

Reflexiones en torno al desarrollo de las actividades de juego por vía de internet.- Perspectivas de futuro.

Abogados & Asesores
c/ Pau Claris, 95, 4-2
08009 Barcelona

1. El juego por vía de internet como objeto de nuestra reflexión.

Internet favorece la prestación de innumerables servicios en el marco de un ámbito desregulado al que de se han ido añadiendo todos los sectores imaginables de la actividad económica, incluido el juego. Actualmente, el debate legal sobre el régimen del juego por vía de internet se centra en dos posiciones que hoy por hoy parecen irreconciliables: por un lado, la de aquellos Estados que pretenden una aplicación extraterritorial de su restrictivo régimen jurídico; por otro lado, la de los países que hacen bandera de la más pura permisividad en su regulación y que no ponen obstáculo alguno más allá de lo meramente formal para desarrollar este tipo de actividades. Esta tensión genera un conflicto de intereses que parece de difícil solución, sobre todo si hacemos de la necesaria regulación supranacional del juego por vía de internet nuestra principal bandera.

De entrada conviene destacar la diferencia que existe entre los juegos que se desarrollan fuera de internet, en los cuales la publicidad y venta de los mismos puede venir amparada en una licencia ya establecida, regulada, y aquellos que se desarrollan íntegramente por vía de internet, los cuales no se pueden

amparar en ninguna licencia anterior, debiendo por ello obtener autorizaciones especiales, las cuales a veces ni están previstas si quiera en las legislaciones nacionales.

Centrando nuestro análisis exclusivamente en el juego por vía de internet hay que diferenciar entre dos tipos de operaciones posibles: por un lado, el desarrollo de juegos exclusivamente a través de internet –los denominados “casinos virtuales”, acepción ya consolidada junto con la de “casinos on-line”–; y por otro lado, la publicidad y venta de los productos de juego. Respecto al primer tipo de operaciones –el del desarrollo de juegos exclusivamente a través de internet, que centrará todas nuestras reflexiones– debemos decir que la gran mayoría de los estados son contrarios a aceptar la legalidad de los juegos. Abundan las prohibiciones de todo tipo: prohibición de acceso a salas de juego a los menores de edad, necesidad de la presencia física del apostante en el desarrollo de los juegos de casinos... y así un largo etcétera de limitaciones y de prohibiciones que entran de lleno en el ámbito de las técnicas propias del Derecho Administrativo. Y en este contexto, la Unión Europea no se ha mostrado ni a favor ni en contra de la actividad del juego por vía de internet, por lo que la regulación vigente sigue siendo la nacional de los estados miembros, con todas sus peculiaridades y con sus regímenes diversos.

Baste traer a colación la renuncia hecha por la propia Unión Europea a favor del establecimiento de un régimen armónico en materia de juego, pues la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio, sobre comercio electrónico, excluye de su ámbito de aplicación los juegos de azar, loterías y apuestas que impliquen una participación con valor monetario. Ante esta renuncia a una regulación coherente, armónica y uniforme en el seno de la Unión, a nadie debe sorprender que los prestadores de servicios de casinos por vía de internet recurran a los paraísos fiscales donde la legislación no lo prohíbe expresamente y donde no existe la obligación de pagar tributos por el desarrollo de dicha actividad. Pero sobre este aspecto volveremos más adelante.

Por lo que a España se refiere, la legislación vigente que regula los casinos de juego establece unas obligaciones muy concretas que son incumplidas por los casinos por vía de internet, básicamente porque a los casinos se les requiere disponer de una licencia y de un local abierto al público, exigencia ésta última de difícil cumplimiento por parte de los prestadores del servicio de juego de casinos por vía de internet. Y ello sin tener en cuenta que al regularse la relación detallada de juegos, la normativa española no ha previsto –por razones obvias, al tratarse de una normativa que data de 1979– la existencia

de los casinos por vía de internet, con lo que debe entenderse prohibida. Por otro lado, las propias Comunidades Autónomas, que han asumido competencias en relación a esta materia, hasta ahora tampoco han concedido ninguna autorización a nivel autonómico para prestar un servicio de casino por vía de internet, por lo que podemos concluir que existe en España una clara situación de ilegalidad –en tanto las actividades de juego por vía de internet se desarrollan sin cobertura normativa alguna–, ilegalidad –en tanto la norma vigente no incluye el juego por vía de internet y debe pues entenderse prohibido– y de permisividad absoluta –en tanto nadie puede frenar los avances de la tecnología que, en este campo, va muy por delante de la propia legislación–.

2. El rol de los denominados “paraísos fiscales” en el desarrollo de las actividades de juego por vía de internet.

El carácter restrictivo de las legislaciones nacionales de la mayoría de los países desarrollados tiene una excepción: los paraísos fiscales. Y la razón es bien sencilla de entender: al ser la extraterritorialidad una de las características de internet, existe una gran dificultad para asociar una actividad de esta naturaleza a una situación física concreta, lo que abre la puerta a la posibilidad de jugar en un casino por vía de internet cuyos servidores se hallan cientos o a miles de kilómetros del jugador. Y a ello deben aparejarse los problemas de determinación del régimen fiscal aplicable, del régimen jurídico aplicable al tipo de transacción y la determinación de la jurisdicción competente para dilucidar los conflictos de intereses y litigios que se generen en este ámbito, cuestiones todas ellas que ante la dificultad de determinarse a priori abren una puerta al establecimiento de este tipo de actividades.

Respecto al tema de la jurisdicción competente –vital para determinar la ley aplicable–, el problema estriba en establecer cual debe ser la jurisdicción que enjuicie y sancione los delitos que tienen su origen en un país pero cuyos efectos se causan en otro. Y en este sentido, refiriéndonos sólo a la legislación española, el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos cometidos en territorio español.

3. Una breve referencia los juegos por vía SMS.

Los concursos y juegos a través del teléfono móvil y mediante mensajes cortos del tipo Sms han proliferado y crecido en los últimos años de forma paralela al desarrollo de la telefonía móvil. Parte del éxito estriba en la facilidad de su uso

y en la accesibilidad casi masiva al móvil. Su funcionamiento es sencillo: el usuario envía un mensaje corto con el alias de la promoción creada y la respuesta o código a un número corto, recibiendo un Sms de agradecimiento de manera inmediata al número indicado por el organizador del juego. En todo caso, las legislaciones nacionales deben garantizar unos mínimos derechos y garantías a los usuarios de estos servicios que no siempre se dan. Y el más importante de estos derechos que debe garantizarse es el de que el jugador conozca de antemano el coste de la llamada, siendo obligatorio para el promotor del concurso o juego el procurar que los clientes tengan conocimiento de ello. A esta exigencia deben dirigirse las legislaciones con el sólo objetivo de evitar los posibles abusos que puedan producirse en un servicio de fácil y masivo acceso, así como a establecer medidas de protección de cara al uso cada vez más frecuente de este tipo de servicios por personas “vulnerables” como puedan ser los adolescentes.

4. Incidencia de la legislación sobre protección de datos.

No quedaría completo este breve análisis si no mencionáramos la normativa actual que rige en España en relación a la protección de los datos de carácter personal, en concreto establecida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como las diferentes leyes autonómicas al respecto. Esta ley regula el tratamiento de los datos personales, tanto en lo que se refiere a qué datos se pueden solicitar, como al uso y al archivo que se hace de los mismos. Datos que comúnmente se solicitan cuando hay transacciones económicas o en el caso de los juegos a distancia. Esta legislación, aunque novedosa, incide de lleno en el juego por vía de internet y puede suponer una nueva brecha abierta en el terreno del derecho a la intimidad de las personas. Habrá que estar muy alerta en los próximos años al desarrollo de esta normativa, a la aplicación que de la misma hacen los poderes públicos y a su incidencia en el ámbito del juego por vía de internet.

5. Conclusiones y perspectivas futuras.

De cuanto hemos expuesto en este artículo a nadie se le escapa la evidente expansión y aceptación que tiene a estas alturas el juego por vía internet y por vía de mensajes sms. Ante el desarrollo de estas formas de juego sólo caben a nuestro entender tres opciones: o caminamos hacia una regulación internacional, o nos basamos en una regulación nacional –siempre limitada y amparada en el principio de territorialidad– o nos mantenemos en la más pura

permisividad y, por tanto, damos carta de naturaleza a la actual situación de alegalidad / ilegalidad- en que nos encontramos.

La primera opción -establecer una regulación internacional- sería la solución ideal, óptima, pero a su vez es la más compleja de canalizar de todas. El primer problema que se plantea es el de la forma jurídica que habría que dar a esta regulación jurídica [tratado internacional, convenio, protocolo...] y el segundo problema es el de determinar bajo qué cobertura organizativa se podrían canalizar los complejos, densos y largos trabajos de elaboración y aprobación de una regulación supranacional que, no lo olvidemos, toparía con las posiciones y los intereses entre los diferentes Estados [¿se podrían canalizar los trabajos legislativos a través de una organización internacional concreta? ¿Cuál? o bien ¿podríamos optar por la convocatoria de una conferencia internacional?]. A alguien le podría parecer que esta primera solución es, si más no extravagante, por no decir inviable. Pero ¿Y si pensamos que ésta ha sido la vía seguida en algunos ámbitos materiales de actuación que durante décadas se han considerado estrictamente de derecho nacional? Baste pensar en una materia como el medio ambiente que ha pasado de ser un ámbito objeto de regulación estrictamente nacional a ser uno sobre los que incide plenamente la legislación supranacional -baste citar el Convenio de Kyoto-.

La segunda opción -seguir apostando por una regulación estrictamente nacional- nos lleva necesariamente a plantearnos el problema de la territorialidad de las normas jurídicas que, aunque es un principio puesto en duda últimamente en algunos ámbitos, sigue siendo la base que rige la aplicación efectiva de las normas jurídicas. No nos extenderemos en este apartado porque creemos que ha quedado claro el escenario normativo en el que actualmente nos estamos moviendo a nivel de España en materia de juego. En este sentido, baste apuntar que la apuesta por una legislación "nacional" debe ampliarse al ámbito de la Unión Europea. Es del todo insuficiente a estas alturas una regulación exclusivamente nacional sobre el juego -española, francesa, italiana...- en sus diversas formas que esté de espaldas a la nueva realidad económica que supone la Europa de los 25.

El esfuerzo legislativo de la Unión Europea ha de dirigirse a la armonización de las legislaciones nacionales y a la búsqueda de una regulación de las nuevas formas de juego que representa internet y sms. El tema no ha sido abordado todavía en toda su magnitud por las instituciones europeas que, por otro lado, se limitaron a excluir de la Directiva sobre comercio electrónico el mercado del juego y pensamos que con el objeto de encarar un marco normativo autónomo

y específico. En cualquier caso entendemos que la legislación nacional existente debe superar –que no arrinconar– el viejo concepto de una normativa intervencionista sobre el mercado del juego, normativa que se ha basado tradicionalmente en tres ejes: la fijación de un régimen de control administrativo fundamentado en un complejo sistema de autorizaciones, licencias, permisos e inspecciones; la determinación de un aparato administrativo coercitivo–sancionador que en muchos casos es ineficaz y el establecimiento de un régimen tributario específico. La revisión de la legislación nacional debe ir a nuestro entender en una dirección de moderada liberalización y de adecuado enfoque y reconocimiento de las nuevas formas de juego, teniendo en cuenta que la existencia de alguna modalidad de juego por vía internet que se ubique en el extranjero no excluye necesariamente la aplicación de la ley nacional.

Finalmente, la opción que creemos menos práctica es la de la mera permisividad basada en una situación de, si no ilegalidad manifiesta, sí de alegalidad. Y creemos que esta opción no es la más adecuada si queremos conseguir un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el ejercicio libre de una actividad empresarial. La ausencia de una regulación específica sobre el juego por vía de internet o sms en España –y en muchos otros países– facilita la existencia de actividades si más no de dudosa legitimidad y abre la vía –ya extendida actualmente– a que el principio de extraterritorialidad inherente a internet encuentre en el ámbito del juego su máxima expresión. Ello no es negativo y ninguna legislación por estricta que sea puede oponerse o impedir el avance tecnológico, pero sí que es obligación del legislador velar por los derechos de los usuarios y consumidores y garantizar la seguridad jurídica en las transacciones y operaciones que se efectúan por internet.

“Abogados & Asesores”, Barcelona.