personas, de las cuales sólo el 17% corresponde a casos de Ludopatía, y el restante 83% corresponden a casos de video juegos e internet.

Considero que de la revisión del Dictamen, así como de sus justificaciones para la decisión de intervención legislativa, nos demuestra la falta de un diagnóstico y conocimiento de la problemática de la ludopatía en nuestro país, sus efectos en el entorno personal y familiar de quien lo padece, lo cual podría darnos algún indicio sobre la idoneidad de las medidas propuestas en la iniciativa legislativa.

Al respecto, a fin de conocer los efectos de la iniciativa legislativa bajo análisis, se ha podido conocer mediante un reporte periodístico¹¹⁸, que el Registro de Personas prohibidas de acceder a lugares donde se exploten salas de juego de casino y máquinas tragamonedas sólo tiene cincuenta inscritos, y se califica la medida legislativa como “letra muerta”, de un problema su aplicación por parte de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, y se propone su revisión y evaluación.

Según la mencionada nota periodística, el congresista Jaime Delgado señala que los problemas de la ludopatía se deben a una masificación de estos establecimientos y a una legislación muy permisiva, y que dichos negocios sólo deberían operar restaurantes 5 tenedores y hoteles 5 estrellas, y dirigido sólo a turistas.

Sobre la declaración del congresista Delgado debemos mencionar nuestro total rechazo, pues las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas no se han masificado, es más luego del procedimiento de reordenamiento y formalización, autorizado mediante la Ley N° 28945, se han cerrado algunos establecimientos. En ese sentido, lo que ha sucedido es que se formalizó la actividad; es decir, se pasó al régimen de la legalidad a los establecimientos que estaban fuera de ella (se tenían 771 salas antes del procedimiento de reordenamiento y formalización, de las cuales poco más del 3% era formal, y una vez concluido dicho procedimiento quedaron 741

¹¹⁸ El reporte periodístico es del 30 de mayo de 2015, en el Diario La República, y se puede acceder al mismo a través de la siguiente dirección electrónica: <http://larepublica.pe/impres/sociedad/3955-registro-de-ludopatas-solo-tiene-50-inscritos-dos-anos-de-su-creacion>

salas de juego autorizadas, con lo cual el 100% era formal)¹¹⁹, por lo tanto, no es cierto que hayan proliferado las salas de juego.

Continuando el análisis de las declaraciones del Congresista Jaime Delgado, referido a que los negocios de juegos de casino y máquinas tragamonedas sólo deben operar en restaurantes 5 tenedores y hoteles 5 estrellas, y dirigido sólo a turistas; considero que el hecho de que todas las salas de juego de casino y tragamonedas se encuentren en hoteles o restaurantes tampoco tendría un efecto reductor de la cantidad de personas que puedan padecer de ludopatía en dichos establecimientos, ¿qué relación existe entre la adicción al juego y el lugar donde se desarrolla la actividad?, ¿acaso las personas dejarán de asistir a las salas de juego porque se encuentran en hoteles o restaurantes de alta calificación?. Al contrario, la persona que padece de una compulsión al juego querrá participar del juego, de manera independiente si se encuentra en un hotel o restaurante. Además de aquellos argumentos que consideren la medida como restrictiva y generadora de barreras de acceso a la libre iniciativa privada.

De igual manera, tampoco considero que restringir el ingreso al juego en las salas de juego de casino y tragamonedas sólo a turistas tendría un efecto mayor en la prevención o el tratamiento de la ludopatía, ya que aún se puede acceder al juego a través de medios electrónicos, independientemente si eres turista o no. Además, ¿cuál sería la justificación para restringir el juego sólo a turistas?, ¿por qué limitar la libertad de las personas que quieran asistir a dichos establecimientos? ¿Cuál sería la justificación del trato diferenciado entre turistas y nacionales, por qué contrariar el derecho a la igualdad ante la Ley?

En particular, y sin ánimo de desmerecer las medidas propuestas en la Ley N° 29907, considero que aún hace falta un análisis y estudio de esta problemática que nos lleve a diseñar alguna política pública, que involucre a todas las modalidades de juego que pueden generar la adicción (bingos, telepódromos, carreras de caballo, entre otros); pues al parecer, la intensidad de la regulación sólo recae sobre las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas físicas, la cuales tienen una regulación especial de mayor intervención que otros tipos de juegos, incluso mayor a los juegos en línea, sobre los cuales no se tiene algún tipo de medida, precaución o política.

¹¹⁹ Se puede apreciar dicha información en la presentación de la DGJCMT, que se encuentra en su página web, en la siguiente dirección electrónica: http://www.mincetur.gob.pe/turismo/DGJCMT/pdfs/DGJCMT_ENERO_2016.pdf

En este sentido, volviendo a lo indicado por el estudio de CEDRO, lo que puede sustentarse con su evidencia es la necesidad de establecer una política pública inmediata sobre los excesos o abuso de los juegos en línea, pues tal como se dijo anteriormente, el fácil acceso a estos sitios y el inicio en el juego (en algunas páginas te regalan un monto inicial para incentivar el juego), pueden tener un efecto multiplicador de los perjuicios a la salud pública.

Por otro lado, es importante señalar que si bien podemos cuestionar el sustento y la idoneidad de las medidas adoptadas por nuestros legisladores, tampoco podemos desconocer que el exceso en el juego, tal como los juegos de casino y máquinas tragamonedas, puede tener efectos perjudiciales a la salud de las personas, generando en algunas de ellas la necesidad de jugar, que suele tener consecuencias más allá de su esfera personal, involucrando a su esfera familiar, tanto en el ámbito social y económico.

En efecto, si bien no se puede generalizar los casos tratados por CEDRO, en dicho estudio existe una cantidad de personas que han sido afectadas de la ludopatía a través de la actividad salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, a las cuales es importante atender, en aras de prevenir un perjuicio mayor a su salud.

Por lo tanto, será importante contar con evidencia y estudios sobre la ludopatía, a fin de esbozar algunas medidas orientadas a su prevención y tratamiento, pues hasta la fecha aún es notorio el desconocimiento de su problemática, sus efectos y diagnóstico en el Perú, sobre el perfil denominador del jugador patológico, entre otra información necesaria para establecer una política pública o plan nacional.

Por ejemplo, quizás se pueda profundizar en el estudio sobre la relación entre las adicciones de una persona, como la ludopatía, y su entorno familiar, pues existe evidencia sobre una relación significativa e inversa entre las mismas, se postula que una baja integración familiar se relaciona con una mayor prevalencia de vida y de año de práctica de juegos de azar; tal como la ludopatía puede contribuir a la desintegración familiar, la falta de integración familiar se convierte en un factor de riesgo para desarrollar la ludopatía¹²⁰. En ese sentido, quizás sea importante reconocer el importante rol protector de la familia para evitar adicciones y ludopatía, lo cual puede darnos algunas luces sobre un factor a considerar al momento de dirigir esfuerzos en las políticas públicas, o intervenciones legislativas. Es más, las

¹²⁰ ARCAYA María, MARTINA Martha, Gutiérrez César, ROMERO Yliana. Práctica de juegos de azar y su relación con la integración familiar en la población peruana. En: Revista Peruana de Epidemiología. VOL 16, N° 1, Abril 2012.

relaciones con la familia se han visto como predisponentes en la medida que el valor del dinero, la valoración del riesgo, y la planificación económica se aprenden en el contexto familiar¹²¹.

Adicionalmente, es importante analizar cuánto de sesgos o heurísticas existen en la racionalidad de las personas, y cuánto afectan en su percepción del riesgo a la salud, el juego excesivo o compulsivo, pues los pensamientos del jugador patológico relacionados con el juego son irracionales, sólo la presencia de sesgos y distorsiones cognitivas le impiden percibir y valorar de forma adecuada los riesgos del juego y sus resultados¹²². Se mencionan algunos sesgos cognitivos, creencias y pensamientos irracionales tales como: la ilusión de control, que puede traer consigo el “pensamiento mágico”; atribuciones diferenciales en función del resultado, a través del cual se atribuyen las ganancias del juego a factores internos de la persona, y las pérdidas a factores externos como la mala suerte, el ruido, entre otros; y el sesgo confirmatorio, a través del cual el jugador sólo atiende a los resultados positivos, mas no hace lo mismo con los negativos¹²³.

Asimismo, es importante conocer cuánto de dichos sesgos y heurísticas, u otras distorsiones, también afectan a nuestros legisladores. Al desarrollar la racionalidad limitada de las personas, a través del Análisis Conductual del Derecho, el profesor Cass R. Sustein ha intentado analizar aquellos sesgos o heurísticas que se pueden advertir en el comportamiento de las personas a la hora de tomar decisiones sobre algunas actividades que representan riesgos; en particular, tal como se indicó en la parte teórica del presente trabajo, quizás sea posible advertir algunos de dichos sesgos o heurísticas en las personas que asisten a los establecimientos que explotan salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, así como en los congresistas que proponen algunas medidas de intervención legislativa relacionada a dicha actividad.

Por ejemplo, en lo que se refiere a la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y los posibles efectos nocivos de la salud de las personas, se ha podido observar una incertidumbre o desconocimiento del mismo, al carecer de estudios que puedan darnos un diagnóstico sobre su situación en el país, y de las posibles causas del juego adictivo, o sobre los costos sociales y económicos que

¹²¹ MARAZUELA, C. y MARAZUELA, M. Juego Patológico y Familia, Cuadernos de Terapia Familiar N° 28. 1995, pp. 31 – 37.

¹²² LABRADOR, Francisco. MAÑOSO, Vanessa. FERNÁNDEZ ALBA, Ana. Distorsiones cognitivas y resultado del tratamiento del juego patológico. En: International Journal of Psychology and Psychological Therapy. 2008. pp. 387 – 399.

¹²³ ROBERT, C. y BOTELLA, C. Trastornos de control de impulsos: el juego patológico. En: A. Belloch, BI Sandin y F. Ramos (Comp). Manual de Psicología, pp 559 – 594. Madrid: McGraw Hill.

involucra, y que quizás la CONPREPAJ pueda ayudar a ir dilucidando, con los primeros frutos del ejercicio de sus funciones.

Y ante dicha incertidumbre reinante, quizás podamos entender algunas propuestas o iniciativas legislativas que sean una “aversión a la incertidumbre”, que postulan conductas paternalistas carentes de efectos deseados en la sociedad (por ejemplo, como con el Registro de personas impedidas de ingresar a las salas de juego); o quizás se reconozca la importancia de las campañas de sensibilización contra la ludopatía, a fin que pueda combatirse aquel “sesgo de autoservicio, optimismo irreal y exceso de confianza” de las personas que asisten a las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, quienes pese a que se pueda contar con información o casuística de los posibles perjuicios a la salud que cause, consideren que los mismos no les alcanza, bajo una supuesta inmunidad.

Por lo pronto, consideramos acertada la dación de la Ley N° 29149, Ley que reprime la tenencia, explotación, fabricación, ensamblaje, importación y comercialización de máquinas tragamonedas dirigidas a menores de edad; pues a través de la misma se pretende dictar medidas encaminadas a proteger a la población infantil y adolescente de los riesgos derivados de la explotación de máquinas tragamonedas dirigidas a menores de edad (las denominadas máquinas chinas o de bolita, que era común encontrar en las bodegas o tiendas), pues existe evidencia que señala a dichas máquinas tragamonedas, al encontrarse disponibles y accesible a los niños, niñas y adolescentes, como precursor de problemas de juego patológico, lo cual afecta su sano desarrollo psicosocial, afectando por ende la adecuada adaptación a su medio ambiente familiar y social¹²⁴.

Por otro lado, quizás sea conveniente considerar una postura frente al riesgo, o sobre actividades que puedan representar un riesgo – tal como la actividad de casinos y tragamonedas, sobre si existe o debiera existir un nivel óptimo de riesgo de las personas frente a dicha actividad¹²⁵, y lo que es más preocupante, si es posible encontrar una solución a la ludopatía, a través de una iniciativa legislativa; quizás

¹²⁴ Opinión Técnica: El impacto del juego de máquinas tragamonedas en niños y adolescentes, elaborada por un perito en Psicología, adscrita a la Coordinación de Asesores de la Subprocuraduría Especializada en Investigación y Delincuencia Organizada, a solicitud de la Dirección General de Juego y Sorteos de la Secretaría de Gobernación, la cual puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: www.juegosysorteos.gob.mx/work/models/Juegos_y_Sorteos/Resource/349/1/images/Opinion_tecnica_pdf

¹²⁵ CALVERT Guy. Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En Policy Analysis N° 349. 18 de junio de 1999. Cato Institute, Website: www.cato.org.

nuestras preocupaciones no se encuentran bien orientadas, y es necesario revisar un poco más antes de proponer intervenciones legislativas¹²⁶.

Regular en razón a que los juegos de casinos y tragamonedas pueden ser un riesgo para la salud de las personas es algo que nadie va discutir, pues nadie puede refirir cuando se tienen “bienes inconmensurables”¹²⁷, y ante la más leve percepción de incertidumbre sobre sus perjuicios, se predicará una iniciativa legislativa, sin reparar si la misma tendrá un efecto beneficioso socialmente, ni los costos que pagará la sociedad (incluidos los operadores de juego).

También es importante realizar un análisis sobre las estrategias de Juego Responsable, y su impacto en la prevención y tratamiento de los efectos de la ludopatía, y en particular sobre las medidas destinadas a inducir un juego bajo control. Cabe indicar que al igual que a los establecimientos donde se expende licor, les representa una pésima publicidad aquellas personas que realizan destrozos o padecen de problemas con el alcohol; para los operadores de juego, y los establecimientos que explotan salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, es una pésima publicidad que entre sus asistentes existan ludópatas o personas con juego compulsivo; razón por la cual dichos operadores quizás se encuentren dispuestos a cumplir y colaborar con aquellas medidas que procuren reducir los efectos perniciosos de la actividad.

Finalmente, también es importante indagar sobre la recuperación de las conductas adictivas, pues existen estudios que señalan que sólo un porcentaje pequeño de los jugadores patológicos acude a un tratamiento profesional, y que la forma más habitual de abandono del juego patológico es la recuperación natural¹²⁸, esto con la finalidad de mejorar los recursos terapéuticos disponibles para el tratamiento de este problema.

¹²⁶ Se pudo leer un reporte periodístico que señala que un estudio de biólogos de los Estados Unidos se señala que la “falacia del jugador” o creencia equivocada a la gran victoria a la vuelta de la esquina, podría deberse a un daño cerebral en determinada zona del cerebro. Dicha información se puede encontrar en el siguiente link: <http://laprensa.peru.com/tecnología-ciencia/noticia-adiccion-al-juego-dano-cerebral-23739>

¹²⁷ El profesor Oscar Súmar Albújar señala a este tipo de regulación como uno de los cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos. En particular, dicha crítica se sitúa en la dificultad de establecer un análisis costo beneficio sobre determinados bienes tales como la vida y la salud.

¹²⁸ CARBALLO CRESPO, José Luis; SECADES VILLA, Roberto; FERNÁNDEZ HERMIDA, José Ramón; GARCÍA RODRÍGUEZ, Olaya; C. SOBELL, Linda. Recuperación de los problemas de juego patológico con o sin tratamiento. Salud y Drogas, Vol. 4, Núm. 2. 2004, pp. 61 – 78. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83940204>

2.6 Análisis de algunos requisitos de la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas

Tal como se ha indicado anteriormente, la regulación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas establece una serie de requisitos y condiciones, los cuales deben cumplir cualquier empresa que quiera iniciar operaciones en el rubro.

Dichos requisitos y condiciones se encuentran o deberían encontrarse alineados con algunos de los objetivos de la regulación, pues se entiende que las mismas responden a una finalidad o justificación para su exigencia.

En ese sentido, una vez develadas las justificaciones de la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas pasaremos a analizar tres (3) normas de dicha regulación, las cuales son:

- Giro: el artículo 6 de la Ley N° 27153 establece que las salas de juego de casino y/o máquinas tragamonedas sólo pueden instalarse en hoteles o restaurantes 5,4 ó 3 estrellas.
- Distancia mínima: el artículo 5 de la Ley N° 27153 establece que las salas de juego de casino y/o máquinas tragamonedas no pueden instalarse a menos de ciento cincuenta (150) metros de templos y centros de estudios donde se imparte educación inicial, primaria y secundaria.
- Garantía: se establece que las salas de juego de casino y/o máquinas tragamonedas tienen que presentar una garantía a favor del Estado (MINCETUR) y de los usuarios.

Acto seguido, pasaremos al análisis de cada una de las normas antes glosadas, y en particular sobre su exigencia y justificaciones para su requerimiento.

2.6.1 Análisis del requisito del giro (hotel o restaurante) para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

El artículo 6 de la Ley N° 27153, establece que los establecimientos que exploten salas de juegos de casino y máquinas tragamonedas, sólo podrán instalarse en hoteles de cuatro (4), y cinco (5) estrellas o resorts equivalentes a la categoría de hotel de cinco (5) estrellas y restaurante turístico cinco (5) tenedores, para la provincia de Lima y Callao, u hoteles de tres (3), cuatro (4) y cinco (5) estrellas o resorts equivalentes a la categoría de hotel de cinco (5) estrellas y restaurantes turísticos de cinco (5) tenedores, para las demás provincias del interior del país.

El requisito del giro en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se sustenta en su excepcionalidad y la opción de su desarrollo como parte de la actividad turística, ya que conforme a lo indicado en el Fundamento 2 de la STC 009-2001-AI/TC, dicha exigencia es compatible con la labor de orientación del desarrollo nacional en el marco de una economía social de mercado. Asimismo, según se aprecia del proyecto de ley que sustentó la Ley N° 27153, una de las ventajas para la aprobación de la norma representa el “Incrementar la oferta turística peruana: Actualmente muchos de los establecimientos que ofrecen estos servicios no son visitados por los turistas pues no ofrecen ambientes agradables, seguros y confiables.” (sic)

En dicho contexto, la finalidad para la exigencia de un giro en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas responde a una intervención administrativa que restringe o desalienta la actividad (excepcionalidad), y que a su vez, incremente la oferta turística peruana¹²⁹, en el marco de una Economía Social de Mercado; sin embargo, y de esta manera ingresamos al análisis de dicha norma bajo el Test de proporcionalidad, si bien el fin que se persigue es constitucional, por lo cual se cumple con el requisito de la idoneidad, debemos indicar que se carece de un estudio que justifique la relación entre el incremento del turismo receptivo, a partir de la explotación restringida de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, es más

¹²⁹ Es más, el Fundamento 2 de la STC N° 009-2001-AI/TC señala que tal disposición “no obliga ni impide que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar, lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada deseen intervenir en esta actividad”; asimismo, indica que “Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado, no son ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas”.

hasta la fecha no se cuenta con información sobre la cantidad de turistas que ingresaron en dichos establecimientos, o su impacto en el sector turístico nacional¹³⁰.

Al respecto, en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile¹³¹, se encuentra un documento denominado “Historia de Ley N° 19.995 (Mensaje Presidencial)”, dicha Ley establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego en dicho país, y señala expresamente que:

“(…) Sin embargo, la información actualmente disponible sobre el funcionamiento de los casinos, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, demuestra que éstos sólo entregan una contribución a las localidades en que se ubican, cuando aquéllas ya poseen una demanda turística importante de cierto nivel de ingresos.

Es decir, los casinos ayudan a agregar más amenidades y con ello ofrecen una ocasión para el gasto de los turistas ya captados por otros atractivos del lugar, pero no pueden estos centros de juego concebirse como instrumentos impulsores en sí mismos del turismo y, con ello, del desarrollo local. Las únicas experiencias en este último sentido han sido excepcionales y corresponden a aquéllas en que se ha creado una amplia zona de operación de casinos, en la que éstos representan el principal rubro industrial de explotación, como sucede en el caso del estado de Nevada en Estados Unidos de Norteamérica y de Aruba en el Caribe”. (Subrayado es nuestro)

Teniendo en consideración lo antes señalado, la implementación de casinos de juego, y más aún de las salas de máquinas tragamonedas no son per se un vehículo para el promover el turismo en el país, salvo quizás en zonas que cuenten con un potencial turístico, para la cual, la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas pueden representar un valor agregado, una oferta adicional de entretenimiento para el ocio de los turistas que visiten determinada localidad.

De igual forma, un caso de desarrollo del turismo, en la cual los establecimientos de juegos de casino y máquinas tragamonedas son una opción adicional de entretenimiento se puede apreciar en la región del Asia (Macao, Singapur, Corea del

¹³⁰ Quizás se pensó que al exigirse y obligar la operación de las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas en hoteles o restaurantes se incrementaría el número de inversiones en dicho rubro, con lo cual aumentaría la oferta turística nacional; sin embargo, tal como se desarrollará más adelante, la gran mayoría de las salas de juego que operan en la actualidad no cuentan con un giro (hotel o restaurante).

¹³¹ La Biblioteca del Congreso Nacional de Chile puede encontrarse en el siguiente link: www.bcn.cl

Sur, Taiwan), en los cuales el impacto económico de dichos establecimientos ha sido considerable¹³².

Quizás la exigencia de un giro para operar salas de juego de casino en nuestro país se justificaba cuando dichos establecimientos sólo podían operar en determinados distritos de potencial o infraestructura turística, que el Estado tenía que determinar a través de una Resolución Suprema¹³³; sin embargo dicho requisito fue derogado y en la actualidad un casino de juegos se puede instalar en cualquier distrito del país. En el caso de los juegos de máquinas tragamonedas, si bien se les exigía – y exige – que cuenten con un giro, no se les requería su instalación en determinados distritos.

En dicho contexto, y a sabiendas de dicha situación, la Viceministra de Turismo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo¹³⁴, ante la pregunta sobre si el sector de juegos de casino y máquinas tragamonedas es un socio estratégico del turismo en el país, respondió lo siguiente: “En realidad, diría que no es un socio estratégico sino que forma parte del sector. Por eso está dentro de este ministerio. Y es importante hacer conocer que, independientemente de lo que pensemos sobre los juegos de azar, el sector de casinos es hoy 100 por ciento formal (...)”¹³⁵ subrayado es nuestro.

Por otro lado, si bien no se cuenta con un estudio a nivel nacional que evalúe la relación entre la explotación restringida de los juegos de casino y máquinas tragamonedas y el incremento del turismo receptivo, quizás podamos sacar algunas conclusiones haciendo una revisión del desarrollo de la actividad en nuestro país en los últimos años, y los posibles efectos de la aplicación de las restricciones del giro para operar en dicho rubro. Dichas conclusiones ayudarán en el examen de adecuación del Test de proporcionalidad, así como en el análisis de los costos de las medidas implementadas, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto del Test de proporcionalidad.

¹³² Esta información puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.suddefrance-developpement.com/commun/afficher_etude_pdf.php/icex_387401.pdf?id=387401&cle=6e91990eb1f212b7f9accb1154ed5b3a, consultado el día 20 de junio de 2016.

¹³³ Numeral 5.1 del Artículo 5 de la Ley N° 27153, antes de su modificación a través de la Ley N° 27796.

¹³⁴ La Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas forma parte del Viceministerio de Turismo.

¹³⁵ Dicha entrevista a la Viceministra de Turismo puede ser encontrada en la siguiente dirección electrónica: http://www.revistacasinoperu.com/sumario.php?txt_valor=602&idrevista=57, consultado el día 20 de junio de 2016.

Al respecto, luego de seis años de vigencia de la Ley N° 27153, ante el escaso número autorizaciones expresas otorgadas por la Autoridad Competente¹³⁶, y a las serias consecuencias para el fisco de dicha informalidad¹³⁷, se propuso como una de las medidas para remediar dicha situación, la inaplicación del requisito del giro para aquellos establecimientos que presenten su solicitud de reordenamiento y formalización de la actividad. Dicha medida se encuentra recogida en el literal b) del artículo 2 de la Ley N° 28945, Ley de Reordenamiento y Formalización de la actividad de explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, pues la misma representaba un impedimento para la formalización de la actividad de máquinas tragamonedas en nuestro país.

Los resultados luego del procedimiento de reordenamiento y formalización, han sido satisfactorios, bajo las justificaciones que sustentaron su implementación se pasó de cerca del 4% al 100% de formalidad, denegándose un total de 150 salas de juego; asimismo, se pasó de S/50 millones en el año 2006 a S/ 280 millones en el año 2015.

Asimismo, concluido el procedimiento de reordenamiento y formalización, el escenario es muy particular, los establecimientos que no cuentan con giro en el sector de juegos de casino y máquinas tragamonedas representan cerca del 80% del total de salas de juego autorizadas a nivel nacional¹³⁸.

Cabe señalar que la inaplicación del requisito del giro sólo fue para el procedimiento de reordenamiento y formalización de la actividad de máquinas tragamonedas, encontrándose vigente a la fecha para cualquier solicitud de autorización expresa de máquinas tragamonedas. Asimismo, para tenerlo en cuenta, en el dictamen de la Comisión de Comercio Exterior y Turismo del proyecto de Ley que dio origen a la Ley N° 28945, se mantuvo el carácter excepcional de la actividad, pese a la inaplicación del requisito del giro, con lo cual se suspendió la opción de orientación del Estado en la actividad de máquinas tragamonedas.

¹³⁶ La Dirección Nacional de Turismo, autoridad competente en el año 2006, señalaba que para agosto de dicho año, se tenían 592 salas de máquinas tragamonedas explotándose en el país, de las cuales tan sólo 40 salas contaban con autorización, es decir las salas formales sólo representan un 7% del total aproximadamente.

¹³⁷ Conforme a la presentación de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas del mes de enero del año 2006, se indica que en el año 2006, antes del inicio de la formalización de la actividad, se recaudaba S/ 50 millones.

¹³⁸ 175 salas de juego cuentan con giro sobre un universo de 736, según información recogida al 15 de julio de 2016, de la web de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas (<http://consultasenlinea.mincetur.gob.pe/casinos/>).

En este sentido, la gran mayoría de las salas de juego que se formalizaron son aquellas que no contaban con el requisito del giro, a que se refiere el artículo 6 de la Ley N° 27153, por lo cual se puede señalar que su exigencia representaba, entre otros, un impedimento para la formalización de la actividad en el país¹³⁹.

Tal como señalada señala Guy Calvert¹⁴⁰, con relación a que las licencias de casino que imponen costos de entrada para su operación: "(...) By artificially raising the cost of entry to the casino industry, licensure serves to protect current industry participants from new competition. Moreover, to the extent that a license becomes a valuable commodity, public officials overseeing the licensing process are easily put in a compromising position (...)"¹⁴¹.

En efecto, mientras los costos involucrados para operar bajo la legalidad dispuesta eran mayores, y sólo un grupo de empresas podrían acceder a dicha legalidad, muchas otras empresas se vieron impedidas para poder operar bajo la misma formalidad, y terminaron buscando alternativas fuera de la legalidad¹⁴² para operar en el sistema, tal como el amparo a través de cuestionables acciones de garantía en el Poder Judicial¹⁴³, entre otras acciones que sólo demostraban que el juego continuaría pese a las restricciones que pudieran disponerse para desalentarlo¹⁴⁴.

No se puede negar que los juegos de casino y máquinas tragamonedas involucren un riesgo, pero debemos tener presente que la intervención del gobierno a través de la

¹³⁹ Es importante ser cautelosos con relación a esta afirmación, pues existieron otros elementos a considerar como impedimentos para la formalización de la actividad en el país, tal como el requisito de la distancia mínima que se verá más adelante, así como ciertas condiciones que generaron un escenario favorable para la formalización, tal como la sentencia del Tribunal Constitucional que dejó sin efecto y nulas varias resoluciones judiciales que amparaban el funcionamiento de los locales de juego de casino y máquinas tragamonedas.

¹⁴⁰ CALVERT Guy. *Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation*, En Policy Analysis N° 349. 18 de junio de 1999. Cato Institute, Website: www.cato.org.

¹⁴¹ Traducción libre: "(...) Al elevar artificialmente el costo de entrada a la industria de los casinos, la licencia sirve para proteger a los participantes actuales de la industria de la nueva competencia. Además, en la medida en que una licencia se convierte en una mercancía valiosa, los funcionarios públicos que supervisan las concesiones de licencias se ponen fácilmente en una situación comprometida (...)"

¹⁴² En este punto me refiero que al margen de la legislación aplicable al sector de juegos, pues si bien las resoluciones judiciales que amparaban la operación de varios establecimientos podían ser discutibles, eran una alternativa que el marco jurídico les permitió, por lo que en estricto, no podría señalarse enfáticamente que operaban al margen de la legalidad.

¹⁴³ Esta noticia puede encontrarse en el siguiente link: <http://larepublica.pe/22-12-2006/mercado-negro-de-recursos-de-amparo-opera-con-impunidad>, consultado el 14 de julio de 2016. Así como en la siguiente dirección electrónica: http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2006/diciembre/06/uso_y_abuso.htm

¹⁴⁴ El número de salas de juego de casino y máquinas tragamonedas no disminuyó con la entrada en vigencia de la Ley N° 27153; es más, se mantuvo e incluso aumentó debido al caos imperante de salas de juego autorizadas por una acción de amparo a nivel judicial.

regulación también puede generarlos, y un esfuerzo coercitivo para eliminar o reducir el juego debe competir contra un formidable oponente, la naturaleza humana¹⁴⁵.

Entender al juego como parte de la naturaleza del hombre es importante, pues quizás se encuentra ligada con la propensión de los seres humanos a tomar riesgos, y las razones por las cuales se disfruta de ellas pueden ser aparentemente inescrutables de una a otra persona, pero son al fin y al cabo, responsabilidad cada una de ellas¹⁴⁶. Bajo esta perspectiva, es muy relevante aquella teoría de la compensación que postula que cada persona cuenta con un “termostato de riesgo” que regula aquella propensión al riesgo¹⁴⁷.

Teniendo en consideración que la actividad de juegos involucra riesgos, también existen consecuencias para los legisladores que pretenden frenar coercitivamente los excesos que se perciben de su ejercicio. En efecto, ante aquellas medidas normativas que tienen por finalidad limitar el riesgo de ciertas actividades, cada persona compensará su nivel de riesgo hasta aquel nivel que considera adecuado, o se encuentra cómodo. Al respecto Guy Calvert¹⁴⁸ señala lo siguiente:

“That is not to suggest that gambling, for all of us, is entirely a matter of risk. But to the extent that risk taking is a part of it, there are consequences for policymakers who would coercively rein in the perceived excesses. For there is a significant body of evidence that each of us is comfortable with only so much risk in our lives. Risk tolerance levels differ from one individual to the next, and those differences may foment disagreement or even trigger conflict. But for our purposes the important point is that people are apt to adjust their behavior to compensate for changes in their risk environment.”¹⁴⁹ (subrayado es nuestro)

¹⁴⁵ Cfr. CALVERT Guy, Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En: Policy Analysis N° 349, Junio 1999, pág. 1.

¹⁴⁶ Loc. Cit.

¹⁴⁷ ADAMS John. Cars, Cholera, and Cows: The Management of Risk and Uncertainty. En Policy Analysis N° 335. 4 de Marzo de 1999. Cato Institute. Website: www.cato.org.

¹⁴⁸ CALVERT Guy, Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En: Policy Analysis N° 349, Junio 1999, pág. 9.

¹⁴⁹ Traducción libre: “Eso no quiere decir que para nosotros los juegos de azar son enteramente una cuestión de riesgo. Pero en la medida que la asunción de riesgos es una parte de ella, hay consecuencias para las autoridades que pretenden frenar coercitivamente los excesos percibidos. Hay un importante cuerpo de evidencia de que cada uno de nosotros se encuentra cómodo con sólo un poco de riesgo en nuestras vidas. Los niveles de tolerancia al riesgo son diferentes de una persona a otra, y esas diferencias pueden fomentar desacuerdos o incluso provocar conflictos. Pero para nuestro propósito, el punto importante es que las personas son aptas para ajustar sus comportamientos para compensar los riesgos de su entorno”.

Asimismo, el mencionado autor, citando a John Adams, menciona una explicación utilizada por éste último, que señala¹⁵⁰: “If people do not wish to be safer, if they do not reduce the settings of their risk thermostats, they will frustrate the efforts of risk managers who seek to make them safer than they wish to be. The evidence . . . suggests that the principal effect of their efforts is not a reduction in risk, but a redistribution.”¹⁵¹ (subrayado es nuestro)

En efecto, más allá de las normas que se puedan emitir con la finalidad de prevenir los riesgos asociados a una actividad, tal como las restricciones en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y en particular la obligación de contar con hotel o restaurante, los verdaderos efectos que busquen desalentar la actividad, tienen que buscarse en la conducta de las personas, y si éstas no deciden voluntariamente modular su conducta a los fines de la norma, difícilmente se les podrá imponer la misma, y por lo tanto, conseguir el efecto de desalentar la actividad.

La experiencia sobre las prohibiciones o restricciones en algunas actividades que involucran algún nivel de riesgo nos puede servir de parámetro de referencia sobre las políticas públicas o medidas legislativas que pretendan combatir la actividad de juegos de azar, y en particular la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas; por ejemplo, la experiencia sobre las consecuencias de la prohibición del alcohol en EEUU, desde el año 1920 a 1933, que lo consideran como un “noble experimento” que tuvo por objeto reducir el crimen y la corrupción, resolver los problemas sociales, reducir la carga fiscal creado por cárceles y asilos, y mejorar la salud y la higiene en América; sin embargo los resultados de este experimento indican claramente que fue un fracaso en todos los aspectos. Al respecto, Mark Thornton¹⁵² señala que:

“Although consumption of alcohol fell at the beginning of Prohibition, it subsequently increased. Alcohol became more dangerous to consume; crime increased and became “organized”; the court and prison systems were stretched to the breaking point; and corruption of public officials was rampant. No measurable gains were made in productivity or reduced absenteeism. Prohibition removed a significant source of tax revenue and greatly increased government spending. It led many drinkers to switch to opium, marijuana, patent medicines, cocaine, and

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Traducción libre: “Si las personas no desean encontrarse más seguras, si no reducen la configuración de sus termostatos de riesgos, van a frustrar los esfuerzos de los gestores de riesgos que intentan hacerlos más seguros. La evidencia... sugiere que el efecto principal de sus esfuerzos no es una reducción del riesgo, pero sí una redistribución.”

¹⁵² THORNTON, Mark. Alcohol Prohibition was Failure. En *Poly Analysis* N° 157, 17 de Julio de 1991. Cato Institute. Website: www.cato.org.

other dangerous substances that they would have been unlikely to encounter in the absence of Prohibition.”¹⁵³¹⁵⁴ (subrayado es nuestro)

En dicho contexto, puede cuestionarse la efectividad de cualquier política regulatoria que intente restringir o desincentivar una actividad que es expresión de la conducta humana, tal como el juego. Por lo tanto, cualquier restricción gubernamental, tal como la imposición de un giro (hotel o restaurante) para la operación de las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, poco efecto tendrían en la búsqueda de desincentivar la actividad, o la prevención de los posibles perjuicios a la salud, moral o seguridad públicas.

Por lo antes señalado, la imposición de restricciones, tal como el giro en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, no sólo pudo generar la protección a un grupo de empresas en oposición de otras, también pudo ocasionar la informalidad en la actividad, asociada con la falta de supervisión por parte de la autoridad competente de los requisitos y condiciones aplicables a la actividad; con lo cual las personas que asistían a dichos establecimientos carecían de garantías sobre la idoneidad de las máquinas tragamonedas, o una protección ante la falta de pago de una jugada ganadora, pues en la gran mayoría de dichos locales, la autoridad competente se encontraba impedida de ejercer sus funciones a raíz de las acciones de garantías en su contra¹⁵⁵.

En la regulación de la actividad de juegos casino y máquinas tragamonedas, no se ha realizado una evaluación de los costos de sus restricciones, ni se ha determinado si los supuestos beneficios de asociar la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas con la actividad turística superan a los costos asociados de esta norma

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Traducción libre: “Aunque el consumo de alcohol se redujo al principio de la prohibición, posteriormente se incrementó. El alcohol se hizo más peligrosos para el consumo; la delincuencia aumentó y se convirtió en “organizada”; los sistemas judiciales y penitenciarios se estiraron hasta el punto de ruptura; y la corrupción de los funcionarios públicos era rampante. No hubo aumentos medibles que se hicieron en la productividad o la reducción del absentismo. La prohibición eliminó una fuente importante de ingresos fiscales y aumentó en gran medida el gasto del gobierno. Se llevó a muchos bebedores para cambiar al opio, marihuana, medicinas de patente, la cocaína, y otra peligrosas sustancias que habrían sido poco probable que se encuentren en ausencia de la prohibición.”

¹⁵⁵ De manera similar a lo indicado por Mark Thornton, en la website: <http://www.liberalismo.org/articulo/431/53/noble/experimento/ley/seca/>, Francisco Moreno señala que la prohibición del alcohol tuvo efectos perversos en el interior del país: “se encareció el precio de la bebida, cientos de miles de personas comenzaron a fabricar artesanalmente bebidas alcohólicas, se fomentó el mercado negro, muchas veces con bebidas sustitutivas adulteradas o altamente tóxicas. Se incrementó el consumo de licores destilados en detrimento de cervezas o vinos, así como la demanda de otras drogas anteriormente poco consumidas. Se extendió la delincuencia y fue el comienzo de la puesta en pie de un colosal imperio criminal de bandas organizadas como nunca antes se había visto en la historia de los EE UU. Los términos racket y racketee rempezaron a usarse en la sociedad americana para ya no desaparecer jamás”

para justificar la limitación de la libertad de empresa. Si bien puede ser válida la labor de orientación del Estado sobre las actividades económicas que se desarrollan en la sociedad, consideramos que dichas medidas deben ser sustentadas, y sostenerse en un análisis sobre la conveniencia de su aplicación respecto de otras medidas, incluso de aquella que decida no realizar alguna orientación turística de la actividad de juegos de casino y tragamonedas.

Asimismo, es posible verificar una actividad en la cual la regulación aplicable contrasta con la realidad, pues pese a la exigencia de giro para explotar salas de juego de máquinas tragamonedas en la legislación aplicable, en la actualidad se cuentan con cerca del 80% de salas de juego que operan sin contar con dicha exigencia¹⁵⁶.

Cabe indicar que el intento de entender toda acción humana como racional en el ámbito de las decisiones políticas se le denomina Teoría de la Elección Pública, desde la cual se mira con desconfianza aquellas políticas públicas que pretenden restringir o prohibir algunas actividades, pues su cometido sería la búsqueda de rentas en lugar de alguna ignorancia o irracionalidad de los políticos. La búsqueda de rentas se distingue de la corrupción en que la primera es legal y la segunda no, y la historia nos revela que las prohibiciones son ejemplos clásicos de apropiaciones de buenas intenciones públicas por parte de quienes buscan rentas a través del proceso político, explicándose de esta manera lo que en principio parecerían políticas irracionales¹⁵⁷.

En el marco de una economía social de mercado, si bien corresponde al Estado la orientación del desarrollo del país, según el artículo 58¹⁵⁸ de la Constitución Política del Perú, también debemos señalar que dicha orientación debe responder a razones objetivas y demostrables que la justifiquen, pues existe una presunción de interdicción de la arbitrariedad, que fuera objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional¹⁵⁹, y en la cual se señaló:

¹⁵⁶ Se contaron poco más de 170 salas de juego de un total de 736, según información pública de la web oficial de la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, a la fecha de presentación del presente trabajo, en la website: <http://consultasenlinea.mincetur.gob.pe/casinos/>

¹⁵⁷ THORNTON Mark. The Economics of Prohibitions. University of Utah Press. Salt Lake City Utah – EEUU. 1991.

¹⁵⁸ El artículo 58 de la Constitución Política del Perú señala: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 0090-2004-AA/TC, acción de amparo interpuesta por el señor Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

“El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.”

A modo de conclusión en este punto, podemos señalar que si bien la orientación del desarrollo de las actividades económicas es una competencia del Estado, y se encuentra respaldada en nuestra legislación, por lo cual la orientación turística que se le da a la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas cumpliría el requisito de idoneidad del Test de proporcionalidad, consideramos que dicha restricción de la libertad de empresa genera mayores costos que los beneficios de su aplicación, o de la finalidad de su aplicación, resultando ser una medida irrazonable y desproporcionada, por lo cual incumpliría el examen de proporcionalidad en sentido estricto del Test de Proporcionalidad.

Asimismo, en la consideración de las posibles alternativas a la regulación dispuesta, como parte del examen de adecuación, consideramos necesario evaluar la opción de la no regulación, pues si la finalidad de las restricciones que se impongan a la actividad, tal como la obligación de contar con un hotel o restaurante para operar las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, es desalentar dicha actividad, y teniendo en consideración que dicha actividad involucra riesgos, sería conveniente la adopción de políticas de concientización sobre los efectos que puedan originar los excesos de la actividad, y el tratamiento de los casos probados de adicción.

2.6.2 Análisis del requisito de la distancia mínima respecto de centros de estudios y templos en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas

El artículo 5 de la Ley N° 27153 dispone que los establecimientos destinados a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas no podrán estar ubicados a menos de ciento cincuenta (150) metros, contados siguiendo el mínimo tránsito peatonal posible, desde la puerta de ingreso principal de templos y centros de estudios donde se imparte la educación inicial, primaria y secundaria, hasta la puerta de ingreso principal de dichos establecimientos.

Al respecto, es posible sustentar o entender la exigencia de un requisito de distancia mínima respecto a los centros de estudios, como un requisito que pretende salvaguardar la moral; y en particular, el establecimiento de medidas de protección de los menores de edad (niños, niñas y adolescentes), sin embargo en el presente punto se intentará analizar dicha justificación bajo el test de la proporcionalidad.

En efecto, existe una configuración constitucional para la protección de los niños, niñas y adolescentes en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, al señalar que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente”, lo cual se sustenta en la situación especial en la que se encuentran, al entenderse que están en plena formación en tanto personas. En dicho sentido, se argumenta que el Estado tiene que proveer las condiciones necesarias para su desarrollo adecuado, bajo seguridad y bienestar frente a los posibles riesgos a los cuales puedan encontrarse expuestos¹⁶⁰.

En dicho contexto, siguiendo la línea argumentativa de la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N° 3330-2004-AA/TC, acción de amparo presentada por el señor Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, dicho colegiado manifestó lo siguiente:

“37. Exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios

De ahí que este Colegiado considere que no puede alegarse, legal ni legítimamente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, cuando de dicho ejercicio se derive la

¹⁶⁰ Una medida adicional de protección a los niños, niñas y adolescentes, se señala en los artículos 8 y 9 de la Ley N° 27153, al disponer el impedimento de ingreso de los menores de edad a las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, siendo un requisito que las personas presenten su documento de identidad para acceder a dichos establecimientos. Asimismo, el incumplimiento de dicha disposición es sancionada por la autoridad competente, de conformidad con la tabla de infracciones y sanciones aprobada para tal fin.

exposición de niños y adolescentes a riesgos innecesarios e injustificados que pudieran afectar su salud, integridad, libre desarrollo y su bienestar general.

(...)

De esta manera, de acuerdo con el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, Resolución 1386 (XIV),

... el niño gozará de una protección especial (...) para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.”

(...)

“40. La cercanía de centros educativos a la discoteca

De otro lado, partiendo del derecho de los niños y adolescentes a la educación, gracias al artículo 28, acápite 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado, incluyendo los gobiernos locales, adoptará

“cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño”

Por tal razón, y también tomando en consideración la posibilidad de emitir ruidos molestos, es necesario asimilar una discoteca al supuesto expresado en el artículo primero del Decreto de Alcaldía 095, según el cual

(...) los locales en que funcionen Salones de Juego Electrónico, Billar, Bochas, Bowling y afines en el Cercado de Lima, deberán ubicarse a una distancia no menor de ciento cincuenta (150) metros (...)

En este sentido, conforme a los fundamentos señalados por el Tribunal Constitucional, es posible sustentar desde el marco constitucional la exigencia de un requisito de distancia mínima respecto de centros de estudios de los establecimientos que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas respecto centros educativos, en aras de la protección del niño, niña y adolescente de actividades que representen un riesgo para su desarrollo y bienestar propios de su edad, para lo cual se le da un tratamiento similar al realizado por el Tribunal Constitucional respecto a las discotecas.

Ahora bien, conforme a lo propuesto en el presente trabajo, debemos presuponer que el análisis realizado por el Tribunal Constitucional ha reparado en el test de proporcionalidad¹⁶¹, al analizar los posibles conflictos entre algunos derechos y la

¹⁶¹ Recordemos que el requisito de la distancia mínima (artículo 5 de la Ley N° 27153) fue declarado constitucional por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 009-2001-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad interpuesta por cinco mil cuatrocientos dieciséis ciudadanos contra algunos artículos de la Ley N° 27153.

medida legislativa propuesta, que comprende el análisis de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

A dicho efecto, y sin perjuicio del análisis realizado por el Tribunal Constitucional sobre el requisito de distancia mínima respecto de centros de estudios, pasaremos a aplicar el test de proporcionalidad a dicho requisito.

Con relación al sub principio de idoneidad, entre el medio y la finalidad que se busca conseguir con él, se puede considerar que la restricción de la distancia mínima respecto a los centros de estudios, tiene como finalidad establecer medidas de protección a favor de los grupos vulnerables de la población (literal b del artículo 3 de la Ley N° 27153), y que tiene un fin constitucional que se desprende del artículo 4 de la Constitución Política del Perú, tal como se indicó anteriormente.

Entendemos que la restricción de la distancia mínima respecto de los centros de estudios tiene como premisa asegurar un espacio adecuado para la formación del educando, lejos de aquellos establecimientos que pueden perturbar su desarrollo, sin que se pretenda anular cualquier contacto con las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, pues las mismas existen en la comunidad, y puede resultar hasta inevitable que se tenga alguna relación con los mismos; es más, puede ocurrir que alguno de los estudiantes tenga a alguno de sus padres trabajando en dichos locales, que viva frente a alguno de ellos, o que camino a su casa existan algunos de dichos establecimientos¹⁶².

En efecto, sería fuera de toda realidad, intentar alejar del contacto de los menores de edad a los juegos de casino y máquinas tragamonedas, más aún si tal como se dijo anteriormente, en el análisis del requisito del giro para operar dichas salas de juego, dicha actividad es parte de la propensión de los seres humanos al riesgo, y como tal parte de su naturaleza¹⁶³.

Por otro lado, y si bien el Tribunal Constitucional no lo dijo expresamente, considero que la exigencia de un requisito de distancia mínima en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas pretende desalentar las inversiones en dicho rubro,

¹⁶² Es posible observar varias salas de juego que se encuentran en el primer piso de edificios de propiedad horizontal, tal como el tragamonedas Copacabana que se encuentra en la Avenida Brasil y Bolívar, en cuyo segundo piso se encuentran departamentos donde viven familias con hijos. El tragamonedas y casino Golden Palace, que se encuentra en San Isidro, es posible observar en la parte externa posterior, una zona residencial con varias familias, entre otros ejemplos.

¹⁶³ Cfr. CALVERT Guy. Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En: Policy Analysis N° 349, Junio 1999. Pág. 3.

a fin de prevenir los posibles perjuicios que su ejercicio puede generar a la moral, la salud y la seguridad pública.

Tal como se señaló anteriormente, en el fundamento 40 de la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 4227-2005-PA/TC, Recurso de Agravio Constitucional de la empresa Royal Gaming S.A.C., se señaló:

“(…) para el Tribunal Constitucional parece absolutamente necesario reiterar que el ocio que promueve el Estado mediante la cultura, recreación y el deporte es distinto al que tolera mediante la explotación de los juegos de apuesta, que pueden generar adicción – ludopatía – con efectos económicos y sociales perjudiciales para el jugador y su familia, lo cual resulta incompatible con la preservación y defensa de otros bienes y principios constitucionales y, en particular, con la protección de la moralidad y seguridad públicas.”

Dicho argumento se sustenta en la excepcionalidad de la actividad de juegos en nuestro país, y en la opción de desalentar su ejercicio por parte del Legislador, sin embargo, ante ese argumento son oponibles los perjuicios de una opción restrictiva, así como el fracaso de los objetivos que se pretendían conseguir con su implementación, ocasionando la informalidad, restricción de la competencia, rentas para un grupo mínimo de empresas, entre otros perjuicios indicados en análisis de la obligación de giro en la actividad bajo comentario.

Adicionalmente, la restricción de distancia mínima en la actividad de juegos, tampoco traerá consigo una disminución de las personas que pueden denominarse “núcleo duro de jugadores”, pues ellos estarían dispuestos a sufragar cualquier gasto a fin de seguir jugando, tal como Guy Calvert indica¹⁶⁴:

“Of course, the more widespread the prohibition, the greater the costs. Insofar as gambling is concerned, a statewide prohibition is hardly as bad as a federal prohibition, since in the former case one is free to pursue gambling activities in other jurisdictions. For example, a gambler from Connecticut can always head to Las Vegas or Atlantic City for a weekend of unrestricted casino gaming (or perhaps drive a couple of hours to an Indian casino in her own state). But even then, extra costs are incurred in travel, lost time, and so forth, all of which amount to a deadweight loss.

Another point is that a few, isolated centers of legal gambling will nevertheless attract the entire population of truly compulsive, hard-core gamblers—those few who, by definition, would incur almost any cost rather than stop gambling. It follows that the number of compulsive gamblers in each casino will typically be disproportionately high compared with the general population. So while the casual casino tourist could sometimes be forgiven for believing that “casinos corrupt

¹⁶⁴ CALVERT Guy. Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En: Policy Analysis N° 349, Junio 1999. Pág. 10.

the local community," that impression is clearly a distortion, and one that a broader prohibition will tend to exaggerate all the more"¹⁶⁵ (subrayado es nuestro)

Lo señalado anteriormente tiene relevancia en la evaluación de la necesidad de las medidas propuesta, segundo sub principio del Test de Proporcionalidad, ya que la primera opción legislativa mediante la cual se pretendió exigir el requisito de la distancia mínima en la regulación de juegos de casino - y más aún si fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional-, estableció, de manera adicional a la distancia mínima respecto de centros de estudios, que las salas de juego de casino sólo podrían ubicarse en determinados distritos autorizados a través de Resolución Suprema¹⁶⁶.

Podríamos argumentar que la opción del legislador indicada en el párrafo anterior era más gravosa para el derecho de libre iniciativa privada por parte de las personas que quisieran iniciarse en la explotación de juegos de casino, que aquella que sólo exige una distancia mínima respecto de los centros de estudios; razón por la cual el legislador, a través de la Ley N° 27796, decidió eliminar la determinación de los distritos para el juego de casino, a través de una Resolución Suprema.

Asimismo, una medida como la determinación de distritos autorizados para la explotación de juegos de casino otorgaría un tratamiento diferenciado, y de mayor restricción, entre los establecimientos que explotan salas de juegos de casino y los que quieran iniciar la explotación de salas de juego de máquinas tragamonedas.

En ese contexto, salvo que se sustente o indiquen las razones que justifiquen un tratamiento diferenciado, se podría afirmar que dichas diferencias son irrazonables; más aún si se tiene en consideración que uno de los objetivos que se pretendía a

165 Traducción libre: "Por supuesto, a mayor extensión de la prohibición, mayores serán los costos. La medida en que se refiere a los juegos de azar, una prohibición en todo el estado es casi tan malo como una prohibición federal, ya que en el primer caso uno es libre de seguir el juego en otras jurisdicciones, por ejemplo, un jugador de Connecticut siempre puede dirigirse a Las Vegas o Atlantic City para un fin de semana de los juegos de casino sin restricciones (o tal vez conducir un par de horas para un casino indio en su propio estado). Pero incluso entonces, se incurre en costes adicionales en los viajes, el tiempo perdido, y así sucesivamente, todos los cuales equivalen a una pérdida de eficiencia.

Otro punto es que unos pocos centros, aislados de juego legal atraerán toda la población de los jugadores-compulsivos, el verdadero núcleo duro de unos pocos que, por definición, incurriría en casi cualquier costo en lugar de dejar de jugar. De ello se desprende que el número de jugadores compulsivos en cada casino típicamente será desproporcionadamente alto en comparación con la población general. Así, mientras que el turista ocasional de casino en ocasiones podría ser perdonado por creer que "los casinos corruptos la comunidad local", esa impresión es claramente una distorsión, y que una prohibición más amplia tenderá a exagerar todo más."

¹⁶⁶ La norma disponía que para la emisión de dicha Resolución Suprema por parte del MITINCI (ahora MINCETUR), se tomaría en cuenta además de la infraestructura turística existente, razones de moral y seguridad pública. Quizás esta regulación guarda más coherencia con la idea de la actividad de juegos de casino en aquellos lugares que ya cuentan con determinada infraestructura turística; sin embargo no necesariamente ocurriría así con los establecimientos que explotan máquinas tragamonedas.

través del proyecto de ley N° 04796, que sustentó la dación de la Ley N° 27153, era “uniformizar la legislación aplicable a la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas remediando las deficiencias advertidas en la aplicación de las disposiciones legales vigentes” (sic).

Dentro del sub principio de necesidad, se tiene que analizar la posibilidad de encontrar otra medida menos restrictiva pero que, de manera similar, tenga por finalidad la protección de los menores de edad, tal como la prohibición de ingreso a los locales donde se exploten salas de juego de casino y máquinas tragamonedas, la cual consideramos ser una medida menos gravosa al derecho a la libre iniciativa privada y que puede ser tan eficaz como la restricción de distancia mínima anteriormente mencionada.¹⁶⁷

En efecto, optar por aquella regulación que prohíbe el ingreso de menores de edad a los locales donde se exploten juegos de casino y máquinas tragamonedas, también puede ser considerada como expresión de una medida de protección de los grupos vulnerables de la población, tal como los menores de edad, con lo cual dichos establecimientos tendrían que contar con controles de acceso, a fin de no permitir el ingreso de menores de edad, y el Estado tendrá que tomar las medidas de fiscalización del caso, para que se cumpla dicha restricción.

Al respecto, es pertinente señalar que los menores de edad, son una de las personas prohibidas de ingresar y participar del juego en la regulación de la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas (literal “a” del artículo 9 de la Ley N° 27153), y que constituye una infracción administrativa sancionable con la cancelación de la autorización expresa, de conformidad con el Reglamento para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, y normas modificatorias¹⁶⁸.

Asimismo, de manera similar a lo indicado en este punto, en lo que concierne a las medidas para reducir la carga generada por el consumo del alcohol en grupos vulnerables de la población, tal como los menores de edad, el Instituto Nacional de

¹⁶⁷ Cabe indicar que el fundamento 42 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, se analizó la posibilidad de establecer horarios de ingreso para las discotecas como una forma de protección de las personas menores de edad, y de manera similar, la opción del legislador puede ser aún mayor, en el sentido de restringir de manera absoluta el ingreso de cualquier menor de edad.

¹⁶⁸ Numeral 53 del Anexo G del Reglamento para la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, y modificado a través del Decreto Supremo N° 020-2010-MINCETUR, y Decreto Supremo N° 007-2013-MINCETUR.

Salud¹⁶⁹, en un estudio realizado sobre la evidencia existente, ha indicado que garantizar una edad mínima para el consumo de alcohol, de la mano de una vigilancia sostenida por parte de las autoridades públicas (supervisar que las leyes existentes se cumplan), es una de las medidas que la investigación científica ha encontrado evidencia de efectividad.

Adicionalmente, pasaremos a realizar un análisis sobre la pertinencia de las medidas anteriormente señaladas con la finalidad que se pretende conseguir a través de su implementación, y se intentará responder a la pregunta de si con la medida propuesta se alcanzará los objetivos pretendidos con la regulación.

En particular, quizás sea pertinente indagar si a través de la exigencia de una distancia mínima de ciento cincuenta metros de los establecimientos que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas respecto de los centros de estudios se logra asegurar una adecuada protección de los menores de edad, o si dicha restricción no guarda relación con la finalidad que se pretende alcanzar a través de la regulación.

Al respecto, puede ser que la restricción se contraponga con la realidad, pues como se indicó anteriormente, ya que los establecimientos que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas se pueden encontrar frente al hogar de algunos de los estudiantes, o que alguno de los padres del menor trabaje de manera directa o indirecta para dichos establecimientos, y si la finalidad fue alejar del contacto real o visual del menor a dichos locales, dicho objetivo no se consiga plenamente con la exigencia de una distancia mínima de ciento cincuenta metros de los establecimientos que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas respecto de los centros de estudios.

No se puede vivir de espaldas a la realidad, y quizás las restricciones sólo terminen generando un efecto adverso en el menor de edad; si el objetivo es mantener fuera del contacto real de los menores de edad a los establecimientos que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas, entonces la restricción tendría que establecer zonas para el juego, en las afueras de la ciudad, o determinados espacios geográficos del país, aunque sobre esta medida también se tengan dudas sobre su efectividad con relación a desincentivar el juego por parte de los jugadores, tal como se indicó anteriormente .

¹⁶⁹ FIESTAS SALDARRIAGA, Fabián. Medidas de salud pública para reducir la carga de enfermedad generada por el consumo de alcohol en la sociedad. Instituto Nacional de Salud. Unidad de Análisis y Generación de Evidencias en Salud Pública. Lima: INS-UNAGESP, 2011. (INS, Serie de Notas Técnicas; 2011 – 1).

Otro punto importante a indagar es ¿cuál es la justificación para exigir una distancia de 150 metros?, ¿por qué no fueron 100¹⁷⁰, 200 o 300 metros de distancia mínima?; por ejemplo, en el caso de la regulación de los juegos de casino en Chile, el artículo 16 de la Ley N° 19995 dispone que no pueden existir dos salas de juego a menos de 70 kilómetros, de manera independiente si un centro de estudios se encuentra cerca o no de dichos establecimientos¹⁷¹.

En el tiempo de realización del presente trabajo la única justificación para la exigencia de la distancia mínima de centros de estudios ha sido aquella que la relaciona con la protección de los menores de edad, garantizando un espacio adecuado para su desarrollo, repitiendo los argumentos señalados por el Tribunal Constitucional; sin embargo, se carece de un análisis de la idoneidad de la medida propuesta y el fin que se espera obtener mediante la Ley o de los costos asociados a dicha exigencia para el derecho a la libre iniciativa privada.

Es más, utilizando un estudio sobre el tratamiento de otras actividades que pueden representar un riesgo para la sociedad, tal como el consumo del alcohol, el estudio del Instituto Nacional de Salud, anteriormente señalado, nos indica que una de las opciones para abordar el problema es la disminución de la densidad de los puntos de venta de bebidas alcohólicas, a través del control o manejo del otorgamiento de licencias o de la zonificación para vender dichas bebidas¹⁷². En este sentido, para el caso de la actividad que nos incumbe, consideramos que la distancia mínima de ciento cincuenta metros sobre los centros educativos, no tendrá algún efecto sobre la disminución de la densidad de lugares donde se explota dicho negocio, y por lo tanto, siguiendo lo señalado en el mencionado estudio, carece de efectos como una medida para reducir los riesgos asociados a su explotación.

Por otro lado, continuando con los fundamentos del Tribunal Constitucional para justificar el requisito de la distancia mínima, referida a la incompatibilidad de la explotación de la actividad que nos incumbe con la “moralidad y seguridad públicas”, nos preguntamos lo siguiente: ¿Qué de inmoral puede tener una sala de juegos de casino y máquinas tragamonedas?, ¿por qué su ejercicio puede ser contrario o un riesgo para las buenas costumbres, de tal manera que tenga que operar a una

¹⁷⁰ Por ejemplo, el artículo 66 del Decreto Ley N° 2 de 1998 de la República de Panamá, indica que la distancia mínima respecto de centros de estudios es de 100 metros.

¹⁷¹ Sin embargo, en la sustentación de dicha Ley, se menciona que la distancia entre los casinos intenta impedir que los casinos se ubiquen en una sola zona, con lo cual podrían crear ciudades del juego.

¹⁷² Óp. cit.

distancia mínima de los centros de estudios? Como se dijo anteriormente, haciendo un símil con el tratamiento otorgado por el Tribunal Constitucional en el caso de una discoteca, en el expediente N° 3330-2004-AA/TC, si la preocupación es que los menores de edad puedan participar de dichos establecimientos, a diferencia de las discotecas que pueden permitir el ingreso de menores de edad - siempre y cuando se encuentren debidamente adecuados para ellos y en determinados horarios -, en los establecimientos que explotan juegos de casinos y máquinas tragamonedas se prohíbe su ingreso, siendo incapaces para participar del juego y sancionado el incumplimiento de la obligación con la cancelación de la autorización para operar dicho establecimiento.

Bajo este supuesto, podemos entender que si bien existe un riesgo para el menor de edad que debe ser atendido por el Estado, a través de dicha medida, el costo de su tratamiento es trasladado al operador de juegos, a quien se le impone la obligación de impedir su ingreso, bajo una sanción grave como la pérdida de la operación del negocio, con lo cual se alinea su interés en la exigencia de protección del menor de edad¹⁷³.

Asimismo, y siguiendo la línea argumentativa del Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada (Fundamento 40), quizás la justificación de la exigencia de una distancia mínima sea que en las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas se emiten “ruidos molestos”, ante lo cual es conveniente mencionar que dentro de las exigencias que se han dispuesto para estos establecimientos, se encuentran aquellas relacionadas al acondicionamiento del local, para lo cual se exige que se cuente con instalaciones sanitarias, sistema de ventilación artificial, sistema de extinción de incendios, sistema de vídeos, controles de acceso, salidas de emergencia, *sistema de aislante acústico*¹⁷⁴, entre otras exigencias, de conformidad con el numeral 7.2 del artículo 7 de la Ley, los cuales deben mantenerse durante la

¹⁷³ Es más, en el estudio sobre las medidas efectivas para reducir los efectos del alcohol realizado por el Instituto Nacional de Salud, se indica que una de las medidas efectivas y con evidencia, es el establecer la responsabilidad legal del vendedor de las bebidas alcohólicas, lo cual en el caso de la actividad que nos incumbe sería el imponer la obligación de impedir el ingreso del menor de edad a dichos establecimientos al operador de juego, y de manera complementaria, la vigilancia de su cumplimiento por parte de la autoridad competente.

¹⁷⁴ Cabe indicar que la regulación, así como el control y fiscalización de los ruidos y demás elementos contaminantes del ambiente son competencia de las municipalidades provinciales y distritales respectivamente, de conformidad con los numerales 1.2 y 3.4 del artículo 80 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

vigencia de la autorización del establecimiento, sancionándose su incumplimiento con multa de 1 a 5 UIT¹⁷⁵.

Es pertinente señalar que la exigencia de una distancia mínima de los establecimientos que explotan salas de juego de casino y máquinas tragamonedas respecto de los centros de estudios puede hasta resultar ser anacrónica, ya que a la fecha, con el desarrollo de los medios informáticos y de comunicación, es posible que los servicios que se ofrecen a través de las salas de juego pierdan una localidad física específica, encontrándose al alcance de cualquier persona (incluidos los menores de edad) desde un computador, y sin contar con una regulación que prohíba el acceso o impida que determinadas personas participen del juego (menores de edad, ludópatas, entre otras personas). En este sentido, bajo el contexto actual, quizás la exigencia de una distancia mínima a los establecimientos que exploten juegos de casino y máquinas tragamonedas pierde un poco de contexto y realidad, ya que se puede participar del juego desde tu misma casa, con sólo tener una tarjeta de crédito o débito.

Adicionalmente, es importante señalar que los establecimientos que explotan juegos de casino y máquinas tragamonedas tienen que respetar las normas sobre zonificación que establezcan las Municipalidades, conforme a sus funciones y competencias establecidas en el numeral 1.1 del artículo 73 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y lo dispuesto en el numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas. En ese sentido, si bien corresponde a una competencia municipal determinar las zonas donde pueden funcionar establecimientos destinados a la explotación de dicho negocio, la Ley N° 27153 establece que, de manera adicional a dicha competencia, los negocios de casino y tragamonedas no deben encontrarse a menos de 150 metros de los centros de estudios.

Realizado el análisis anterior, y continuando con el test de la proporcionalidad, nos toca evaluar el sub principio de *proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*, que consiste en una comparación entre el grado de realización del fin constitucional y la intensidad en la intervención del derecho fundamental.

Al respecto, de lo analizado hasta este momento, se considera que la explotación de salas de juego de casino y máquinas tragamonedas atenta contra la moral y las buenas costumbres, siendo perjudicial a la generación de un ambiente adecuado para

¹⁷⁵ Numeral 8 del Anexo G del Reglamento, Tabla de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2002-MINCETUR, y normas modificatorias.

el desarrollo y la protección de los menores de edad por parte del Estado, razón por la cual se establece una regulación especial para la explotación de dicha actividad, y exige como medida regulatoria que dichos negocios tengan que estar a una distancia mínima de 150 metros de los centros de estudios. En el análisis del sub principio de necesidad se evaluó la posibilidad de otras medidas regulatorias que procuran la atención del mismo fin constitucional perseguido por el Estado; en efecto, se señaló que la prohibición de ingreso y participación del juego por parte de los menores de edad no sólo resulta ser una medida idónea y menos costosa para el Estado, quien sólo tendría que fiscalizar su cumplimiento, sino también de menor intensidad o afectación del derecho a la libre iniciativa privada por parte de los operadores de juego de casinos y máquinas tragamonedas.

Es más, si bien se identificó el fin constitucional que se pretende proteger a través de la regulación por parte del Estado, no se advierte la idoneidad de la medida propuesta con dicho objetivo, siendo que la misma no sólo resulta ser una afectación de mayor intensidad del derecho a la libre iniciativa privada de los operadores de juego de casino y máquinas tragamonedas, sino también una medida irracional o arbitraria bajo el criterio de la eficiencia económica, entendida como aquella opción denominada Óptimo de Pareto, a la cual se hizo referencia al momento de analizar las justificaciones de la regulación señaladas por el profesor Breyer.

En efecto, tal como se ha analizado hasta el momento, el requisito de la distancia mínima no tiene mayor justificación o alguna evidencia que la sustente bajo conceptos de eficiencia, su inclusión quizás sea producto de la influencia de un grupo de interés para el cual la presencia de los establecimientos de juegos de casino y máquinas tragamonedas “se ven mal” cerca de los centros de estudios, y se intenta justificar dicha medida bajo los argumentos de la protección de los grupos vulnerables de la población, tal como los menores de edad.

Asimismo, la regulación tampoco ha evaluado los costos y beneficios de la medida para todos los involucrados en el negocio de juegos de casino y máquinas tragamonedas; pues bien, así como no se han sustentado los beneficios de establecer una distancia mínima de dichos negocios respecto de los centros de estudios, tampoco se han demostrado los perjuicios que causa la explotación de una sala de juegos de casino y máquinas tragamonedas dentro de dicha distancia mínima.

Por lo pronto, y conforme al análisis que se viene realizando, el requisito de la distancia mínima sólo tiene una justificación moral, sin detenerse en los costos asociados para su implementación para la sociedad en su conjunto, pues dicha

medida no sólo involucra una mayor restricción de la libre iniciativa privada para los titulares de dichos negocios, sino también podría representar un costo para las personas que allí laboran o para aquellas que tienen un opción de entretenimiento en dicho negocio.

Ahora bien, es importante también señalar que en el discurso “político” ante la sociedad, es muy difícil sostener la eliminación del requisito de la distancia mínima respecto de centros de estudios bajo los criterios de eficiencia, pues se tendrían argumentos como la preferencia del negocio sobre la moral o el estudio, como una afrenta contra los menores de edad, conceptos generales con los cuales todos nos podemos encontrar de acuerdo o dicho de otra manera, es difícil encontrarnos en desacuerdo, pero sobre los cuales se tiene poco conocimiento respecto a las medidas a adoptar que redunden en beneficio o protección de dichos objetivos. Además, existe un concepto negativo generalizado sobre los tragamonedas, que podría preexistir a cualquier discusión sobre las medidas a implementarse para dicha actividad, y que obviamente, harían poco plausibles argumentos como los anteriormente señalados.

Por otro lado, con relación a la **distancia mínima respecto a los templos**, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cuál puede ser la justificación para exigir una distancia mínima de los establecimientos de juegos de casino y máquinas tragamonedas respecto de “templos”?, más aún si en el Dictamen de la Comisión de Comercio Exterior y Turismo, recaído en el proyecto de ley que sustentó la dación de la Ley N° 28945, Ley de reordenamiento y formalización de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se sustentó la modificación del requisito de distancia mínima, a fin de que sólo sea exigible respecto de centros de educación inicial, primaria y secundaria, pues *“no se encontró sustento técnico que justifique la restricción a iglesias, cuarteles y hospitales”*¹⁷⁶ (subrayado es nuestro), los cuales fueron originalmente consignados en la Ley N° 27153.

Al respecto, y con el ánimo de conocer la justificación que sustentó la incorporación de la exigencia de la distancia mínima respecto de templos, se ha procedido a la revisión de la transcripción de la sesión del Pleno del Congreso de la República del día en el cual se discutió y aprobó el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 28945, del 20 de diciembre del 2006, encontrándose particularmente relevante lo señalado por la congresista Sasieta Morales, del grupo parlamentario Acción Popular. En particular se señaló:

¹⁷⁶ Si bien se consigna iglesias, para los fines de la sustentación de su exigibilidad, se considera que se trata de una situación similar respecto de los “templos”.

“Señora Presidenta, lugares donde muchos peruanos dejan sus sueldos, sus salarios, muchas veces su jubilación, para “entretenerse”, lugares patológicos disociadores de familia, fomentar hijos pródigos.

(...)

Entonces creemos y pido a las Comisiones, tanto de Economía y Comercio Exterior, a mi criterio una sola modificación. No podemos permitir que los pocos centros de espiritualidad, cualquiera que sea éste, tenga a su costado una máquina tragamonedas. Yo les pido que reconsideren y que agreguen adicionalmente a los centros educativos a cualquier lugar espiritual, y si en Ayacucho hay 36 iglesias, pues lo lamento por los empresarios de tragamonedas, no habrá en el centro de Ayacucho tragamonedas. Yo lo siento mucho y en el Cusco también, no puede ser posible, señora Presidenta, que nosotros como Congreso, que queremos dar una buena imagen a la ciudadanía, permitamos este atropello (...)

De manera posterior a la intervención de la congresista Sasieta se apertura un cuarto intermedio, a fin de uniformizar criterios vertidos en el debate parlamentario, y que finalmente decantan en la exigencia de la distancia mínima para los establecimientos que exploten juegos de casino y máquinas tragamonedas, respecto de centros de estudios y templos (en lugar de centros de espiritualidad o iglesia).

Como se puede apreciar, de la argumentación parlamentaria no se desprende un sustento jurídico que justifique la exigencia de la distancia mínima de las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas respecto de templos, tampoco se argumenta alguna de las limitaciones a la libertad de empresa, ya sea la moral, la salud y seguridad públicas; más bien pareciera responder a una preocupación para que determinadas ciudades (Ayacucho y Cusco) no cuenten con dichos establecimientos en el centro de la ciudad, pues al parecer las salas de juego de casino y máquinas tragamonedas son dañinos para la espiritualidad comunitaria, y como dichas ciudades cuentan con un número importante de templos en su zona central, no debieran convivir con ellos. Asimismo, se recurre a un argumento muy particular, cuando se indica que no incluir en el requisito de la distancia mínima a los templos atentaría con la buena imagen que pretende el Congreso de la República ante la ciudadanía.

Está de más señalar que argumentos como los señalados por la señora Sasieta Morales no guardan una justificación jurídica bajo el concepto de la eficiencia económica, y que conlleve a la restricción de la libertad de empresa de los operadores que se dediquen al negocio de juegos de casino y máquinas tragamonedas, quizás se pueda señalar que la argumentación de la congresista se sustenta en criterios de la moral y buenas costumbres, siempre y cuando se considere que los “templos”, son

espacios donde se promueven dichos valores, los cuales son necesarios proteger, y supone entender que los establecimientos de juegos de casino y máquinas tragamonedas son perniciosos para dichos valores en la sociedad, por lo cual deben encontrarse en una distancia mínima de 150 metros.

Por otro lado, si reparamos en el primero de los párrafos de la opinión de la congresista Sasieta, quizás podamos encontrar referencias a los efectos nocivos de la actividad de juegos de casino y tragamonedas en la salud de las personas asistentes a sus establecimientos, tal como el juego compulsivo o ludopatía; sin embargo, carece de razón exigir una distancia mínima de dichos negocios respecto de los templos, como una medida contra la adicción al juego, o para prevenir los riesgos asociados a dicha actividad. Es más, considero que es poco probable que una persona que sea adicta al juego deje de asistir a los establecimientos de casino y tragamonedas, ya sea si se encuentra cerca o lejos de un templo; probablemente una persona que sufra del juego compulsivo incurriría en cualquier coste para poder jugar de manera independiente a la ubicación del establecimiento de casinos y tragamonedas¹⁷⁷.

Tal como en el caso de la distancia mínima respecto a los centros de educación, la restricción de distancia mínima respecto de los templos en la actividad de juegos de casino y tragamonedas no puede ser explicado en términos de eficiencia económica, pues nos encontramos en el grupo de “otras razones de justicia” que señalaba el profesor Breyer, sustentando la restricción en razones de moral, valores o juicios de valor.

En ese sentido, se carece de un análisis sobre los beneficios de contar con una medida como la dispuesta, así como los costos de esta restricción en los operadores de juego de casino y tragamonedas; tampoco se ha analizado la pertinencia de otras medidas que puedan ser menos lesivas de los derechos involucrados o, lo que es peor, si la medida propuesta es adecuada para los objetivos perseguidos.

Una evaluación de los costos de la regulación que impone el requisito de la distancia mínima respecto de templos debe tener en consideración la imprecisión del término “templos” en nuestra legislación, lo cual genera una situación de indeterminación en su implementación por parte de la autoridad competente, y lo que es peor aún, y que seguramente no ha sido un supuesto considerado por la congresista Sasieta, es que

¹⁷⁷ CALVERT Guy. Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En: Policy Analysis N° 349, Junio 1999. Pág. 10.

dicha indeterminación puede llevarnos a considerar al “templo”¹⁷⁸ como cualquier lugar confesional, y ser un potencial instrumento a utilizar por un operador ya instalado en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, para impedir el ingreso de cualquier posible operador competidor, asegurándose un determinado mercado o zona de operación.

En efecto, un operador instalado en determinada localidad podría alquilar un(os) espacio(s) cercano(s) a su establecimiento, a fin de colocar algunas sillas para la confesión de algún credo, o un centro de oración abierto al público, el cual es oponible a la apertura de cualquier otro posible competidor que desee instalarse en las inmediaciones de su local, encareciendo los costos involucrados para las autorizaciones en la actividad, y restringiendo la competencia.

Por lo expuesto, considero que la falta de justificación y/o razonabilidad para la exigencia del requisito de distancia mínima respecto de templos, aunado con la indeterminación del término y la utilización perversa o abusiva de la misma, hacen que dicho requisito pueda calificarse de ineficiente y arbitrario.

Consideramos que las medidas regulatorias deben sustentarse en el análisis económico de las decisiones, de tal manera que permita prever las consecuencias de su aplicación en el corto, mediano y largo plazo¹⁷⁹.

Cabe indicar que la indeterminación del requisito antes mencionado ha llevado, entre otras situaciones, que la Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas caiga en una de las fallas de la regulación, y que el profesor Gaspar Ariño denomina “riesgo regulatorio”, tal como el establecimiento de *normas de mínimo rango, y que son fáciles de cambiar*¹⁸⁰, denominadas “soft law”, con la consiguiente inseguridad jurídica que se crea.

¹⁷⁸ El literal m) del artículo 1 de la Directiva N° 002-2008-MINCETUR/VM/DGJCMT, aprobada mediante Resolución Directoral N° 349-2008-MINCETUR/VM/DGJCMT, define los templos como el “espacio físico de culto especialmente acondicionado en donde se permite el ingreso libre de personas con el objeto de celebrar ritos de carácter religioso”.

¹⁷⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. En Themis – Revista de Derecho, Número 52, 2006. Pág. 46.

¹⁸⁰ Ídem.

2.6.3 Análisis del requisito del otorgamiento de una Garantía en protección del Estado y de los usuarios

El artículo 19 de la Ley N° 27153 establece que todo titular de una autorización para explotar juegos de casino y máquinas tragamonedas constituirá una garantía a favor del MINCETUR en respaldo de las obligaciones y sanciones derivadas de la aplicación de la Ley, y en resguardo de los derechos de los usuarios y el Estado. El artículo 21 de la precitada Ley establece los montos de la garantía asociados a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), tanto para salas de juego de casino y de máquinas tragamonedas.

Al respecto, con relación a la justificación para la exigencia de una garantía en la actividad bajo análisis, en el Fundamento 9 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de expediente N° 009-2001-AI/TC, el colegiado señaló:

“El establecimiento de la Garantía con el objeto de iniciar ciertas actividades económicas que suponen riesgo o que requieren de un tratamiento especial por su incidencia sobre el patrimonio de terceros, no constituye ninguna anticipación de sanción alguna o presunción de responsabilidad sobre eventuales faltas que aún no han sido juzgadas. Por el contrario, es una garantía razonable que la ley establece con el objeto de proteger a terceros y al mismo Estado, frente a las contingencias que en la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas se pudieran suscitar.”

El fundamento del Tribunal Constitucional para justificar la exigencia de una garantía en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas repara en las “contingencias” que dicha explotación podría suscitar a terceros y al mismo Estado, haciendo hincapié en el riesgo sobre el patrimonio de terceros, por lo cual se le tiene que dar un tratamiento especial a dicha actividad.

Cabe indicar que considero que lo indicado por el Tribunal Constitucional, cuando hace referencia al riesgo del patrimonio de terceros, sólo atiende al carácter oneroso de la actividad bajo análisis, pues la persona que quiera participar en la misma tendría que disponer de recursos para participar en el juego, lo cual en última instancia representa un riesgo para la sociedad y el Estado; sin embargo, considero que no podría pensarse que con dicha garantía se quiera proteger a aquella persona que sea irresponsable en el uso de sus recursos, dilapidando no sólo aquellos ingresos que sustentan a su persona sino también, que pueden sustentar a su familia, producto de una adicción al juego.

Es decir, la finalidad última de la exigencia de la garantía en la actividad de juegos recae en que se cuente con una herramienta de la cual se pueda hacer uso frente a

los problemas del mismo juego, tales como la devolución de las apuestas realizadas frente a una jugada anulada o el pago de un premio que no quiera reconocer una sala de juegos.

Por lo tanto, teniendo como premisa los párrafos anteriores, considero que la exigencia de la garantía no se sustenta en las justificaciones de la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, tales como la moral, la salud y seguridad pública; sin embargo, quizás sea posible entender dicha exigencia o requisito en el carácter restrictivo o excepcional que se le imprime a esta actividad.

En dicho sentido, el requisito de la garantía es una restricción que busca desincentivar la actividad; sin embargo, tal como se analizó en el requisito de la distancia mínima, dicha exigencia también limita el acceso de algunos operadores a este tipo de actividad, mediante la imposición de costos que quizás no puedan sufragar, asegurando un mercado para aquellos que puedan sufragar los mismos.

En particular, la obligación de presentar una garantía por parte de las empresas que deseen intervenir en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, significa el destino e inmovilización de recursos económicos para la emisión de la garantía (dinero en efectivo, hipoteca de propiedades o bienes, entre otras medidas), así como el pago mensual de un monto determinado a una empresa aseguradora, lo cual significan costos adicionales, que todas las empresas que deseen intervenir en esta actividad tienen que asumir.

Tal como se manifestó anteriormente, las restricciones para desalentar o restringir una actividad, imponiendo costos a quienes deseen ingresar en la misma, pueden tener un efecto perverso o “encubierto”, de tal manera que terminen beneficiando a un determinado grupo de empresas o de interés, en perjuicio de otros, con lo cual se elimina la posible competencia y “restringe o asegura” el mercado para el provecho de algunos.

Cabe indicar que si bien la exigencia del otorgamiento de una garantía por parte de los operadores que decidan explotar salas de juegos de casino y tragamonedas impone costos adicionales, consideramos que los fines que se pretende conseguir con su requerimiento pueden ser válidos y plausibles con nuestro ordenamiento jurídico, pues de dicha manera se pretende asegurar el pago de las sanciones que imponga la autoridad competente (protección del Estado)¹⁸¹, así como proteger al usuario que

¹⁸¹ Quizás la pregunta que se presenta es ¿por qué necesita protección el Estado?, no es nada malo que el Estado cuente con un mecanismo para asegurar el pago de las sanciones que se impongan, pero si

asista a dichos establecimientos con relación a algunos problemas en el desarrollo de los juegos, con lo cual se traslada al operador del establecimiento los costos o riesgos asociados ante el incumplimiento del pago de sanciones, y la desprotección del usuario.

Sin perjuicio de lo anterior, pasaremos a analizar si a través de la regulación dispuesta en la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, es posible alcanzar los fines para los cuales se exige el otorgamiento de una garantía, o si por el contrario, es necesario hacer alguna modificación normativa para la obtención de dichos fines.

En dicho contexto, con relación a la Protección del Estado, a través de la exigencia de la garantía a los operadores de juego, podemos mencionar lo siguiente:

- La garantía es de realización automática en respaldo de las obligaciones y sanciones impuestas por la autoridad competente¹⁸², y para su ejecución total o parcial sólo será necesaria la emisión de una resolución directoral¹⁸³, debidamente fundamentada, de conformidad con los numerales 19.2, 20.1 y 20.2 de la Ley N° 27153.
- La multa es la única sanción de la autoridad competente que puede desencadenar en la ejecución o realización de la garantía (en respaldo de la imposición de una obligación dineraria), de conformidad con el literal b) del numeral 46.2 de la Ley N° 27153.

tenemos en consideración que el MINCETUR, al ser pliego presupuestario, tiene asignados recursos públicos para su funcionamiento, es decir, no tiene un riesgo de falta de financiamiento, pues cada año se aprueba el presupuesto público del Estado, por mandato constitucional (artículo 78 y ss. de la Constitución Política del Perú); sin embargo, al asegurarse recursos producto de la imposición de sanciones, lo que se hace es contar con recursos adicionales, o denominados “Recursos Directamente Recaudados (RDR)”, que son de libre disposición de la entidad, por lo cual pueden ser destinados a la finalidad que disponga el Titular del Pliego (máxima autoridad ejecutiva de la entidad), conforme a la normativa presupuestaria. En este sentido, los recursos que percibe el MINCETUR pueden ser utilizados para lo que mejor convenga la autoridad, incluso para financiar las acciones de prevención y tratamiento de la ludopatía, cuya meta no cuenta con recursos asignados del tesoro Público, así como finalidades distintas a la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, pero bajo competencia del MINCETUR, como pueden ser turismo y artesanía; sin embargo, lo mencionado anteriormente, desborda el análisis del presente trabajo.

¹⁸² La garantía no será objeto de embargo u otra medida cautelar y podrá adoptar la forma de un Depósito Bancario, efectuado en una entidad bancaria establecida en el país: de una Carta Fianza Bancaria o de una Póliza de Caución, emitida por una entidad financiera o de seguros establecida en el país.

¹⁸³ La Dirección General de Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas (DGJCMT) no emite dicha resolución, más bien solicita la ejecución de la garantía ante el órgano competente de la entidad (que podría ser la Oficina General de Administración, por ejemplo), pues se debe tener presente que la garantía es a favor del MINCETUR y no de la DGJCMT.

- Ante el incumplimiento del pago de una multa impuesta por la autoridad competente (imaginemos que ha concluido el procedimiento administrativo sancionador y se ha sancionado a la empresa, o que la multa impuesta ha adquirido la calidad de firme), las empresas corren el riesgo de que se ejecute su garantía; asimismo, si en el plazo de diez (10) días de ejecutada, la garantía no es repuesta por el operador de juego, se suspende su autorización (la empresa no puede seguir operando mientras dure la suspensión), y si en el plazo de treinta (30) días persiste dicha situación, la autorización caducará automáticamente, de conformidad con el numeral 20.2 del artículo 20 de la Ley N° 27153.
- Por lo tanto, ante el riesgo de perder la autorización, y las consecuencias de ser ingresado en los registros del sistema financiero (en INFOCORP por ejemplo), debido a la ejecución de la garantía, los operadores de juego terminan pagando las multas impuesta.
- En este sentido, la garantía es un perfecto mecanismo de presión para que las empresas cumplan con el pago de las multas, con lo cual se cumple con la finalidad de que las garantías otorgadas son en protección del Estado.

Por otro lado, con relación a la finalidad de Protección del usuario a través del otorgamiento de la garantía presentada por el operador de juegos, debemos señalar lo siguiente:

- Las sanciones dispuestas en el artículo 46 de la Ley N° 27153 y modificatorias son las siguientes:
 - a) amonestación,
 - b) multa de 1 a 1000 UIT,
 - c) cancelación de la autorización,
 - d) inhabilitación hasta por 10 años para explotar juegos de casino y máquinas tragamonedas,
 - e) inhabilitación permanente para operar juegos de casino y máquinas tragamonedas;

Asimismo, sin perjuicio de las sanciones indicadas en el numeral a), b) y c), se pueden imponer las siguientes medidas correctivas:

- a) cierre temporal del establecimiento,
 - b) clausura del establecimiento,
 - c) comisos de mesas de juego, de máquinas tragamonedas y/o memoras de sólo lectura,
 - d) inmovilización de mesas de juego, de máquinas tragamonedas y/o memorias de sólo lectura.
-
- Como se puede apreciar de las sanciones y medidas correctivas antes indicadas, sólo la multa podría acarrear la ejecución de la garantía, sin embargo, dicha sanción sólo se impone a las empresas o personas naturales que incumplan la normativa de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas, y su cobro o ejecución de garantía sólo favorece al MINCETUR, sin representar en algún caso un beneficio para el usuario.

 - En efecto, ninguna de las sanciones o medidas correctivas dispuestas en la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas benefician directamente al jugador o usuario en el desarrollo del juego, ante el incumplimiento del pago de una jugada ganadora, o la devolución de la apuesta realizada en una jugada invalidada, entre otras situaciones que podrían presentarse.

Por lo expuesto, se aprecia que la garantía se configura como una excelente medida para los fines de fiscalización y sanción de la autoridad competente, con lo cual se cumplirían los fines de protección del Estado, sin embargo dicha situación no se replica en favor de los usuarios, para quienes la garantía no representa alguna medida de protección, con lo cual tampoco sólo se cumple con una parte del sustento señalado en la Ley para el otorgamiento de dicha garantía por parte de los operadores de juego.

Cabe señalar que la falta de protección del usuario a través de la garantía, podría ser remediada mediante la modificación legislativa de la norma¹⁸⁴, a fin de que la autoridad competente pueda disponer la devolución de las apuestas realizadas por los usuarios ante una falla en la operatividad de la máquinas tragamonedas, así como en el

¹⁸⁴ Se debe tener en consideración que conforme al principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que las medidas sancionables se establecen a través de Ley, salvo que puedan haber sido delegadas para su tipificación a través de un reglamento. En ese sentido, las medidas correctivas, al también poder representar una medida aflictiva sobre el patrimonio del operador, debe establecerse a través de una norma de rango de ley.

desarrollo del juego de casino, o ante determinadas situaciones establecidas por el regulador, o el incumplimiento del pago de una apuesta ganadora o premio obtenido por el jugador, bajo el apercibimiento de ejecutarse la garantía.



CONCLUSIONES

La actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas se desarrolla en el país de manera excepcional como parte de la actividad turística, y debido a los posibles perjuicios a la moral, la salud y seguridad públicas se establecieron una serie de requisitos y condiciones para su explotación en el país. Asimismo, sustentado en su carácter excepcional se establecieron algunos requisitos que buscan desincentivar el ingreso de operadores en la actividad, pues la misma es tolerada por el Estado.

El sustento para el carácter excepcional de la actividad descansa en la ludopatía, trastorno que afecta la salud pública, ocasionando costos a las personas que las padecen así como a sus familias, sin embargo no se cuenta con un estudio o análisis que demuestre la relación entre los casos de ludopatías y la explotación de juegos de casino y tragamonedas en el país, ante lo cual pueden estarse asociando a esta actividad costos generados por otro tipo de actividades que puedan generar adicción en el jugador, tales como los sorteos o promociones comerciales, apuestas en línea, entre otras.

Aparentemente, el criterio utilizado para restringir la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, y con ello la orientación del Estado respecto a los negocios que desea que operen en esta actividad, son aquellas empresas que cuenten con importantes recursos económicos para asumir los costos de la regulación, lo cual no sólo representa una arbitrariedad pues carece de argumento jurídico válido, sino también contraría las propias finalidades de la Ley, pues no se tiene certeza que las empresas con gran potencial económico sean *per se* garantes de honestidad, transparencia, y de propósitos lícitos en la conducción de sus negocios.

Se han analizado las justificaciones para regular la actividad, relacionadas con las medidas para el tratamiento y prevención de la ludopatía en la actividad de juegos de casino y tragamonedas, la cual podría ser la única justificación sólida para la intervención legislativa en este tipo de actividad; y se ha podido comprobar la falta de un estudio que las sustente, o de un diagnóstico que nos de algunas luces de la problemática que representa. En dicho sentido, se pudo apreciar que hace falta dotar de herramientas (personal, recursos, entre otros) a la Comisión Nacional de Prevención y Rehabilitación de Personas Adictas a los Juegos de Azar, a fin que ejerza sus funciones plenamente, y pueda darnos algunas luces sobre la problemática de la ludopatía en el Perú. Sobre este punto, quizás sea importante considerar los últimos estudios sobre neurociencia, mediante los cuales la adicción es un problema

cerebral, no es una patología ni evidencia de una mente delictiva, sino un problema de aprendizaje, una diferencia en el modo en que el cerebro hace conexiones en la forma como se procesa la información sobre la motivación, la recompensa y el castigo. Asimismo, se moldea por la influencia genética y el entorno durante el desarrollo¹⁸⁵. Entender de esa manera la adicción nos puede dar mayor luces sobre su tratamiento, dejando de lado posturas como si fuera pecado o una enfermedad progresiva¹⁸⁶.

En ese sentido, con relación a la postura del Legislador ante la problemática de los juegos de casino y tragamonedas, y en especial sobre la ludopatía, quizás sea necesario pensar en una política del Estado frente al riesgo, pues iniciativas legislativas que representen sólo una aversión a la incertidumbre, pueden ocasionar mayores costos que soluciones, y sin algún efecto beneficioso para la sociedad.

Adicionalmente, se han analizado algunas de las medidas impuestas en calidad de requisitos en la actividad, pudiendo constatarse que no se contaban con los sustentos adecuados para su establecimiento, tanto en los proyectos de ley que sustentaron la norma que los aprobó. Cabe indicar que también se han analizado sentencias del Tribunal Constitucional en la búsqueda de los sustentos de dichas medidas.

Se ha podido apreciar que algunos requisitos impuestos en la actividad, bajo el argumento del carácter excepcional de la misma, representan un impedimento o barrera para que algunas empresas puedan acceder a este mercado, con lo cual se pueden generar fines perversos a través de los mismos, asegurando una cuota de mercado para unos, en perjuicio de otros, lo cual es jurídicamente reprochable. En esa línea, se ha podido analizar el requisito de la distancia mínima respecto de templos, así como la exigencia de un giro para el inicio de actividades, que pueden sustentarse con la persecución o delimitación de cuotas de renta por parte de algunos operadores, desconfiando de las iniciativas supuestamente irracionales de los políticos, como parte del análisis del Estudio sobre la Elección Pública. En el caso de la exigencia de la garantía, se aprecia que el mismo no consigue los fines establecidos en la norma, siendo necesario realizar una modificación legislativa para que represente una medida de protección de los usuarios.

¹⁸⁵ SZALAVITZ Maia, ¿Es posible superar una adicción?, artículo publicado en New York Times, el 1 de julio de 2016, webste: <http://www.nytimes.com/es/2016/07/01/es-posible-superar-una-adiccion/>

¹⁸⁶ Ídem.

Finalmente, quiero hacer mención a una opinión brindada por George McGovern¹⁸⁷, en la cual señala lo siguiente:

“Si bien las decisiones que tomamos pueden ser tontas o autodestructivas – puenting es mi ejemplo favorito de locura – todavía existe un principio fundamental que no podemos permitirnos, la micro gestión de la vida del otro. Cuándo la emoción es demasiada arriesgada? Cuántas bebidas son demasiadas? Cuándo es demasiado grueso el humo de segunda mano? Todas estas preguntas deben ser consideradas con cierto grado de tolerancia para las decisiones de los demás”



¹⁸⁷ McGovern George. ¿Whose Life Is It?, artículo publicado en el New York Times, el 14 de Agosto de 1997, websdte: <http://www.nytimes.com/1997/08/14/opinion/whose-life-is-it.html?pagewanted=print>

BIBLIOGRAFÍA

ADAMS John. Cars, Cholera, and Cows: The Management of Risk and Uncertainty. En Policy Analysis N° 335. 4 de Marzo de 1999. Cato Institute. Website: www.cato.org.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pullido. 2da Edición , Capítulo III, pp. 63 y ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, Santiago. Grupos de interés y corrupción política: la búsqueda de rentas en el sector público. Documento de Trabajo de la Universidad de Oviedo – Facultad de Ciencias Económicas, año 1996.

ARCAYA María, MARTINA Martha, Gutiérrez César, ROMERO Yliana. Práctica de juegos de azar y su relación con la integración familiar en la población peruana. En: Revista Peruana de Epidemiología. VOL 16 N° 1, Abril 2012.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Logros y fracasos de la regulación. En Themis – Revista de Derecho, Número 52, 2006. pp. 43 – 53.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Granada: Comenares. 2004. p. 603.

BREYER, Stephen G. Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. En: Themis Revista de Derecho 52. 2006. p. 10.

BUCHANAN, James M. y TULLOCK, Gordon. El Cálculo del Consenso (fundamentos lógicos de una democracia constitucional). Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica. 1980. p. 323 – 326.

CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, reglas de inalienabilidad: un vistazo a la Catedral”. THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 63-86.

CALDERÓN LÓPEZ, Andrés. Luz verde para el Estado, luz roja para la competencia: Crítica desde el Análisis Económico del Derecho y el Public Choice a la reciente

jurisprudencia del INDECOPI. En: Themis 62, Revista de Derecho. 2012, pp. 143 – 163.

CALVERT Guy. Gambling America: Balancing the Risks of Gambling and Its Regulation, En Policy Analysis N° 349. 18 de junio de 1999. Cato Institute, Website: www.cato.org.

CARBALLO CRESPO, José Luis; SECADES VILLA, Roberto; FERNÁNDEZ HERMIDA, José Ramón; GARCÍA RODRÍGUEZ, Olaya; C. SOBELL, Linda. Recuperación de los problemas de juego patológico con o sin tratamiento. Salud y Drogas, Vol. 4, Núm. 2. 2004, pp. 61 – 78.

CARBONEL Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 339.

CHÓLIZ MONTAÑÉS, Mariano. Adicción al Juego de Azar. Universidad de Valencia. 2006. Pp. 1 – 51. (<http://www.uv.es/choliz>).

FIESTAS SALDARRIAGA, Fabián. Medidas de salud pública para reducir la carga de enfermedad generada por el consumo de alcohol en la sociedad. Instituto Nacional de Salud. Unidad de Análisis y Generación de Evidencias en Salud Pública. Lima: INS-UNAGESP, 2011. (INS, Serie de Notas Técnicas; 2011 – 1).

GHERSI, Enrique. El Costo de la Legalidad: una aproximación a la falta de legitimidad del derecho. En Revista de Derecho Themis N° 19, año 1999. pp. 5 -14.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. En El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Lima: Palestra Editores. 2010. Pp. 337 – 376

GUZMÀN NAPURÍ, Christian. La realidad de la regulación económica como mecanismo de intervención administrativa en la economía. En: Revista de Derecho Administrativo Año 1, Número 2. 2006. pp. 247 – 260

INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. ¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación. En Themis – Revista de Derecho, Número 55, 2008. pp. 97 -108.

LABRADOR, Francisco. MAÑOSO, Vanessa. FERNÁNDEZ ALBA, Ana. Distorsiones cognitivas y resultado del tratamiento del juego patológico. En: *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*. 2008. pp. 387 – 399.

MARAZUELA, C. y MARAZUELA, M. Juego Patológico y Familia, Cuadernos de Terapia Familiar Nº 28. 1995, pp. 31 – 37.

MEDINA, Iván y OVEJERO, Miguel. Repensar el interés general en las políticas públicas. En: *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Número 26, Año 2012, pp. 39 – 51.

MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. Interés General y Administración Contemporánea. En *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Número 14, Año 2011, pp. 129 - 149.

OGUS, Anthony. (1994). *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press. pp. 55 – 75.

REBAZA TORRES, Alberto. El régimen económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos? En: *Ius Et Veritas* Año 4, Número 7. 1993. pp. 55 – 60.

ROBERT, C. y BOTELLA, C. Trastornos de control de impulsos: el juego patológico. En: A. Belloch, B. Sandin y F. Ramos (Comp). *Manual de Psicología*, pp. 559 – 594. Madrid: McGraw Hill.

STIGLER, George J. (1971): “La teoría de la regulación económica”. En: *The Bell of Economics*.

STIGLITZ Joseph. Regulación y Fallas. En: *Revista de Economía Institucional*, Volumen 12, Número 23, 2010. pp. 13 – 28.

SÚMAR ALBÚJAR, Oscar. Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica. En *Themis – Revista de Derecho*, Número 62, Año XXX. pp. 27 -42.

SUSTEIN, Cass R. Análisis Conductual del Derecho. En Themis – Revista de Derecho, Número 62, Año XXX. pp. 53 -64.

THORNTON, Mark. Alcohol Prohibition was Failure. En Poly Analysis N° 157, 17 de Julio de 1991. Cato Institute. Website: www.cato.org.

THORNTON Mark. The Economics of Prohibitions. University of Utah Press. Salt Lake City Utah – EEUU. 1991.

VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph E. y John M. VERNON. “Economics of regulation and antitrust”. Cambridge: The MIT Press. 2005.

