



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

**EL FENÓMENO DEL GAMING Y LOS E-SPORTS EN CHILE: IMPORTANCIA Y
JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA PARA UNA REGULACIÓN AD-HOC**

Investigación para optar al grado de Magíster en Derecho LLM, Mención en Derecho Regulatorio

Nombre del Profesor Guía: Jaime Jara Schnettler

Nombre del alumno Investigador: Pablo González Mellafe

Santiago, 03 de Octubre, 2022.

A mi madre, Edith Mellafe, quien con cariño infinito me ha acompañado siempre, sin dudarlo.
A mi primo Jürgen Uhlmann, quien como un hermano me aconseja en lo personal y profesional.
Y a mi familia, el pilar más importante de mi vida.

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	6
II.	TEORÍA DE LA REGULACIÓN: NOCIONES FUNDAMENTALES EN LA MATERIA	10
1.	Derecho Regulatorio y Títulos de Intervención	10
2.	Concepto de Regular	14
III.	EL FENÓMENO DEL <i>GAMING</i> Y LOS <i>E-SPORTS</i>	16
1.	<i>Gaming</i> y Videojuegos	16
2.	<i>E-Sports</i>	21
IV.	LA REGULACIÓN ACTUAL DEL <i>GAMING</i> Y LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LOS <i>E-SPORTS</i> EN CHILE	26
1.	El Mercado de los Videojuegos en Chile	27
2.	La Actual Regulación del <i>Gaming</i> en Chile	29
3.	La (Casi) Inexistente Regulación de los <i>E-Sports</i> en Chile	32
V.	PROBLEMAS ASOCIADOS A LA FALTA DE REGULACIÓN EN EL MERCADO CHILENO	36
1.	La Falta de una Adecuada Protección a Menores de Edad	37
2.	El Problema de las Microtransacciones	38
3.	La Falta de Reglas Claras de Protección a los Consumidores y los Datos Personales	43
4.	El Doping en las Competencias:	44
5.	La Inexistencia de un Mecanismo Específico de Protección y Fomento a los Actores del Mercado:	45

6.	Los Problemas de Contratación Laboral:.....	46
7.	Los Problemas de Libre Competencia	46
VI.	LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	47
1.	China.....	47
2.	Corea del Sur.....	48
3.	Francia.....	49
4.	Principado de Andorra	51
5.	Otros casos de regulación normativa	53
6.	Algunos casos de debate normativo/legislativo	54
7.	Una Necesaria Mención a la Regulación Internacional en Materia de Calificación	55
VII.	PROPUESTA REGULATORIA PARA CHILE: UNA REVISIÓN A LA LUZ DE LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN.....	56
1.	Los Títulos de Intervención para la Regulación del <i>Gaming</i> y de los <i>E-Sports</i> en Chile..	56
1.1.	Títulos de Intervención Asociados a la Protección de Menores.....	58
1.2.	La Salud como Título de Intervención	60
1.3.	Igualdad de Trato Económico como Título de Intervención.	61
1.4.	La Fiscalidad como Título de Intervención	61
2.	Propuesta Regulatoria	62
2.1.	Vía Regulatoria Legal.....	62
2.2.	El Ente Regulador.....	63
2.3.	Las Formas y Técnicas de Intervención	66
2.4.	Finalmente: ¿Es momento de regular?	68
VIII.	CONCLUSIONES.....	70
IX.	Bibliografía	72
X.	Normas y Otros Instrumentos Citados	74

JURISPRUDENCIA CITADA	75
------------------------------------	-----------

I. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La revolución digital es probablemente el mayor avance y cambio tecnológico que ha experimentado la humanidad en los últimos 100 años. Desde la llegada de internet en la última parte del siglo XX, hasta el día de hoy, las plataformas digitales han tenido cada vez más impacto en el día a día del ciudadano corriente. Tal impacto, debería ser fácilmente apreciable para el lector, quien, con seguridad, dentro de las últimas 24 horas ha hecho uso de tales plataformas, ya sea interactuando a través de alguna red social, revisando su casilla de correo electrónico o, sencillamente, navegando en internet a través de un computador o en su *smart phone*.

Esta situación es de impacto mundial y puede ser enmarcada dentro del fenómeno denominado globalización. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, el regulador chileno no ha puesto la suficiente y esperada atención a estas materias, a tal punto que, existiendo terreno fértil para legislar y otorgar un marco regulatorio a los entornos digitales, pareciera que estos temas han quedado relegados a últimos lugares en la agenda político/legislativa, a propuestas técnicamente insuficientes o, derechamente, a presentaciones de proyectos de ley (“PDL”) de últimos días de que fuera el Gobierno de turno.¹

En efecto, desde la perspectiva de la regulación digital general, recién el año 2021 se presentaron a tramitación legislativa 2 PDL, esto es (i) el Boletín N° 14561-19, que contiene el PDL que regula las plataformas digitales (“PDL de Plataformas Digitales”), presentado a tramitación el 1 de septiembre de 2021 por iniciativa de un grupo de senadores; y, el (ii) Boletín N° 14785-24, que contiene el PDL que regula la difusión de contenidos, información y servicios en plataformas digitales y redes sociales (“PDL de Difusión en Plataformas Digitales”), el 21 de diciembre de 2021, por iniciativa de un grupo de diputados. Sin perjuicio de las autoproclamadas generales y altas pretensiones que tienen ambos PDL, hoy en primer trámite constitucional, lo cierto es que ambos quedan al debe, dejando una gran cantidad de temas fuera de su pretendido marco regulatorio y abordando con escueta profundidad o con escaso sentido de realidad los pocos temas que abarcan. A lo anterior se debe agregar que estos proyectos también reflejan una importante

¹ Probablemente, la excepción a esta situación la constituya la regulación digital del Estado, la cual se encuentra siendo actualmente impulsada no solo por políticas públicas de la División de Gobierno Digital del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, sino también a través de la Ley N° 21.180, sobre transformación digital del Estado.

falta de claridad a la hora de definir la atribución de potestades y competencias a las autoridades; la inadecuada determinación de los tipos infraccionales contenidos en ellos; y, la exagerada intensidad que en materia de transparencia y toma de decisiones se pretende exigir a los operadores de plataformas digitales. Por todos estos motivos, es de esperar que los mismos no prosperen, salvo que se efectúen importantes modificaciones durante su tramitación legislativa.

Por su parte, desde una perspectiva más particular o sectorial encontramos diversas sub-materias digitales cuya regulación se ha pretendido por la vía de Mensajes presidenciales, las cuales se encuentran dotadas de un contenido técnico y de un sentido de la realidad bastante más elevado que las iniciativas de regulación digital general, pero respecto de las cuales también ha existido poca voluntad política en su iniciativa o poca celeridad en su tramitación legislativa. Es el caso, por ejemplo, del PDL contenido en el Boletín N° 11144-07, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (“PDL de Datos Personales”); o (ii) de lo que ocurre en temas de ciberseguridad donde recién el día 10 de marzo de 2022, en el último día del segundo periodo presidencial del ex Presidente de la República Sebastián Piñera, se presentó el PDL que establece una ley marco sobre ciberseguridad e infraestructura crítica de la información (“PDL de Ciberseguridad”), contenido en el Boletín N° 14847-06; o (iii) con el PDL contenido en el Boletín N° 14838-03, que regula el desarrollo de plataformas de apuestas en línea (“PDL de Apuestas en Línea”), presentado recién el 07 de marzo de 2022 por el Gobierno anterior.

Pese a la crítica anterior, es posible al menos destacar que de alguna manera, tanto el legislador (por la vía de Mensajes y Mociones), como el regulador administrativo (por la vía decisonal y de políticas públicas) han intentado regular estas materias que tienen al menos las siguientes notas en común: (i) Se desenvuelven entornos digitales; (ii) las plataformas digitales relacionadas son administradas por terceros; y, (iii) cuentan con bienes jurídicos protegidos comunes, como son la intimidad, la vida privada y el resguardo de menores²

Sin embargo, existe todo un mercado de la economía digital donde el regulador prácticamente no ha puesto atención, pese a compartir los bienes jurídicos protegidos con las materias antes mencionadas, así como también contar con sus propias notas que lo hacen digno de una regulación

² Asimismo, también cuentan con bienes jurídicos protegidos específicos para cada una de ellas.

efectiva, suficiente y actualizada: Se trata del mercado de los videojuegos, también conocido como el mercado del *gaming* y especialmente su vertiente de especialización y profesionalización mediante el fenómeno de los *e-Sports*, es decir, los llamados deportes electrónicos.

Actualmente, en Chile la regulación del *gaming* es precaria, constituida exclusivamente por la Ley N° 20.756, que regula la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de 18 años y exige control parental a consolas (“Ley de Videojuegos”), introduciendo una insuficiente regulación en materia de venta física de videojuegos y otras modificaciones menores en materias de calificación de videojuegos, otorgándose potestades, casi por descarte o de manera residual, al Consejo de Calificación Cinematográfica (“CCC”) para efectos de calificar el nivel de violencia de los videojuegos. Por su parte, la regulación de los *e-Sports* es derechamente inexistente, excepto por un alcance tributario.

Así, es evidente que a nivel de autoridades no se ha puesto la atención suficiente al mercado del *gaming* y en particular de los *e-Sports*, pese a las distintas problemáticas que saltan a la vista. En efecto, la Ley de Videojuegos da cuenta como el legislador ha entendido que en materia de videojuegos existen temas relevantes asociados a la protección de menores. Sin embargo, el desarrollo legislativo de esta norma ha sido superficial y (hoy) se encuentra notoriamente desactualizado. Así, desde la perspectiva de los videojuegos en general, no se explica, por ejemplo, que la Ley de Videojuegos regule cuestiones asociadas a la venta de videojuegos a menores de edad, pero que no se haga cargo de cuestiones que impactan aun con mayor intensidad aun a dichos menores, como ocurre con la venta de videojuegos *online*, y, muy especialmente, con la venta de productos virtuales mediante microtransacciones propias de cada videojuego, bajo la modalidad de *loot*³ o *gacha*⁴, que no son otra cosa que una suerte de juego de azar disfrazado, es decir, una forma de *gambling* velada, en las que participan menores.

³ La expresión *loot* hace referencia a las *loot boxes* o cajas de recompensa, que consisten en “cofres”, “sobres” o “cajas”, todos ellos virtuales, que vienen cargados de recompensas aleatorias, en donde los “ítems” u objetos virtuales de mayor valor dentro del respectivo videojuego, tienen, normalmente un menor probabilidad de aparición (normalmente muy menor) en el *loot*. Para acceder a la *loot box* normalmente se exige un pago en dinero real, no virtual, mediante el uso de una tarjeta de crédito.

⁴ La expresión *gacha* es un abreviado de la expresión japonesa *gachapon* o *gashapon* (típicas máquinas expendedoras de juguetes en centros comerciales), y los videojuegos que utilizan esta modalidad ponen a disposición de los videojugadores la posibilidad de comprar una especie de moneda virtual interna del videojuego que típicamente adquiere la forma de “diamantes”, “fichas” o “tickets”, los cuales pueden ser intercambiados por artículos virtuales propios del videojuego, mediante una especie de maquina o mecanismo de azar (como dados, jalar una palanca, una ruleta virtual, etc.), en donde existe una baja tasa de obtención de los objetos más valiosos dentro del videojuego.

Por su parte, desde la perspectiva de los *e-Sports*, considerando la existencia de un mercado que funciona de manera similar (si no idéntica) a la de deportes tradicionales como el fútbol o el basquetbol (jugadores, clubes, *coaches*, sponsors o auspiciadores, etc.), y el desarrollo que han tenido las competencias de videojuegos durante los últimos años, es difícil explicar que actualmente el regulador no se interese en dotar de un esquema de protección y fomento a quienes integran el mercado de los deportes electrónicos, regulando cuestiones tan esenciales, como las apuestas involucradas, la contratación de menores, el *doping*, y el esquema de competencia y participación que puede existir entre clubes.

El inexistente enfoque en estas materias por parte del Estado se debe con alta probabilidad a la falta de conocimiento del entorno de los videojuegos por quienes detentan cargos de autoridad, especialmente considerando la evolución que estos han tenido dentro de los últimos 10 años, siendo un fenómeno completamente distinto al que originalmente se concibió. Esta brecha de conocimiento de la realidad actual es la que ha implicado un desinterés del regulador por el mercado del *gaming* no obstante si mostrar interés en otros mercados con problemas similares (las plataformas digitales en general; casinos online; los deportes, entre otros).

Con este contexto a la vista, la presente investigación tiene por objeto evidenciar la existencia de motivos regulatorios que hacen aconsejable y necesario regular de manera más intensiva el *gaming* y dotar a los *e-Sports* de una regulación que hoy no existe. Para lo anterior, se evidenciará que, desde la perspectiva de la regulación, existen títulos de intervención suficientes para dotar al mercado de un marco regulatorio, estando el problema en la falta de formas y técnicas de intervención.

Como se ha dicho “[l]o que está en juego aquí es la seguridad jurídica, ya que en un contexto sociocultural en el que gran parte de las relaciones contractuales se conciertan a través de medios electrónicos, **no deberían existir dudas respecto del marco regulatorio aplicable a dichas relaciones. Y para que no existan dudas, la regulación – al menos en términos generales – debería surgir en forma expresa de la ley**”⁵. En esto radica entonces la importancia de esta investigación.

⁵ DARIO (2020) p.12

II. TEORÍA DE LA REGULACIÓN: NOCIONES FUNDAMENTALES EN LA MATERIA

1. DERECHO REGULATORIO Y TÍTULOS DE INTERVENCIÓN

Como bien ha relevado Esteve Pardo “[n]o es en absoluto fácil delimitar y caracterizar esa que damos en llamar actividad de regulación, y mucho menos el inicio mismo de nuestra aproximación al Derecho regulatorio.”⁶. Si bien, el derecho regulatorio no admite una definición estática ni común, pues su sentido y alcance puede variar de manera ostensible dependiendo del lugar y momento histórico, sí existen ciertos mínimos que configuran su contenido y consecuencias al menos estructurales. A estos aspectos nos referimos en esta sección.

En la práctica, existe una falacia respecto del contenido y alcance del derecho regulatorio. Comúnmente, se le suele identificar con el derecho administrativo en un sentido puro y duro, es decir, como algo vinculado de manera exclusiva y excluyente a la acción de la Administración del Estado y su relación con los Administrados, bajo la nomenclatura de “Derecho Administrativo Económico”. **Sin embargo, esta restrictiva visión tiene 2 problemas: Por un lado, no se condice con la realidad económica y, por otro lado, no se condice con la realidad de la actividad Estatal.**

- (i) **El primer problema lo aborda bastante bien FELIPE AZOCAR**, quien, con razón ha afirmado que, “[s]uele situarse al derecho regulatorio dentro de lo que es el derecho público y exclusivamente en el derecho administrativo, pero persistir en esa idea sería perpetrar un error. Aquel, por todos los factores que involucra, no puede ser encasillado en una u otra rama del derecho (...). En efecto, **dentro de dicha disciplina podemos encontrar cuestiones referidas al derecho constitucional, administrativo, económico, tributario, civil, procesal, ambiental e inclusive penal, todas interconectadas entre sí**, lo que obliga muchas veces a abogados y juristas a recurrir de una disposición a otra, pero el sello de esta materia se encuentra en lo que se conoce en Chile como orden público económico”⁷. Así, el derecho regulatorio,

⁶ESTEVE (2021) p.31.

⁷CASTRO (2019) pp.36-37.

también denominado derecho administrativo económico, no es derecho administrativo *strictu sensu*, pues si bien sus ribetes más notorios y relevantes forman parte de dicha rama del derecho público, no lo hacen de manera exclusiva y excluyente.

- (ii) **Del segundo problema se hace cargo VERGARA BLANCO**, quien nos recuerda que cuando hablamos de derecho regulatorio o de regulación no nos referimos solamente a la actividad regulatoria de los órganos de la Administración (ejercicio de atribuciones normativas; actividades de ordenación; prestacionales; de fomento; de fiscalización y sanción, etc.), afirmando que **“la primera forma de intervención la encontramos en la provisión de un ordenamiento legal básico** para establecer el marco de desarrollo(...)”⁸ de la actividad regulada. En tal sentido, para el mencionado autor en el derecho regulatorio existe como “común denominador la necesidad de una intervención Estatal como factor <<regulatorio>>, entendiendo por tal como el conjunto variado de mecanismos de los que viene provisto el Estado en su conjunto – contenido entre las potestades legislativa y ejecutiva, inclusive la judicial-.”⁹De esta manera, y haciendo la prevención de que la expresión “inclusive la judicial” da cuenta de su consideración forzada en el análisis, es posible sostener que el derecho regulatorio admite conceptualmente la actividad estatal legislativa y (no exclusivamente) administrativa.

Así, y como consecuencia lógica de la consagración del principio de legalidad, contenido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República (“CPR”), **no se entiende la existencia de potestades regulatorias, (de la Administración) sin la previa existencia de un marco regulatorio (otorgado por el legislador)**. En este sentido también se ha manifestado CASTRO indicando que el derecho regulatorio “[c]onstituye una de las facultades del Estado administrador, lo que es de toda obviedad pues no solo en la práctica el legislador establece regulaciones a través de leyes en sentido estricto, sino que también los órganos que forman parte del Poder Ejecutivo ejercen esta prerrogativa a través de normas de menor jerarquía (...)”¹⁰.

⁸ VERGARA (2018) p.23.

⁹ VERGARA (2018) p.27.

¹⁰ CASTRO, (2019) p.42.

Para una mejor comprensión de lo recién indicado, se hace necesario recurrir a la terminología utilizada por VILLAR EZCURRA¹¹ en su obra “Derecho Administrativo Especial, Administración Pública y Actividad de los Particulares”. En esta verdadera obra epigonal sobre la intervención estatal, el autor distingue entre títulos de intervención, formas de intervención y técnicas de intervención en el siguiente sentido:

- (i) **Títulos de intervención:** Expresión que “**alude a la justificación jurídica (es decir, el por qué) de la actividad administrativa (...)** La Administración pública actúa mediante el ejercicio de potestades previamente atribuidas por una norma de rango suficiente y en esto reside la justificación o el por qué de su actuación”¹². Bajo este prisma, y siguiendo el principio de cobertura constitucional, de ordinario es la CPR la que establece los ámbitos en los que se requiere de la presencia de actuación pública, más no los mecanismos específicos. De esta manera, y especialmente en un sistema como el nuestro, es preciso afirmar que los títulos de intervención encuentran su fundamento a nivel constitucional. Con todo, se debe efectuar la precisión ya puntualizada por CASSAGNE, en orden a no caer en la relativización constitucional. Así, el mencionado autor nos recuerda que “muchos sostienen hoy – conforme a la doctrina alemana – que el Derecho Administrativo constituye un Derecho Constitucional concretizado, lo que nos parece una generalización excesiva (...)”¹³. De acuerdo estoy con la opinión recién citada, pues entender lo contrario nos llevaría a la tautología de que toda norma legal sería también derecho constitucional, por encontrar su matriz en la Carta Fundamental, cuestión que no resiste mayor análisis. Lo anterior, es sin perjuicio de que la norma constitucional (no todas), servirá de base habilitante y justificativa de la intervención de la Administración, sin perjuicio de que el título de intervención muchas veces puede estar aún más especificado en la norma legal, en atención a la generalidad de las disposiciones constitucionales.
- (ii) **Formas de intervención:** con esta expresión se busca responder al “**como interviene la Administración atendiendo a la finalidad que en cada caso se determine por la legislación que desarrolle la Constitución**”¹⁴. Sobre este punto, el mencionado autor

¹¹ VILLAR, (1999) pp. 17-41.

¹² VILLAR (1999) p.24.

¹³ CASSAGNE (2015) p. 17.

¹⁴ VILLAR (1999) p.25.

pone de manifiesto que las finalidades de la intervención corresponde fijarlas al legislador, de tal manera que la Administración del Estado actúa “en una posición de absoluta sumisión a la ley y por ello no tiene más papel que el que se le asigna en un guión diseñado y escrito por el legislador”¹⁵, **esto es, el marco regulatorio**. En tal sentido, el marco regulatorio establecerá las formas de intervención, las cuales, siguiendo la clasificación de FONTANET se traducen en el ordenamiento jurídico chileno en (a) la actividad de policía; (b) la actividad de fomento; (c) la actividad de prestación o servicio público; (d) la actividad de gestión económica o de producción de bienes y servicios; y (e) la actividad de planificación y programación.¹⁶

- (iii) **Técnicas de Intervención:** Dicen relación con “**el cómo interviene la Administración, pero atendiendo a los medios que se utilicen y cuya determinación corresponderá, también, a la legislación que desarrolle la constitución**”.¹⁷ De esta manera, las técnicas de intervención son el mecanismo específico y concreto por el cual se desarrollan las formas de intervención antes mencionadas, amparadas en la justificación de los títulos de intervención. Tales técnicas de intervención han de ser encuadradas en las respectivas formas de intervención. Una muestra general de las distintas clasificaciones de las técnicas de intervención que proponen algunos autores (GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTA MARÍA PASTOR, MOREL OCAÑA y VILLAR EZCURRA) ha sido sintetizada por CORDERO VEGA, destacando, nuevamente, la de VILLAR EZCURRA, quien distingue entre (a.1) regulaciones¹⁸; (a.2) prohibiciones y obligaciones; (a.3) certificaciones y verificaciones; (a.4) autorizaciones; y, (a.5) sanciones.¹⁹

En esta línea, es posible hablar de derecho regulatorio, en el sentido de “forma de intervención” y de derecho regulatorio entendido como “técnica de intervención”. La primera acepción entendida como marco regulatorio, en tanto que la segunda es indicativa de potestades públicas (actividad o técnica de regulación) previamente atribuidas por las formas de intervención manifestadas en el marco regulatorio. Sin perjuicio de ello, es necesario hacer presente que no toda

¹⁵VILLAR (1999) p.29.

¹⁶FONTANET (2018) pp. 25-30.

¹⁷VILLAR (1999) p.25.

¹⁸Veremos que el concepto de regulación que propone Villar Ezcurra coincide con el propuesto en este trabajo.

¹⁹CORDERO (2016) p.130.

norma legal será parte del derecho regulatorio, sino que estas requieren ir dirigidas a otorgar potestades regulatorias a la Administración, para efectos de intervenir de manera más o menos intensiva en el mercado, pues el derecho regulatorio “no obedece únicamente a la dación de normas por el legislador sin la más mínima intervención de los órganos administrativos”.²⁰

Pues bien, así las cosas, en este trabajo se demostrará que actualmente existen títulos de intervención suficientes para justificar la regulación del *gaming* y los *e-Sports*, de tal manera que el Estado pueda desplegar su actuar en el referido mercado, existiendo, sin embargo, un sensible vacío en lo relativo a las técnicas y formas de intervención, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico no se han reconocido formas y técnicas de intervención que doten de un marco regulatorio y de potestades regulatorias, respectivamente a la Administración del Estado. Tales ausencias regulatorias hacen indispensable una regulación *ad-hoc*, según se explicará más adelante.

2. CONCEPTO DE REGULAR

Entendido, entonces, que el derecho regulatorio es un derecho moldeable y variable dependiendo del momento y del sector de la economía regulada, comprensivo de distintas ramas del derecho, aunque con un elemento común de derecho público, donde el regulador es, por un lado, el legislador y, por otro lado, la Administración dotada de potestades regulatorias previamente concebidas a nivel legal/constitucional, el paso siguiente es delimitar que es lo que entendemos por “regular”, como respuesta del Estado frente a la existencia de determinadas actividades económicas.

Así, se ha dicho que la regulación es “el sometimiento de determinadas actividades económicas desarrolladas por los particulares (principalmente industriales y mercantiles) a una normativa jurídica especial, vale decir, de carácter técnico”.²¹ Una noción bastante interesante la encontramos en FERNANDOIS, quien sostiene que **regular es “promover, proteger, controlar y restringir con apropiada consideración del bienestar de aquellos que están inmediatamente interesados, y del público general”**.²² De la visión de este autor destaco especialmente la consideración a la “protección” como una arista relevante de la regulación, la cual debe permitir resguardar el bienestar de los Administrados. Tal protección encontrará su justificación, según se ha dicho, en

²⁰ VERGARA (2018) p.27.

²¹ CELIS, Gabriel (2016), p.16..

²² FERNANDOIS (2013) p. 47.

los títulos de intervención. Esto no es menor, pues nos permite afirmar que la regulación puede efectuarse no solo frente a la existencia de intereses privados envueltos en los mercados que son objeto específico de regulación, sino también en beneficio del bienestar general, del bien común, sin que necesariamente haya que atender a intereses particulares en concreto.

En esta línea, según se demostrará en las próximas páginas, debida regulación del *gaming* y de los *e-Sports*, obedece no solo a la necesidad de otorgar seguridad jurídica a quienes se encuentran involucrados en dicho ecosistema, sino también (y principalmente) al resguardo del bien común, materializado en **la protección de menores, la salud y el fomento de la actividad económica y la fiscalidad como títulos de intervención.**

Otra cosa es la intensidad regulatoria con la que obre el Estado, primero a través de la ley atributiva de potestades (formas de intervención) y luego a través de los órganos de la Administración a quienes se les haya otorgado las referidas potestades (técnicas de intervención). Así, existen actividades o mercados que son objeto de una regulación intensiva, y que en general corresponden a ciertos sectores estratégicos de la economía, como es el caso del mercado eléctrico, la industria del gas, los servicios sanitarios de agua potable, el mercado financiero, el mercado de las telecomunicaciones, entre otros casos en los cuales el legislador ha otorgado un marco regulatorio que limita en gran parte la libertad de actuación de los privados, mediante la fijación de tarifas y el establecimiento de procedimientos (normalmente administrativos) habilitantes para desplegar ciertas conductas o acciones, dotando además a la Administración del Estado de una serie de atribuciones (no solo decisorias) que articulan estos sectores de la economía. A estos mercados de regulación intensiva los denominaremos “Mercados Regulados”.

Frente a esta situación, surge la necesaria pregunta: **¿toda actividad, mercado, industria o circunstancia objeto de regulación pasa a convertirse necesariamente en un Mercado Regulado? La respuesta es negativa. El punto de quiebre está, en mi opinión, en la intensidad regulatoria de la acción Estatal.** En efecto, si el mercado objeto de regulación es intervenido de manera intensiva, como es el caso de los antes mencionados ejemplos, nos encontraremos frente a un Mercado Regulado. Sin embargo, existen una serie de normas regulatorias que recaen sobre ciertos mercados, actividades o sub-mercados en los cuales los privados, los sujetos regulados, cuentan una mayor libertad de actuación, sin perjuicio de someterse al contenido de ciertas técnicas de intervención de la actividad Estatal. **A estos mercados los denominaremos “Mercados Semi-**

Regulados” y también forman parte del análisis regulatorio del derecho. “[N]os encontramos con sectores en donde opera el mercado, pero que dado el interés público comprometido en ellos y la necesidad de dar resguardo o garantías a aquellos que participan en el mismo, particularmente los consumidores o usuarios, se han establecido mecanismos de intervención no solo externos, sino que afectan también las decisiones del negocio, no llegan al punto de fijar los precios o determinar las inversiones”.²³

¿Qué es lo que motiva la regulación de estos últimos? Pues, desde una perspectiva general, el título de intervención. Desde una perspectiva más próxima, la gestión de riesgos asociados a los mismos. Como bien sostiene Esteve Pardo “la actividad pública de regulación y el Derecho Regulatorio en torno a ella, se da también en otro frente que ha adquirido una gran importancia como es el de la regulación de riesgos. **Sobre todo, los riesgos asociados a la tecnología y su extraordinario desarrollo en las últimas décadas (...)**”²⁴.

En el caso de la industria tecnológica del *gaming* y de los *e-Sports* casi no existe regulación. Desde un punto de vista general, su regulación permitiría no solo que los distintos actores participen del referido mercado en condiciones económicas más claras, sino también, gestionar distintos riesgos que actualmente se encuentran a la deriva y sin gestión, pues no hay regulación que los enfrente. Así, **lo que se postula en esta tesis es que el *gaming* y los *e-Sports* deben ser regulados en el derecho nacional no con pretensiones de convertir a estas actividades en un Mercado Regulado, sino más bien con el objeto de promover un marco jurídico normativo que permita controlar los riesgos asociados y las fallas de mercado, bajo la lógica de los Mercados Semi-Regulados.** A continuación se explican las principales notas de esta industria.

III. EL FENÓMENO DEL GAMING Y LOS E-SPORTS

1. GAMING Y VIDEOJUEGOS

En nuestro medio, no existe una definición legal de videojuego, por lo cual debemos recurrir a fuentes extrajurídicas. Así, la Real Academia Española (“RAE”) los define como “[j]uego

²³CORDERO (2014) p.178.

²⁴ESTEVE (2021) pp.25-26.

electrónico que se visualiza en una pantalla” y en su segunda acepción también como “[d]ispositivo electrónico que permite, mediante mandos apropiados, simular juegos en las pantallas de un televisor, una computadora u otro dispositivo electrónico.”. Por su parte, a nivel doctrinario, se les ha definido de manera sintética como “un juego que jugamos mediante un aparato audiovisual y que puede estar basado en una historia”²⁵ (traducción libre) o de manera más extensa y descriptiva como “un juego electrónico en el que una o más personas interactúan. Su interfaz es por medio de una pantalla, de ahí su nombre, “videojuego”, el cual ha ido evolucionando gracias al avance de las tecnologías, alcanzando mayor complejidad y robustez. Puede implementarse en una o más plataformas, como una computadora, una consola, un dispositivo portátil (un teléfono móvil, tableta), arcade (máquinas de videojuegos adaptadas para locales públicos), etc.”²⁶.

Considerando los distintos elementos y características de los videojuegos, pareciera que una definición adecuada de videojuegos sería comprenderlos como **aquellos juegos que, utilizando dispositivos de carácter electrónico pueden, en función de su software, ser más o menos complejos, pudiendo ser visualizados y reproducidos, con la tecnología adecuada, en una pantalla y/o plataforma de carácter digital, y que permiten a quienes los operan, interactuar de manera individual o colectiva. En esto consisten los videojuegos, y el *gaming* es la acción y efecto de jugarlos.**

En este orden de ideas, los videojuegos como los conocemos hoy son radicalmente distintos a lo que fueron en sus humildes y sencillos orígenes. En efecto, si bien se ha discutido respecto a cuál fue exactamente el primer videojuego, existe cierto consenso en que “se puede considerar como primer videojuego el Nought and crosses, también llamado OXO, desarrollado por Alexander S. Douglas en 1952”²⁷, que no es otra cosa que el conocido “tres en raya” o “gato” que tradicionalmente se juega en papel en una cuadrícula de 3 por 3. También, en los orígenes de los videojuegos se encuentran creaciones como *Tennis for Two* (1958) y *Spacewar* (1962). Obras como estas podrían considerarse completamente obsoletas si se las compara con los actuales videojuegos, los cuales ya no requieren de presencialidad para generar competencias entre 2 o más

²⁵ ESPOSITO, N. (2005). A Short and Simple Definition of What a Videogame Is. DiGRA 2005: Changing Views: Worlds in Play, 2005 International Conference <http://summit.sfu.ca/item/258>

²⁶ Rivera Arteaga, Eduardo, & Torres Cosío, Verónica. (2018), p.3. Videojuegos y habilidades del pensamiento. RIDE. Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo, 8(16), 267-288. <https://doi.org/10.23913/ride.v8i16.341>

²⁷ SIMONE y LÓPEZ (2008) p.161.

personas y que entregan una experiencia mucho más dinámica y rica en entretenimiento, al punto de poder recrear situaciones de la vida cotidiana, o bien absolutamente fantásticas; replicar una película cinematográfica o bien constituir su propia historia original; desarrollar tal historia en un espacio virtual que replique una casa común y corriente, o bien en el cielo, el mar o el espacio, generándose una infinidad de mundos que probablemente los primeros desarrolladores de videojuegos jamás lograron dimensionar.

Sin embargo, fueron obras creativas como las que aparecieron a mediados del siglo XX las que, con una mecánica sencilla, sin internet de por medio y con pocas alternativas motrices, sentaron las bases para los actuales videojuegos, que hoy permiten a millones de personas en el mundo, mediante un control de mando o *joystick*, un teclado, un mouse o un teléfono móvil, y a través de una pantalla, replicar y controlar una infinidad de experiencias simuladas de manera digital, dando lugar a un sinnúmero de géneros de videojuegos, al punto que hoy los videojuegos, al igual que otras industrias del entretenimiento (como el cine, la música o el fútbol), cuentan con entregas de premios anuales por categoría (*The Game Awards*), donde el premio mayor se lo lleva el mejor juego del año – *Game of the Year*- o el desarrollo de campeonatos mundiales de alta competencia donde un solo campeonato de un solo videojuego puede llegar a recaudar sumas de dinero que habrían sido inimaginables hace 2 décadas.

Bajo este prisma y con el objeto de contextualizar al lector con el mercado en comento, en esta sección se enunciarán brevemente los principales géneros de videojuegos. Tal descripción, si bien no será propiamente jurídica, se estima esencial para comprender adecuadamente el objeto de este trabajo.

Así, en lo que respecta a los **géneros de videojuegos**, es relevante destacar que existen diversas clasificaciones, las cuales han sido en mayor o menor medida cristalizadas por los *publishers*, (Ubisoft, Activision, Squarenix, etc.), y/o por las compañías proveedoras de plataformas (Nintendo, Sony, Microsoft, etc.) y validadas por la prensa especializada. Así, sin perjuicio de otras clasificaciones y/o subclasificaciones, las más clásicas atienden a los siguientes criterios:

(i) **En atención a la temática del juego:**

- (i) **Acción:** Estos videojuegos, corresponden, como su nombre lo indica, a aquellos en que se la acción tiene un rol principal, desafiando la habilidad de coordinación y

reacción del jugador. Dentro de esta categoría se agrupan subgéneros, dentro de los cuales se destacan:

- **Lucha:** Algunos ejemplos clásicos son los videojuegos de la saga *Mortal Kombat* y *Street Fighter*.
- **Shooter:** En esta categoría destacan juegos de la saga *Call of Duty* o algunos clásicos como fueron *Quake* o *Medal of Honor*.

(ii) **Aventura:** Consisten en juegos que se caracterizan principalmente por la exploración y la posibilidad de resolver rompecabezas (*puzles*) y con una dinámica más centrada en el desarrollo de una historia o de la obtención de un objetivo final (una meta) que en desafiar la destreza y velocidad del jugador. En general, los subgéneros asociados, suelen coincidir con aquellos que conocemos de la industria cinematográfica o literaria, tales como terror, ciencia ficción, comedia, fantasía, etc. Algunos ejemplos son los propios de la saga *Zelda* o el más actual *Marvel's Spiderman*.

(iii) **Battle Royale:** Actualmente es el género de videojuegos en línea por antonomasia, destacándose por el hecho de que un grupo de jugadores (normalmente entre 50 a 200), ya sea de manera individual, o en equipos, son agrupados en una sala virtual que puede adoptar forma de un campo de batalla o carrera de obstáculos, por ejemplo, de manera tal que los competidores o equipos deben luchar por ser los últimos en ser eliminados. El juego de referencia ha sido el conocido *Fortnite*, sin perjuicio de otros títulos relevantes como *Call of Duty Warzone* y *Fall Guys*.

(iv) **Música y Baile:** Es una categoría relativamente moderna, que se popularizó especialmente con la quinta generación de consolas (1994). Normalmente se requieren aparatos periféricos que permiten experimentar adecuadamente la experiencia de juego, tales como guitarras, baterías y alfombras de juego.

(v) **Plataformas:** Los videojuegos de plataformas son probablemente los primeros que lograron popularizar la industria de manera explosiva y se caracterizan por el hecho de que el jugador debe avanzar en una plataforma lineal, sorteando obstáculos realizando saltos y obteniendo *ítems* u objetos que incrementan las posibilidades de triunfar en el juego, debiendo, al final de ciertas secciones o zonas del juego derrotar a ciertos jefes de zona, y, en definitiva, derrotar al jefe final del juego. Los ejemplos

más paradigmáticos de este tipo de videojuegos corresponden a Super Mario Bross, de Nintendo, Sonic, de Sega y Crash Bandicoot de Sony.

- (vi) **Juegos de Rol (“RPG”, por sus siglas en inglés):** Este género de videojuegos es obra de trasladar los clásicos juegos de rol de mesa, como *Dungeons & Dragons*, a los videojuegos. Se caracterizan por el hecho de que el jugador controla a un personaje que interpreta un rol específico, normalmente propio de los mitos, fantasías medievales, tribus históricas, entre otros, lo que da lugar a clases de personajes, los cuales a medida que avanza el juego, van subiendo de nivel (a mayor nivel, mejores atributos tiene el personaje y, en consecuencia, más oportunidades tiene de superar las etapas y obstáculos del juego).
- (vii) **Juego Libre o *Sand Box*:** Los juegos de este género se caracterizan por entregar al jugador un mayor grado de libertad en el mundo virtual, de tal manera que muchas veces el juego no tiene una meta que alcanzar, sino que su único objeto es permitir al jugador deambular por el mapa respectivo o disfrutar de una experiencia de creación libre. Ejemplos de estos son los clásicos *Sims*, los juegos de simuladores y también el videojuego más vendido de la historia: *Minecraft*.
- (ii) **En atención a la cantidad de jugadores:**
- (a) **De un solo jugador:** Como su nombre lo indica, en este género entran los videojuegos en que la experiencia está pensada para una sola persona.
- (b) **Multijugador:** Normalmente se desarrollan en modalidades de 2 o más jugadores (pueden ser de hasta 16 incluso, dependiendo del juego), sin perjuicio de ciertas excepciones en que el número podría aumentar levemente. A su vez, estos se subclasifican en:
- **Videojuegos de confrontación** (como los juegos de lucha, por ejemplo) o **cooperativos** (como los RPG o los videojuegos de plataforma), dependiendo de si implica derrotar a otro jugador o colaborar con él para efectos de ganar la partida.
 - **Videojuegos online u offline**, dependiendo de si requieren o no de conexión a internet. i en aquellos que se juegan offline.
- (c) **Multijugador Masivo Online (“MMO” por sus siglas en inglés):** En este género entran aquellos videojuegos que implican una gran cantidad de jugadores, pudiendo

llegar incluso a miles, según la capacidad del servidor en que se aloje el videojuego. En esta categoría destacan especialmente los videojuegos de *Battle Royale* y también los RPG, que cuando son de carácter masivo adquieren el nombre de MMORPG.

Este es el ecosistema propio del *gaming* y que ha servido de base para el desarrollo de los *e-Sports*, cuyo concepto y actores principales se desarrolla a continuación.

2. E-SPORTS

Como ya hemos señalado, la expresión *e-Sports*, semánticamente significa *Electronic Sports*, es decir, literalmente, deportes electrónicos. Al margen de la discusión sobre si son propiamente un deporte, como su nomenclatura pretende, los *e-Sports* son un fenómeno económico-social que surge a partir de la existencia y evolución de los videojuegos. Así, de la misma forma en que una liga y/o una competencia se desarrolla a partir de la existencia de un fenómeno deportivo, los *e-Sports* constituyen un fenómeno que no requiere necesariamente de una conceptualización jurídica para potencialmente estar sometidos a una regulación específica en el futuro.

Sin perjuicio de ello, son muchos los autores que han buscado conceptualizarlos, pudiendo agruparse las siguientes posturas:

- (i) **Tesis que sostiene que los *e-Sports* son solo aquellos videojuegos que reproducen un deporte que ya existe en el mundo físico:** Esta es la tesis restrictiva y de los más puristas en el uso del lenguaje. Para estos autores, los *e-Sports* son básicamente la reproducción virtual en un videojuego de un deporte existente en la realidad, es decir, un deporte “virtualizado”. Dentro de este grupo de autores encontramos a JAVIER RODRÍGUEZ TEN, quien, pese a concluir que los *e-Sports* no son propiamente un deporte (y por tanto no deberían entrar dentro de la regulación deportiva propiamente dicha), sostiene que los “videojuegos de competición, en el caso de los que reproducen el desarrollo de actividades deportivas reconocibles (por ejemplo, el fútbol), son los denominados *e-Sports*”.²⁸ Sin embargo, en su afán de purismo en la nomenclatura *e-Sports*, este y otros autores dejan fuera a una importante cantidad de géneros y videojuegos que, en los hechos, son precisamente los que actualmente la industria y el

²⁸ RODRÍGUEZ (2018) p.13.

mercado usan como referentes a la hora de hablar de *e-Sports*, y que no reproducen necesariamente de manera virtual o digital una actividad deportiva previamente existente. Es el caso de *Dota 2*, *Fortnite*, *League of Legends*, *HearthStone*, *Overwatch*, *Rocket League*, *Apex Legends*, etc. Lo anterior es sin perjuicio, en todo caso, de videojuegos que efectivamente reproducen el desarrollo de actividades deportivas reconocibles, como es el caso de la saga FIFA.

- (ii) **Tesis que pone énfasis el carácter profesional de la actividad:** Otro grupo de autores da énfasis a la profesionalización del *gaming* como aspecto central a la hora de delimitar el concepto de *e-Sports*. Así, se ha afirmado que estos constituyen “un fenómeno global emergente, definido como un tipo de competición profesional organizada de videojuegos”²⁹ (traducción libre). En la misma línea, DAYLE MARIE CORNEFORD en una de sus publicaciones sostiene, a propósito de un artículo de prensa, que “la definición más fácil de *e-Sports* es jugar competitivamente a un nivel profesional”³⁰(traducción libre). En definitiva, un *e-Sport* se determina según si su desarrollo natural o comercial, permite la profesionalización del mismo, a tal punto que jugadores y equipos compiten de manera estable en diversos campeonatos organizados por *publishers* o licenciarios de videojuegos, de manera similar a lo que ocurre en las competencias deportivas.
- (iii) **Tesis que los considera un deporte propiamente tal:** En esta postura están aquellos que entregan definiciones descriptivas, poniendo énfasis en el carácter deportivo de esta actividad (de manera independiente de los deportes tradicionalmente conocidos). Estos autores, estiman que los *e-Sports* son una suerte de “deporte digital” afirmando que son una “forma de deporte en la que los aspectos principales del mismo se ven facilitados por sistemas electrónicos; la entrada de los jugadores y los equipos”.³¹ Bajo esta misma lógica, se ha indicado que “*esport* tiene el significado de deporte electrónico, cuyo aspecto es todo facilitado por el sistema electrónico. La definición de *esport* es un deporte que no compite físicamente, sino que tiene que ver más con la estrategia y se compite en línea a través del ordenador, por lo que los jugadores de cada

²⁹KEMP, PIENAAR y RAE (2020) p.1.

³⁰COMERFORD (2018), p.547.

³¹ HAMARI y SJÖBLOM, (2017) p. 215.

equipo pueden competir sin estar cara a cara.”³². En consecuencia, bajo esta postura se sostiene que los *e-Sports* son un deporte independiente de otros ya existentes, con prescindencia de si el videojuego mismo que entra dentro de esta categoría reproduce una actividad deportiva que sea reconocible en la realidad (como el futbol o el basquetbol, por ejemplo).

- (iv) **Tesis del autor:** Considerando las distintas posturas existentes, el análisis del mercado económico y la realidad competitiva que se vive al respecto, así como también las regulaciones y propuestas que en derecho comparado se han efectuado sobre la materia, en este trabajo postulo que la definición más adecuada de *e-Sports* sería conceptualizarlos como **“aquellos videojuegos que, cumpliendo ciertos requisitos, adquieren una modalidad competitiva similar, pero no equivalente, a la de los deportes tradicionales, cuya especial naturaleza los convierte en una actividad “profesionalizada”, objeto de una potencial regulación”**. Los aludidos requisitos son los siguientes:

(a) Requisitos objetivos:

- **Competitividad:** Es decir, que el videojuego en cuestión permita la rivalidad y/o confrontación entre 2 o más jugadores o equipos, existiendo muchos videojuegos que no admiten esta posibilidad. Para facilitar el entendimiento, lo más fácil es recurrir al clásico ejemplo de la saga *Mario Bros*.
- **Igualdad de condiciones:** Asimismo, la competencia debe desarrollarse en condiciones igualitarias para los distintos jugadores, sin que alguno obtenga una ventaja injustificada respecto del otro. En este punto, entran en juego no solo los aspectos de diseño mismo del videojuego, sino también algunos aspectos externos, como es la estabilidad de la red de internet y el lugar donde se desarrolla la actividad. De esta manera, se estima que para que una competencia de un determinado videojuego cumpla con este requisito, requiere que la confrontación se efectúe de manera presencial, bajo las mismas condiciones ambientales y de red. Como se ha indicado por Guillermo Mendoza en un debate que ha quedado documentado en un capítulo de la revista de psicología *de Debat*, “la partida del modo competitivo debe de estar “reglada” ya sea por

³²SUTANTIO, POEDJIOETAMI y WIDJAJANTI (2018) p.14.

los organizadores de la competición o por el mismo *publisher*, de manera que todas las partidas competitivas sean jugadas en igualdad de condiciones.”³³. En suma, se requieren “reglas claras”. Cabe destacar que la competitividad se puede ver afectada por factores de *anti-trust*, según se enunciará más adelante.

- **Que el resultado dependa de la habilidad:** Como ha afirmado Guillermo Mendoza, se requiere que el “resultado dependa de la habilidad de los jugadores más que del azar”³⁴. Así, de manera muy similar a lo que ocurre en un deporte, la práctica regular y constante del videojuego competitivo debería propender a mejorar las habilidades y los resultados del jugador. Este es un requisito esencial. En esta lógica, los *e-Sports* se distinguen de muchos videojuegos que se caracterizan por darle una ventaja clara a quien más dinero gasta. De alguna manera, la única inversión que debe efectuarse para estar frente a un videojuego de la categoría de *e-Sport* es la compra del videojuego. Si se requiere pagar para estar en condiciones que un jugador que no paga no puede alcanzar o que puede alcanzar, pero con una dificultad en términos de horas de juego notoriamente más elevada, se pierde de manera inmediata la calidad de *e-Sport*.

(b) Requisito subjetivo:

- **Realidad competitiva:** Este requisito puede ser resumido como “la fuerza del mercado”, y básicamente se constituye por el hecho sobre si el videojuego respectivo es reconocido bajo la categoría de *e-Sport* por la audiencia, a tal punto que, por la fuerza de las cosas, los distintos clubes comienzan a competir y entrenar de manera profesional en las competencias que el mismo mercado ha ido organizando.

Finalmente, y para dar término a esta breve, pero necesaria introducción conceptual, es necesario mencionar cuales son los principales actores vinculados al mundo de los *e-Sports*:

- (i) **Jugadores:** La expresión se define por sí misma, son quienes compiten de manera individual o colectiva en las competencias de *e-Sports*. Para efectos de encontrarnos frente a una competencia de *e-Sport* propiamente tal, se requiere que los jugadores y

³³LEÓN, GRAU y CORTELL (2019) p.113.

³⁴LEÓN, GRAU y CORTELL (2019) p.113.

- equipos compitan a nivel profesional. En otro caso, nos encontraremos en una situación más *amateur* o no profesional.
- (ii) **Clubes o Equipos:** De la misma forma que ocurre en los deportes tradicionales, las competencias de *e-Sports* se desarrollan normalmente amparadas en la estructura participativa de clubes o equipos, que contratan jugadores para representarlos en sus intereses.
 - (iii) **Publishers:** Son la piedra angular de este ecosistema, pues son los que controlan la competencia, desde el momento en que literalmente establecen “las reglas del juego”. Tienen el derecho de propiedad intelectual y/o industrial sobre la obra y de ellos depende la existencia y continuidad del videojuego. La existencia de estos actores es precisamente lo que hace que los *e-Sports*, en opinión de quien escribe, no puedan ser considerados un deporte, como muchos pretenden. En efecto, en los deportes tradicionales, no hay dominio privado sobre la actividad, de tal manera, que nadie puede prohibir ni impedir que un tercero juegue o compita en campeonatos de fútbol o basquetbol, por ejemplo.
 - (iv) **Organizadores de competencias:** Son quienes organizan eventos de carácter competitivo, con premios a repartir. La competencia respectiva y sus organizadores variarán dependiendo del juego de que se trata. En muchos casos los organizadores “oficiales” serán los mismos *publishers*, denotándose el monopolio que puede producirse al respecto. El ejemplo más icónico de esto se verifica en el caso del campeonato mundial de *League of Legends*, el cual es organizado por *Riot Games*, que a su vez es también el *Publisher* del juego, y que en su versión 2021 tuvo un total de 73.860.742 espectadores.³⁵
 - (v) **Auspiciadores o Sponsors:** Son los principales financistas de la industria y celebran contratos de auspicio con equipos, *publishers*, jugadores y organizadores de competencias.
 - (vi) **Audiencia y medios de comunicación:** Como se ha mencionado previamente, la audiencia es fundamental para verificar si el mercado responde al llamado de un

³⁵ Disponible en : [https://www.europapress.es/portaltic/videojuegos/noticia-mas-73-millones-espectadores-vieron-final-mundial-league-of-legends-2021-6033-mas-2020-20211122114614.html#:~:text=Un%20total%20de%2073.860.742,noviembre%20en%20Reikiavik%20\(Islandia\).](https://www.europapress.es/portaltic/videojuegos/noticia-mas-73-millones-espectadores-vieron-final-mundial-league-of-legends-2021-6033-mas-2020-20211122114614.html#:~:text=Un%20total%20de%2073.860.742,noviembre%20en%20Reikiavik%20(Islandia).)

videojuego, de tal manera que este pasa a ser considerado un e-Sport. Obviamente, por la naturaleza digital de la industria, los medios de comunicación son fundamentales para esto, tanto a nivel de canales de televisión, como plataformas digitales de *streaming*, incluyendo las más famosas como *Twitch* y *Youtube*. A nivel general, según datos proporcionados *NewZoo*, la audiencia de *e-Sports* superaría el medio billón de espectadores³⁶, lo cual solo da cuenta de lo potente de la industria.

- (vii) **Otros:** Otros actores propios del fenómeno, pero con menor importancia a nivel estructural son los *coaches*, *casters* y *streamers*.

Finalmente, para comprender el impacto económico de la industria, los especializadísimos estudios de *NewZoo* dan cuenta de que “[l]os deportes electrónicos están en camino de generar casi 1.380 millones de dólares en ingresos a finales de 2022, frente a los 1.110 millones de dólares de 2021 (crecimiento interanual del 16,4%). China generará casi un tercio de los ingresos mundiales de los deportes electrónicos. El sudeste asiático, el centro de Asia meridional y América Latina son las regiones de más rápido crecimiento, con una tasa de crecimiento interanual para 2020-2025 de +27,6%, +23,4% y +19%, respectivamente. Los ingresos mundiales superarán los 1.860 millones de dólares en 2025 (...)”³⁷ (traducción libre). Evidentemente, en un mercado tan digital y con tanto impacto económico, los problemas jurídicos y económicos que requieren de regulación urgente son de lo más variado.

IV. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL GAMING Y LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LOS *E-SPORTS* EN CHILE

En el derecho nacional, la regulación del *gaming* es, a lo menos precaria, en tanto que respecto de los *e-Sports* es prácticamente inexistente. Es precisamente, la precariedad del primer fenómeno y la inexistencia regulatoria del segundo (que es una evolución indisoluble del primero), lo que motiva el desarrollo de esta tesis.

³⁶Disponible en <https://newzoo.com/insights/articles/the-e-Sports-audience-will-pass-half-a-billion-in-2022-as-revenue-engagement-esport-industry-growth>

³⁷Fuente: *New Zoo: Global E-Sports & Live Streaming Market Report (free version 2022)* p.34.

1. EL MERCADO DE LOS VIDEOJUEGOS EN CHILE

Ante la (casi) ausencia de cifras oficiales sobre este mercado, se hace necesario recurrir a los estudios especializados en la materia, efectuados por privados, para comprender el estado actual de la materia en Chile. Así, desde el punto de vista económico, la consultora *Etermax*, *Brand Gammification* da cuenta de que **el mercado del gaming en Chile genera cerca de USD 308 millones, lo que posiciona a Chile en el 5° lugar a nivel latinoamericano.**³⁸

Por su parte, de conformidad al reporte “*E-Sports: Lo que Juntos Podemos Hacer en este Sistema*”³⁹, desarrollado por BeLive en el mes de junio de 2021, **el mercado de video jugadores ronda los 6 millones de personas, cifra que comprende un tercio de la población nacional y prácticamente la mitad de la población que accede a internet.** Dicho de otra forma, un tercio de la población nacional descarga videojuegos, cifra que no contempla la compra en formato físico, cuestión que debe ser complementada con la *data* proporcionada por *Etermax*, *Brand Gammification* donde se concluye que **el 46% de los videojugadores en Chile corresponde a la generación Z, es decir personas de hasta 27 años de edad aproximadamente.** Por su parte, el estudio denominado “*Es Hora de Jugar*”⁴⁰ desarrollado por Nexo Play y Jelly da cuenta de que casi un tercio del público de video jugadores ha participado alguna vez de algún torneo de videojuegos.

En lo que respecta a la actividad misma del *gaming* en Chile, una cifra que da cuenta del impacto de la industria del videojuego, fue aquella revelada en octubre de 2020 por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“SUBTEL”) la cual, estudiando los efectos de la pandemia COVID-19 en las telecomunicaciones, evidenciaba como **había existido una variación positiva de un 315,1% en el tráfico de internet en servicios fijos asociado al gaming y de un 143, 2% para los servicios móviles (periodos marzo - julio 2019 y 2020),** tal y como consta en la presentación “*Series Estadísticas Primer Semestre 2020*”⁴¹ de la referida Subsecretaría

Todo lo anterior ha llevado a que en Chile se genere un entramado de actores relacionados a este mercado. Así, desde el punto de vista gremial, destaca la “Asociación Gremial Chilena de

³⁸Disponible en <https://www.adlatina.com/marketing/datos-para-entender-el-perfil-del-gamer-chileno#galeria>

³⁹Disponible en <https://www.belivegroup.com/wp-content/uploads/2021/06/Reporte-E-SPORTS-2021-.pdf> . Se hace presente que se ha utilizado la cifra más conservadora, toda vez que existen otros datos que estiman la cantidad de video jugadores en 8 millones, posiblemente integrando a la *data* las ventas físicas.

⁴⁰ Disponible en <https://www.jelly.cl/wp-content/uploads/2022/02/Es-hora-de-jugar-Nexoplay-y-Jelly.pdf>

⁴¹ Disponible en <https://www.subtel.gob.cl/conexiones-de-internet-fija-crecen-55-en-chile-a-junio-de-2020/>

Desarrolladores de Videojuegos”, cuyo objeto, en resumidas cuentas, dice relación con promover y apoyar la industria del desarrollo de videojuegos del país. Desde otra perspectiva, también destaca la existencia de la “Asociación de Mujeres en la Industria de los Videojuegos”, cuyo estudio “Mujeres en la Industria de los Videojuegos (2021)”⁴², entrega algunos datos de la mayor relevancia, tales como las brechas de género que existen en la industria y que **el 60.% de las encuestadas (universo de 650) comenzaron jugando videojuegos antes de los 10 años** y otro 30.7% entre los 10 y 18 años, lo cual evidencia el impacto que tiene la industria en los menores de edad.

Desde el punto de vista competitivo (entrando ya en el terreno de los *e-Sports*), **hay quienes afirman que aproximadamente 2 millones de videojugadores nacionales juegan y se preparan al menos una hora a la semana, y un cuarto de ellos aspiran a ser profesionales.**⁴³

Lo anterior ha llevado a que, por la fuerza del mercado, se haya desarrollado un entramado de clubes, el cual puede ir variando dependiendo del videojuego considerado como *e-Sport* de que se trate, destacando entre ellos, por la vía ejemplar, *Movistar Optix*, *Rebirth E-Sports*, *Wild E-Sports*, *All Knights*, entre otros. Asimismo, destacan también las divisiones de E-Sports que han ido creando los clubes deportivos tradicionales de nuestro país, siendo ejemplo de ello el caso de *Cruzados E-Sports*, *Azules E-Sports* y *Colo-Colo E-Sports*, sin mencionar a una serie de otros reconocidos clubes.

Finalmente, desde la lógica de organización de competencias y ligas, probablemente la de mayor renombre y alcance internacional es la organizada por la Liga de Videojuegos Profesional (“LVP Chile”), destacando la Liga de Honor Entel. Asimismo, también encontramos aquellos clubes vinculados a la Asociación Nacional de Fútbol Profesional que participan del Campeonato Plan Vital, Ascenso Betson; Campeonato Femenino Caja Los Andes, entre otras competencias destacables. Todo lo anterior es sin perjuicio de un sin número de campeonatos y torneos menos formalizados que los anteriores.

Es en este contexto que debemos preguntarnos cómo se hace cargo el regulador chileno de todo este entramado que desde su perspectiva general permea al 50% de la población nacional.

⁴²Disponible en https://mujeresenvg.cl/wp-content/uploads/2021/10/Estudio-Mujeres-en-VG-2021_light.pdf

⁴³Disponible en <https://dfmas.df.cl/df-mas/hablemos-de/el-mercado-de-los-e-Sports-gana-terreno-en-chile>

2. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL GAMING EN CHILE

En Chile, la única ley que se refiere a videojuegos es aquella a la cual de manera casi pretenciosa se le ha conocido como “Ley de Videojuegos”, en circunstancias que poco regula sobre la materia. Sin perjuicio de ello, por la generalización de su nomenclatura, también la emplearemos en este trabajo.

La Ley de Videojuegos se promulgó y publicó el año 2014, y efectuó modificaciones a la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, hoy contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de fecha 13 de septiembre de 2019, del Ministerio de Hacienda, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496 (“Ley de Protección al Consumidor”) y a la Ley N° 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica (“Ley de Calificación Cinematográfica”). Sus particularidades fueron las siguientes:

- (i) **En materia de protección al consumidor:** se incorporó un artículo 49 bis, cuyo contenido es el siguiente:
 - (a) **Obligaciones de Etiquetado:** Se estableció la obligación para los fabricantes e importadores de videojuegos de incorporar leyendas indicativas del nivel de violencia en los videojuegos que comercialicen, que cubran al menos el 25% de ambas caras.
 - (b) **Venta a menores de edad:** Se estableció la obligación para los fabricantes, importadores, proveedores y comerciantes de videojuegos calificados como no recomendados para menores de una determinada edad, de exigir cédula de identidad al comprador, previo a la venta, con el objeto de acreditar la edad respectiva.
 - (c) **Sanciones asociadas:** En caso de vulneración de esta normativa, se estableció una sanción de multa de 1 a 50 Unidades Tributarias Mensuales (“UTM”), más comiso de las especies involucradas, pudiendo llegar al doble en caso de reincidencia (2 veces en un año calendario). Es importante destacar que lejos de tomar una actitud atributiva de potestades a un órgano especializado, el Estado, siguiendo la lógica

de protección al consumidor, establece que “la infracción (...) será sancionada por el juez de policía local competente.”.⁴⁴

(ii) **En materia de calificación:** Se modificó la Ley de Calificación Cinematográfica, en el siguiente sentido:

(a) **Se incorporaron categorías y criterios de calificación de videojuegos en un nuevo artículo 11 bis:** Distinguiéndose entre:

- Videojuego especialmente recomendado para niños y adolescentes.
- Videojuego sin contenido objetable.
- Videojuego no recomendado para menores de 8 años.
- Videojuego no recomendado para menores de 14 años.
- Videojuego no recomendado para menores de 18 años.

(b) **Equivalencia de calificación:** En el mismo artículo antes mencionado, se estableció que no será necesaria la calificación si los fabricantes o importadores de videojuegos observan la equivalencia con los sistemas de calificación del país de origen del videojuego que hayan sido reconocidos por resolución del Consejo de Calificación Cinematográfica (“CCC”).

(c) **Se prohíbe la venta o cesión a personas menores de la edad calificada:** Tal prohibición se hace extensiva al propietario, representante o administrador del establecimiento de comercio o sitio en internet, siendo sancionado con una multa de 5 a 10 UTM, pudiendo duplicarse en caso de reincidencia.

(d) **Derecho a la calificación:** Se establece una tasa de 0,048 UTM por minuto de duración de sinopsis de videojuego, que los interesados deben pagar al CCC.

Bajo este prisma, cabe destacar que con fecha 25 de marzo de 2015, la autoridad administrativa hizo ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, dictando el Decreto N° 51/2015, el cual establece el Reglamento que regula el contenido, forma, dimensiones y demás características de la leyenda que deben exhibir los videojuegos, que comenzó a regir en enero de 2018 (“Reglamento de la Ley de Videojuegos”), el cual especificó las características que debían contener las etiquetas y rotulados de los videojuegos comercializados en el país, indicando expresamente en su artículo

⁴⁴ CHILE, Ley N° 20.756

1° que dicha obligación **“no recae sobre los videojuegos comercializados a través de plataformas digitales”**.

Como es posible apreciar, la vaga regulación establecida en la década anterior resulta insuficiente, pese a sus bien intencionadas pretensiones⁴⁵. Así, sencillamente se encarga (i) de regular la publicidad a menores de edad de los videojuegos vendidos en formato físico, en circunstancias que la regla general hoy es la venta en formato digital; y, (ii) se entregan potestades de calificación de videojuegos al CCC, órgano que además de tener una vocación regulatoria en una industria distinta de la de los videojuegos, no fue imbuido de otras atribuciones que al día de hoy parecen necesarias. A mayor abundamiento, nótese que en la definición que la misma ley entrega en su artículo 3° se dispone que **el CCC está “encargado de calificar las producciones cinematográficas destinadas a la comercialización, distribución y exhibición pública”⁴⁶, a tal punto que siendo la naturaleza de los videojuegos distinta de la de las producciones cinematográficas, sería posible afirmar que al CCC se le han atribuido potestades que se encuentran absolutamente fuera de su órbita de competencia, por definición.**

Por lo demás, pareciera ser que la regulación nacional parte desde una apreciación absolutamente negativa de los videojuegos, desde el momento en que solo se establecen prohibiciones y calificaciones, pero en caso alguno fomenta una actividad que al día de hoy constituye un mercado legítimo, estructurado y relevante.

Finalmente, cabe destacar que la normativa de propiedad industrial e intelectual, juega un papel muy relevante en las obras creativas que son los videojuegos, como en cualquier otra obra de creación, tal y como muy bien lo resume Juan Pablo Zamora en un *paper* del año 2021 titulado “La Regulación de los Videojuegos en Chile desde la Propiedad Intelectual e Industrial”. Sin embargo, los derechos de autor, las disposiciones de licenciamiento y las autorizaciones en esta materia, son, en mi opinión, algo que corresponde a la regulación general de propiedad intelectual e industrial, donde las reglas generales son suficientes para abarcar la realidad del *gaming* y de otros mercados de las nuevas tecnologías.

⁴⁵ Lo anterior es sin perjuicio de la Ley N° 21.210, que moderniza la legislación tributaria, y que introdujo el IVA digital a los servicios remotos prestados por contribuyentes sin domicilio ni residencia en Chile, y que ha tenido el efecto de gravar compras digitales asociadas a plataformas de videojuegos.

⁴⁶ CHILE, Ley N° 19.846.

3. LA (CASI) INEXISTENTE REGULACIÓN DE LOS *E-SPORTS* EN CHILE

En lo que respecta a los *e-Sports*, el derecho patrio lisa y llanamente no los ha considerado para ningún efecto, lo cual no es de extrañar, considerando la precaria regulación que existe respecto de los videojuegos en general. **La única excepción a esto se encuentra en un reciente pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos (“SII”)**, órgano que mediante el Oficio Ordinario N° 98, de fecha 07 de enero de 2022 se ha pronunciado sobre la tributación que afecta a los premios obtenidos en torneos de videojuegos, indicando que:

- (i) Los premios que obtenga en un torneo de videojuegos una persona natural o jurídica, con domicilio o residencia en Chile se afectarán con impuesto de primera categoría e impuesto global complementario o adicional, según sea el domicilio o residencia de su perceptor.
- (ii) Las remuneraciones pagadas a los jugadores contratados, sin domicilio o residencia en el país, se afectan con impuesto adicional conforme al N° 2 del inciso cuarto del artículo 59 del Decreto Ley N° 824, que aprueba texto que indica de la ley sobre impuesto a la renta (“LIR”), el cual debe ser retenido, declarado y enterado en arcas fiscales por la pagadora de las rentas, domiciliada o residente en Chile.
- (iii) Los gastos asociados a la inscripción a los torneos de videojuegos y los premios que se obtenga en ellos pueden ser acreditados conforme las reglas generales.

Así, fuera de la perspectiva tributaria antes mencionada, lo cual no es sino aplicación de la normativa tributaria general, no existen referencias a (i) materias de apuestas (uno de los puntos más relevantes de este sensible vacío, en mi opinión); (ii) tampoco existe una normativa específica respecto de la regulación de este tipo de competencias en materia de premios asociados a las competencias, contratación de jugadores; sanciones por competencia contrarias a las normas de la buena fe (*doping*, por ejemplo) o regulación de competencias online/presenciales, ni en materia de publicidad, todo lo cual cobra importancia especialmente considerando que en muchas de estas competencias participan menores de edad; (iii) ni tampoco específicamente en materias de protección de datos (muy sensibles en esta industria); y, (iv) mucho menos al reconocimiento de esta actividad como un deporte reconocido como tal a nivel legal.

Sobre el particular, en todo caso, es importante mencionar que **quienes abogan por una regulación de este ecosistema competitivo, tanto a nivel nacional como comparado, suelen**

sustentar sus pretensiones en alguno de los siguientes argumentos: (i) los *e-Sports* son un deporte propiamente tal y, por tanto deben ser reconocidos como un deporte más dentro del ordenamiento jurídico; y (ii) es conveniente su regulación en orden a entregar certeza jurídica a los actores del mercado y de mitigar ciertos riesgos asociados a estas competencias, cuya estructura es similar a la deportiva, pero que derechamente no son un deporte. Este último argumento es el que sustenta la presente tesis.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que fruto de esta investigación, mediante una solicitud de acceso a la información pública (“SAIP”) de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública (“Ley de Transparencia”), efectuada ante la Subsecretaría del Deporte, se ha tomado conocimiento de que ya ha existido un intento no fructífero de que se regulen los *e-Sports*, específicamente solicitando su reconocimiento como modalidad deportiva.

En efecto, con fecha 01 de agosto, un cuerpo intermedio autodenominado “Asociación Chilena *E-SPORTS*” envió una carta a la Subsecretaría del Deporte, requiriendo a esta última que se reconozca a los *e-Sports* como una actividad deportiva. Habida consideración del escaso esfuerzo argumentativo demostrado en la señalada solicitud, **la División de Política y Gestión Deportiva resolvió, mediante el Ord. N° 659 de fecha 11 de septiembre de 2019, no acoger la solicitud de reconocimiento de los *e-Sports* como modalidad deportiva**, ya que el Panel de Reconocimiento decidió “votar por unanimidad el rechazo al reconocimiento de los *e-Sports* como modalidad o especialidad deportiva, por cuanto esta denominación genérica de los juegos electrónicos no cumple según lo establecido en la normativa vigente con los elementos y criterios que conforman una modalidad deportiva”.⁴⁷ Según consta en el aludido acto administrativo, para arribar a tal conclusión, el Panel de Reconocimiento efectuó un desglose de los requisitos para que una determinada actividad pueda ser reconocida como modalidad deportiva⁴⁸, en los siguientes términos:

- (i) **Actividad física humana:** Al respecto se sostuvo que “[d]e acuerdo a la apreciación del Panel, el aspecto esencial de los *e-Sports* no es corporal, sino que virtual. Las acciones requeridas para la activación de controles manuales de los videojuegos no tienen relevancia en el plano físico, sino que, en plano virtual, en el que verdaderamente

⁴⁷ Ord. N° 659 de fecha 11 de septiembre de 2019, Subsecretaría del Deporte, Considerando 15.

⁴⁸ Ord. N° 659 de fecha 11 de septiembre de 2019, Subsecretaría del Deporte, Considerando 13.

se refleja y se efectúa la competición a través de los diversos componentes de la programación del videojuego”. No estoy de acuerdo con esta apreciación, toda vez que agrega un requisito que la ley no establece respecto de la actividad física, máxime considerando que, con alta probabilidad, las competencias de videojuegos requieren de un desenvolvimiento físico mucho más extenuante que otras actividades que si están reconocidas como modalidad deportiva, como es el caso del ajedrez.

- (ii) **Implantación social e institucionalización de la actividad:** Sobre este punto se argumentó que “[l]a existencia de formas organizadas de competición no transforma a las actividades de juegos electrónicos en actividades deportivas, ya que existen formas de competición en las más variadas áreas de la actividad humana y ello no implica necesariamente que deban ser consideradas como deportes (...) [l]a existencia de grandes premios en dinero y de personas dedicadas profesionalmente a una actividad, no constituye una cualidad que por sí misma pueda definir a los E-Sport y ni a ninguna otra actividad cómo una modalidad deportiva (...) [l]a actividad de los juegos electrónicos forma parte de otro ámbito de la actividad humana, cual es la “industria del entretenimiento de los juegos” (...) juegos electrónicos y deporte son dos categorías de actividades humanas muy diferentes entre sí”. Si bien, estoy de acuerdo con la generalidad de las palabras de la Subsecretaría, no lo estoy con la determinación del no cumplimiento del requisito en comento, pues los datos entregados en la primera sección del presente acápite permiten sustentar con creces la implantación de esta actividad en la sociedad chilena.
- (iii) **Reglamentación de la actividad:** Probablemente, el cumplimiento de este requisito es la gran piedra de tope para que los *e-Sports* puedan ser reconocidos como modalidad deportiva. Bien ha indicado la autoridad deportiva que “[e]sta gran diversidad de contenidos y formatos existentes hace que estos juegos lleguen a ser muy distintos unos de otros, lo que hace imposible arribar a estandarización de una reglamentación que permita identificar de manera inequívoca la denominación de *e-Sports*, lo cual resulta un elemento esencial para la conformación de una modalidad deportiva”. Dicho de otro modo, no se trata de “una actividad”, sino de varias e indeterminadas (porque varían mes a mes y año a año) actividades (muchos videojuegos), las cuales no pueden ser consideradas y reglamentadas en su conjunto como “un solo” deporte. Básicamente,

para adecuarse a la realidad legislativa nacional, cada videojuego que califique como *e-Sport* tendría que ser calificado como una modalidad deportiva distinta, lo cual da cuenta de lo inviable y fantasioso que es subsumir a estos en la regulación deportiva propiamente tal, al menos en nuestro ordenamiento jurídico.

- (iv) **Ausencia de riesgo manifiesto para la vida, salud, o integridad física de sus practicantes:** En este punto, el Panel concluyó que “existen antecedentes suficientes para no descartar riesgos considerables para la salud e integridad de quienes practican la actividad *e-Sports* (...)”. Esta aptitud de los videojuegos es objeto de un gran debate en la actualidad.
- (v) **Ausencia de maltrato animal:** Se cumple con el criterio, por lo que no se hace necesario efectuar mayores comentarios.
- (vi) **Ausencia de factores de azar:** Finalmente, de manera muy equivocada, pues el cumplimiento de este requisito es de la esencia misma de los *e-Sports*, el panel concluyó que “no es posible formar convicción de la ausencia de factores de azar o de factores tecnológicos que introduzcan distorsiones en las condiciones de igualdad de las competencias, ya que **la mecánica de reglas bajo las cuales estos juegos se llevan a efecto, responden solo a la realidad y requerimientos de las empresas de programación que los desarrollan**”.

Si bien, la discusión sobre si los *e-Sports* deben ser considerados deporte o no, excede las pretensiones de este trabajo (pues no es la vía regulatoria ad-hoc), se ha estimado necesario detenerse brevemente en este punto, por ser el único atisbo de pronunciamiento formal respecto a una posible regulación sobre la materia. En todo caso, se hace la prevención de que, pese a no compartir la totalidad de los argumentos presentados por la autoridad, **estoy conteste con la decisión de no regular por la vía deportiva y para ello agrego 2 argumentos más: (i) Los publishers no existen en los deportes tradicionales.** Los deportes son universales y pertenecen al dominio público. En el caso de los *e-Sports*, estos pertenecen a los *publishers*, quienes deciden si el juego competitivo deja de existir o no; y, **(ii) Las políticas públicas deportivas tendrían distorsión estadística si consideramos a los e-Sports como un deporte.** Básicamente, un alto porcentaje de la población saldría del sedentarismo, cuestión que no se condice con la finalidad de las políticas de promoción de una vida saludable y deportiva.

V. PROBLEMAS ASOCIADOS A LA FALTA DE REGULACIÓN EN EL MERCADO CHILENO

La necesidad regulatoria actual dista mucho de lo que pudo ser requerido una década atrás. Como se ha dicho, “[l]os mercados evolucionan sin cesar bajo el efecto de la innovación, ya sea ella **tecnológica u organizacional**. Las fronteras de los mercados se desplazan, su fisionomía cambia. Estos cambios tienen efectos sobre la regulación. Desde luego, **la regulación debe adaptarse a la nueva configuración del mercado**”.⁴⁹

De esta manera, la nueva configuración del mercado de los videojuegos mandata tener una regulación integral, omnicomprensiva tanto del fenómeno del *gaming* en general, como también de los *e-Sports*, como máxima expresión evolutiva del primer fenómeno. Así, considerando los avances tecnológicos y mercantiles del último tiempo, la regulación de los videojuegos no puede concebir de manera aislada la regulación del *gaming* en general, sin consideración alguna a los *e-Sports*, ni viceversa.

En tal sentido, **ya se ha indicado la precaria situación regulatoria nacional, por lo que ahora toca enunciar cuáles son los problemas asociados a la falta de una regulación *ad-hoc*** o, dicho de otra manera, por qué, en opinión de quien escribe, es necesaria una regulación de esta naturaleza. Como bien ha indicado Aimone Gibson, la “regulación se puede definir como lo acción de determinar las reglas y normas a que se debe ajustar un determinado agente o mercado en sí, para provocar una corrección de algún fallo o situación indeseada en función de un beneficio de bienestar social”⁵⁰.

Así, la necesidad regulatoria surge precisamente porque existen problemas asociados a determinadas industrias o mercados, los cuales pueden ser más o menos visibles para el legislador/regulador, dependiendo factores políticos, económicos y de oportunidad. En el caso de los videojuegos, lo cierto es que existen distintos problemas asociados a este mercado, los cuales (aparecer), no cuentan con la suficiente visibilidad aguas arriba. Sin embargo, lo cierto es que tales

⁴⁹VERGARA, (2018) p.31.

⁵⁰AIMONE (2013) p.4.

problemáticas existen y, con el paso del tiempo solo irán en incremento, por lo que en algún momento deberán abordarse de una manera integral, tal y como actualmente está ocurriendo en otros ordenamientos jurídicos.

Como bien evidencia EDUARDO CORDERO, “el Derecho regulatorio protege al mercado que se da en condiciones de competencia, busca crear las condiciones para desarrollar el mercado y regula los mercados que presentan fallas (...) // De esta forma, **ante las fallas del mercado (monopolios naturales, información asimétrica, externalidades, etc.), se desarrollan las técnicas de intervención que conforman el Derecho regulatorio**, dando lugar a lo que denominamos mercado regulado”⁵¹ o, en la terminología utilizada en este trabajo, también Mercados Semi-Regulados. Así, a continuación, se enuncian algunas de las principales fallas del mercado, constituidas especialmente por externalidades de negativas., que motivarían la intervención estatal:

1. LA FALTA DE UNA ADECUADA PROTECCIÓN A MENORES DE EDAD

Es un hecho que el mercado de los videojuegos y su profesionalización (los *e-Sports*), es un nicho en el que participa gran cantidad de personas menores de edad. En tal sentido, a la fecha, en Chile no existe una regulación que se haga cargo de los problemas específicos que afectan a menores de edad en esta industria, tales como, por ejemplo, los vinculados a temas de adicción a los videojuegos⁵²; participación en microtransacciones con características similares (más no idénticas) a las existentes en los juegos de azar; y contratación por parte de organizaciones o clubes. De esta manera, bajo la regulación actual, se producen una serie de situaciones en que los menores de edad quedan desprotegidos por parte del Estado. **Cabe destacar que la única regulación legal específica para los videojuegos (la Ley de Videojuegos) encontró su razón de ser precisamente en la protección a menores de edad.**

A mayor abundamiento, es necesario detenerse en un hecho en torno al cual muchos menores se ven expuestos hoy en día: **La Organización Mundial de la Salud (“OMS”) clasifica actualmente la adicción a los videojuegos como una enfermedad o desorden mental, cuestión respecto de la cual Chile no se ha hecho cargo.** Así, la Clasificación Internacional para Enfermedades, Undécima Revisión (“CIE 11”), dispone en su normativa clasificatoria 6C51 que

⁵¹CORDERO (2014) pp. 172-173.

⁵² Al respecto, se debe tener presente que

“[e]l trastorno por uso de videojuegos se caracteriza por un patrón de comportamiento de juego persistente o recurrente ("juegos digitales" o "videojuegos"), que puede ser en línea (es decir, por internet) o fuera de línea, y que se manifiesta por: 1. deterioro en el control sobre el juego (por ejemplo, inicio, frecuencia, intensidad, duración, terminación, contexto); 2. incremento en la prioridad dada al juego al grado que se antepone a otros intereses y actividades de la vida diaria; y 3. continuación o incremento del juego a pesar de que tenga consecuencias negativas. El patrón de comportamiento del juego puede ser continuo o episódico y recurrente. El patrón de comportamiento del juego da como resultado una angustia marcada o un deterioro significativo en las áreas de funcionamiento personal, familiar, social, educativo, ocupacional u otras áreas importantes (...)”⁵³, distinguiéndose a su vez entre adicción a videojuegos en línea (6C51.1) y fuera de línea (6C51.2).

Algunos de los principales problemas que afectan a menores de edad se verán evidenciados de mejor manera en las páginas siguientes.

2. EL PROBLEMA DE LAS MICROTRANSACCIONES

El artículo 1466 del Código Civil (“CC”) es una verdadera norma de orden público y establece que hay objeto ilícito en “las deudas contraídas en juegos de azar”. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (“TC”), reafirmando el contenido de antiguos fallos de nuestros altos Tribunales ha sostenido que juegos de azar son aquellos que dependen “exclusivamente o en forma decisiva o determinante de la casualidad o el caso fortuito”⁵⁴. Sin perjuicio de ello, es necesario recordar que existen regulaciones que permiten la adquisición de deudas en juegos de azar. Con esto me refiero a la Ley N° 19.995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego (“Ley de Casinos”). Lo propio ocurre en materia de loterías o hipódromos. Con esto, se tiene que el legislador ha pretendido que los juegos de azar que implican pagos en dinero solo puedan realizarse por expresa habilitación legal.

Lo anterior resulta coherente con los bienes jurídicos protegidos por este tipo de normativas, y que tienen que ver con la salud y seguridad de las personas, máxime considerando los riesgos de adicción y dilapidación que se suelen asociar a las actividades reguladas en tal sentido. Esto queda

⁵³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL PARA ENFERMEDADES, UNDÉCIMA REVISIÓN.

⁵⁴Tribunal Constitucional, 10 de septiembre de 2015.

en gran medida evidenciado en el artículo 2° de la Ley de Casinos, que establece que “[c]orresponde al Estado determinar, en los términos previstos en esta ley, los requisitos y condiciones bajo los cuales los juegos de azar y sus apuestas asociadas pueden ser autorizados (...) atendido el carácter excepcional de su explotación comercial, en razón de las consideraciones de orden público y seguridad nacional que su autorización implica.”⁵⁵. Sin embargo, como bien afirmara CONTARDO unos años atrás, “el control del juego de azar parece ser un tema de no acabar. Las prohibiciones de antaño asumidas por nuestra legislación exigen tener respuestas actuales a sus desafíos”⁵⁶; y es precisamente en el mundo del *gaming* donde encontramos uno de los principales desafíos actuales de los cuales la regulación vigente no es capaz de hacerse cargo.

Así, corresponde enunciar el problema de las microtransacciones basadas en el azar o en la suerte, propias de los videojuegos y carentes de regulación actual. Sobre el particular, se ha sostenido que “[l]as microtransacciones son transacciones monetarias por un bien o servicio digital. Estas transacciones se ven a menudo en los modelos de monetización de los videojuegos, donde los consumidores compran una moneda o crédito para gastar en adiciones dentro del juego”⁵⁷(traducción libre). Dicho de otro modo, se trata del pago de una determinada cantidad de dinero, para adquirir créditos (una suerte de “moneda” virtual), con la cual el jugador puede efectuar compras al interior del videojuego respectivo, con el objeto de adquirir mejoras estéticas o competitivas, muchas de las cuales, dependen del azar (una verdadera forma de apuesta velada o que al menos presenta caracteres similares). Esto ocurre concretamente en la compra de las denominadas *loot boxes* (cajas de botín o cajas de premio) en las cuales el jugador compra una caja virtual, cuyos premios desconocen, pero que dependen del azar ligado a una probabilidad (no intermedia habilidad o destreza), pudiendo ser el premio un objeto virtual prácticamente inútil en el contexto del videojuego, o, por el contrario (normalmente con muy poca probabilidad) un premio de gran valor (al interior del juego) y utilidad. Lo mismo ocurre en el caso de los videojuegos *gacha*.

Pues bien, actualmente, en el mercado de los videojuegos y de los *e-Sports* existe un desarrollo indiscriminado de pagos en espera de una retribución encubierta o velada a través de la figura de

⁵⁵ CHILE, Ley N° 19.995

⁵⁶ CONTARDO (2015) p.214.

⁵⁷ WONG (2019) p.111.

las microtransacciones y que no se encuentran cubiertas por la legislación chilena. **En efecto, estas microtransacciones basadas en el azar quedan fuera de la regulación legal por distintos motivos:** (i) En primer lugar, los servidores de los videojuegos *online* suelen no estar ubicados en Chile, por lo cual, por principio de territorialidad, no les aplica la legislación chilena. Es una situación muy similar a la que ocurre con los casinos en línea, cuya regulación se pretende actualmente con el PDL de Apuestas en Línea; (ii) en segundo lugar, en muchos casos, en rigor, la compra o detrimento pecuniario se efectúa a través de una primera transacción para adquirir “créditos” (fichas virtuales) que constituyen básicamente la moneda digital del juego respectivo; (iii) por su parte, la transacción final, es decir, el verdadero juego de azar (la microtransacción basada en el azar) no tiene por objeto adquirir una cantidad de dinero (y normalmente, tampoco un objeto intercambiable en dinero, salvo excepciones), sino un artículo de videojuego, no monetizable posteriormente en la realidad, lo que termina apartando a estos juegos de azar de la lógica de detrimento pecuniario propia de la legislación nacional; y, (iv) no existe un organismo *ad-hoc* que se pueda hacer cargo de esta situación de manera regular y continua, pues ni el CCC, ni la Superintendencia de Casinos de Juego (“SCJ”), cuentan con la estructura orgánica y competencial para esto. Todo lo anterior es un problema de la mayor relevancia, ya que **en estas microtransacciones basadas en el azar se pueden generar los mismos problemas de adicción al juego y dilapidación patrimonial que en el caso de las apuestas y juegos de casino. La gran diferencia en que en este caso no existen protecciones por parte del Estado, ni para el público en general, ni para menores de edad.** Sobre el particular, **WONG ha identificado 6 similitudes o características similares entre el mundo de las apuestas y de las microtransacciones basadas en el azar**, las cuales he estimado necesario reproducir íntegramente, en atención a la claridad con las que las ha tratado:

“**La falacia del jugador** es un sesgo en el que los participantes creen, basándose en sucesos anteriores consecutivos, que un resultado concreto "debe" producirse. Esto se debe a que la probabilidad estadística de la siguiente ocurrencia es independiente y no se ve afectada por los resultados anteriores, incluso si ha ocurrido en un promedio muy por encima o por debajo de la probabilidad anunciada. En las microtransacciones basadas en el azar, un consumidor puede sobrestimar la probabilidad de obtener un resultado deseado debido a resultados anteriores consecutivos no deseados.

Los resultados cercanos ocurren en dos situaciones: cuando los jugadores "experimentan la victoria" con un resultado preliminar y un resultado final como pérdida, y cuando el jugador experimenta una pérdida, pero se le muestra lo "cerca" que estuvo de ganar, lo que anima a los jugadores a hacer otro intento. Rune cree que esto se consigue mostrando al jugador el "nivel" o la "rareza" de un resultado antes de mostrar la recompensa real. Junto con una baja probabilidad de que ocurra, esto hace que el jugador se concentre en lo cerca que estuvo de obtener el resultado deseado en lugar de en el hecho de que obtuvo un resultado indeseable.

La cuasi-ganancia es la apariencia de ganar debido a los sucesos aleatorios deseables, mientras que la realidad es la de perder. En este caso, este concepto es discutible, aunque suponiendo que un jugador utilice una caja de botín o un gachapón obtenido mediante la compra de moneda del juego, cualquier resultado puede considerarse una pérdida, ya que la mayoría de las recompensas del juego no son convertibles en efectivo".

La trampa cognitiva suele denominarse "sesgo del coste hundido", que implica la inversión o el compromiso continuado con una decisión elegida previamente para justificarla. Esto se ve comúnmente cuando los jugadores han gastado una suma significativa de dinero en microtransacciones para un juego y continúan gastando debido a la atribución de valor a una cuenta en el juego, ya sea emocional o financiera, incluso si no pueden recuperar nada de la cantidad gastada.

Las microtransacciones basadas en el azar pueden infundir una **ilusión de control** en la que los jugadores tienen la oportunidad de interactuar con el sistema, normalmente a través de una decisión, después de invertir un recurso como la moneda o una caja de botín, pero antes de obtener la recompensa. Se crea una ilusión en la que el jugador cree que tiene una opción para determinar el resultado, incluso si el resultado se estableció cuando invirtió el recurso.

Finalmente, la última característica; la persecución es un comportamiento en el que los **jugadores intentan recuperar las pérdidas mediante la participación continuada en un comportamiento concreto**. A menudo se combina con el sesgo de los costes hundidos, en el que los jugadores han invertido recursos y no han obtenido el resultado deseado y

siguen gastando con la esperanza de obtener el resultado deseado que, desde su perspectiva, justificará los recursos gastados.”⁵⁸ (traducción libre).

El incentivo en invertir en este tipo de microtransacciones es mayor aun cuando encuadramos el fenómeno en la lógica de las competencias electrónicas en las que el jugador puede tener incentivos incluso competitivos para acceder a ciertos objetos virtuales, aun cuando estos no generen necesariamente una cierta ventaja competitiva.

A mayor abundamiento, el problema de los juegos de azar se vuelve aún más relevante cuando consideramos que la OMS reconoce como un trastorno la adicción a los juegos de azar en el CIE-11, indicando en su norma clasificatoria QE21 que “se trata de un patrón de juegos de azar y apuestas que aumenta considerablemente el riesgo de consecuencias perjudiciales para la salud física o mental de la persona o de otras personas en su entorno. El mayor riesgo puede deberse a la frecuencia de los juegos de azar o las apuestas, a la cantidad de tiempo dedicada a estas actividades o al contexto del juego y las apuestas, al descuido de otras actividades y prioridades, a los comportamientos riesgosos asociados con los juegos de apuestas o con su contexto, a las consecuencias adversas del juego y las apuestas o a una combinación de estos factores.”.⁵⁹

El tema es de tal relevancia que incluso en enero de 2021 se publicó en la Biblioteca del Congreso Nacional un documento de Asesoría Técnica Parlamentaria sobre la materia, titulado “Videojuegos con Cajas de Recompensa: ¿Sólo un Juego o un Juego de Azar?”, lo cual deja de manifiesto que el problema abordado en este trabajo efectivamente tiene ciertos temas límites con la regulación de los juegos de azar. En el mismo documento, se releva la falta de regulación en la materia a nivel nacional, concluyéndose que “[s]e constata, en la revisión bibliográfica el sentir, mayoritariamente, común respecto a la necesidad de llevar a cabo más estudios, consultas e investigaciones que den cuenta del fenómeno de las cajas de recompensa, tanto en los aspectos regulatorios como su impacto en la salud pública.”.⁶⁰

⁵⁸WONG (2019) pp.114 - 115.

⁵⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL PARA ENFERMEDADES, UNDÉCIMA REVISIÓN.

⁶⁰ CUEVAS, Claudia (2021), p.16.

Así las cosas, admitiendo que, en opinión de quien escribe, el fenómeno en comento no se puede prohibir, pues ello atentaría contra el libre tráfico digital⁶¹, ello no obsta a que desde la lógica de la técnica regulatoria las soluciones que se pueden adoptar son variadas, destacando, por la vía ejemplar, el exigir que sean los clubes y no los jugadores los que deban invertir en su representación en este tipo de microtransacciones; establecer medidas de control para menores de edad, tales como exigencias de edad mínima para que el jugador pueda participar en estas microtransacciones; llevar un registro de los videojuegos que emplean mayores transacciones por parte de una agencia reguladora especializada; o exigir ciertos mínimos a los *publishers*, tales como publicar los porcentajes de probabilidad con que se otorgan ciertos premios o exigir, como se ha hecho en otras legislaciones, que cada ciertas microtransacciones se deba tener derecho a uno de los premios de mayor valor. En todo caso, presentar soluciones concretas, será objeto de un trabajo posterior, sin perjuicio de las generales alusiones a técnicas de intervención que se efectúan más adelante.

3. LA FALTA DE REGLAS CLARAS DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES Y LOS DATOS PERSONALES

La actual regulación contenida en la Ley de los Videojuegos, la cual introdujo modificaciones a la Ley de Protección al Consumidor resulta insuficiente para hacer frente al actual escenario digital. Así, hay diversas interrogantes que no cuentan con una respuesta clara del legislador o del Servicio Nacional del Consumidor (“SERNAC”), por ejemplo ¿Qué ocurre cuando un jugador, club u organizador de competencias compra un videojuego, pero el *publisher* decide cambiar las reglas del juego? ¿Qué ocurre cuando se adquiere un videojuego de pago, pero que posteriormente este comienza a comercializarse en la modalidad *free to play* (juego que se puede jugar gratuitamente) ¿Qué ocurre cuando las competencias de videojuegos no pueden desarrollarse en condiciones de igualdad por problemas asociados a los servidores? O, una situación que ocurre con mayor frecuencia en las aplicaciones de celulares, ¿Qué ocurre cuando adquiero un videojuego de una *appstore* y este misteriosamente deja de existir? ¿Quién se hace responsable? Lo cierto es que nuestra legislación actualmente no responde de manera satisfactoria a ninguna de estas interrogantes.

⁶¹ Nótese que esta práctica, en todo caso, si se encuentra derechamente prohibida en algunas jurisdicciones, por estimarse que constituyen juegos de azar. Es el caso de Bélgica y Países Bajos, por ejemplo.

Por su parte, y muy ligado a los derechos de los consumidores encontramos la problemática de los datos personales. Solo a modo de enunciación, pues un análisis más extenso de la normativa de datos personales excede el objeto de este trabajo, bien se ha afirmado que en el mundo de los videojuegos “[e]xisten diversos componentes y sistemas que además registran esos movimientos, con lo cual -en la práctica- las herramientas de recolección de datos personales se han multiplicado: cámaras de video que registran rasgos faciales y movimientos corporales, sensores que captan movimientos de manos y brazos y los traducen en acciones, y periféricos de realidad virtual, entre otros. **En definitiva, los videojuegos sirven para capturar no solo datos personales de texto, sino también datos personales sensibles, como los de carácter biométrico.** Esto es solo un aspecto: el uso de *big data* y de inteligencia artificial sirve también para poder inferir datos personales y preferencias de los jugadores a partir de los actos de sus personajes en videojuegos. Esto no solo sirve a las empresas desarrolladoras para refinar y mejorar su software, sino también para, como a estas alturas es obvio, promocionar productos y servicios tanto propios como de terceros, en juegos que son verdaderos universos virtuales y que cuentan con millones de usuarios.”⁶²

En este contexto, el PDL de Protección de Datos Personales aparece como suficiente para hacerse cargo de una mejor manera que la escuálida actual regulación que existe en la materia específica de datos personales. Así, se espera que más pronto que tarde se apruebe el mencionado PDL para efectos de solucionar, al menos, uno de los tantos problemas ya enunciados.

4. EL DOPING EN LAS COMPETENCIAS:

Actualmente, no existen en Chile mecanismos de control que permitan verificar que los jugadores (incluyendo menores de edad), no hagan uso de drogas en los periodos de entrenamiento o en las competencias mismas de *e-Sports* con el objeto de mejorar su concentración o de mantener su actividad por periodos más prolongados de tiempo. Por la vía analógica, en el mundo deportivo existen los artículos 69 y siguientes de la Ley N° 19.712, del Deporte (“Ley del Deporte”), los cuales, por mandato legal, establecen la obligación estatal de promover e impulsar “medidas de prevención y control del uso de sustancias prohibidas y métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente la capacidad física de los deportistas o a modificar los resultados de las

⁶² MOIS, Martín (2022):

competencias”⁶³ (artículo 69), lo cual posteriormente se materializa en la creación de la Comisión Nacional de Control de Dopaje (“CNCD Chile”). Pues bien, los mismos problemas pueden verificarse en el mundo de los *e-Sports*. En efecto, existen muchos casos documentados sobre situaciones de esta naturaleza.

A ello se deben agregar además los problemas de adicción que pueden estar vinculados al ejercicio indiscriminado de la actividad del *gaming*, cuestión que ha sido relevada por el propio regulador deportivo nacional, quien como hemos indicado previamente, ha sostenido que “existen antecedentes suficientes para no descartar riesgos considerables para la salud e integridad de quienes practican la actividad *e-Sports* (...)”⁶⁴. De esta manera, el desarrollo no regulado de esta actividad genera un riesgo respecto de los cuales debieran existir mecanismos de control.

5. LA INEXISTENCIA DE UN MECANISMO ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN Y FOMENTO A LOS ACTORES DEL MERCADO:

Otro de los problemas que trae asociada la falta de regulación dice relación con la falta de mecanismos de fomento y profesionalización de la actividad, en desmedro de quienes compiten profesionalmente y del ecosistema de los deportes electrónicos en general. En efecto, en derecho comparado (véase la próxima sección) se ha adoptado, como técnica regulatoria, mecanismos de fomento de la actividad, que llevan a los distintos actores a querer participar de manera más profesional en las mismas. En idéntico sentido, se han establecido algunos mecanismos de registro para quienes organizan competencias, de tal manera de que el Estado tenga a la vista quienes están desarrollando estas actividades, y adoptando medidas, como, por ejemplo, la exigencia de garantías en la entrega y repartición de los premios.

Por lo demás, no puede dejar de mencionarse que en el mundo del *gaming* en general, se producen situaciones muchas veces invisibilizadas, tales como acoso virtual, discriminación y abuso de menores, todas las cuales no cuentan con una protección *ad-hoc* que permita visibilizar tales conductas y sancionarlas adecuadamente. En efecto, especialmente considerando la gran cantidad de menores de edad que participan tanto en competencias como en clubes que

⁶³ CHILE, Ley N° 19.712

⁶⁴ Al respecto, me remito a lo comentado respecto de la fallida solicitud de reconocimiento de los *e-Sports* como modalidad deportiva.

tienden a la profesionalización de la actividad, sería de esperar que el regulador exigiera a los organizadores o dueños de los clubes adoptar medidas suficientes que resguarden la integridad de los jugadores que se encuentran en su esfera de operación.

6. LOS PROBLEMAS DE CONTRATACIÓN LABORAL:

Cabe destacar que, en el entorno nacional, los primeros problemas jurídicos que se han evidenciado a nivel de jugadores dicen relación con los abusos a nivel de contratación por parte de algunos clubes, atentándose contra la estabilidad laboral y el desarrollo competitivo. Siendo un mercado actualmente tan desformalizado, este se presta para este tipo de abusos. Sin perjuicio de que estimo que la legislación laboral entrega las herramientas suficientes para hacerse cargo de estas materias, al menos se puede evaluar establecer ciertas normas de resguardo de la situación de menores de edad que puedan ser contratados o que tiendan a darle continuidad a la prestación de servicios de jugadores a clubes. .

7. LOS PROBLEMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Finalmente, solo por la vía enunciativa, mencionamos que existen problemas asociados a materias de libre competencia, específicamente por el rol de los *publisher* en la industria gracias al control de propiedad que tienen sobre los videojuegos, especialmente en el caso de los *e-Sports*. Tales problemas son fundamentalmente “restringir la oferta de jugadores, repartir el territorio a determinados equipos, agrupar o aislar los derechos de emisión y cierre de otras competiciones.”⁶⁵ (traducción libre).

Un análisis desde la perspectiva de la libre competencia es vital por el poder que tienen los *publishers*. Con razón se ha concluido que “[l]os *Publishers* ejercen un enorme poder en la industria de los deportes electrónicos. Han utilizado su poder para imponer unilateralmente restricciones y tarifas incluso a poderosos actores (...). **Los *Publishers* controlan los mercados de los deportes electrónicos a través de su monopolio sobre la propiedad intelectual** a la que todas las entidades posteriores deben tener acceso para poder competir. Cuanto más control ejerzan los *Publishers* sobre el mercado descendente de los deportes electrónicos, más difícil será para los organizadores de torneos, las emisoras y los equipos independientes participar con éxito en el mercado. **Cuando los *Publishers* se integran verticalmente estableciendo sus propios torneos**

⁶⁵ ARIN, (2020), p.1626:

y retransmisiones, las entidades independientes se ven expulsadas del mercado porque se les prohíbe utilizar la propiedad intelectual de los editores. Un mercado monopolizado verticalmente perjudica a los consumidores porque disminuye los incentivos para la competencia de precios y calidad al eliminar la competencia dentro del juego por la audiencia y los jugadores.”⁶⁶.

Sin perjuicio de ello, no nos referiremos a posibles técnicas de intervención en esta materia, por estimar que la legislación nacional común se hace cargo con suficiencia, al igual que ocurre con temas de propiedad intelectual.

Para concluir este apartado, me parece que todos estos problemas es **posible agruparlos en 3 categorías de orden público: (i) problemas de protección de menores; (ii) problemas de salud; y, (iii) problemas económicos/tributarios/de competencia. Son estos problemas los que se vinculan directamente con los títulos de intervención que justifican una regulación ad-hoc.** Sobre esto volveremos en el capítulo subsiguiente, para previamente exponer cuales son algunas de las soluciones regulatorias que se han adoptado en derecho comparado.

VI. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Las problemáticas que acabamos de enunciar ya han sido o están siendo objeto de discusión y/o regulación en diversos países alrededor del orbe. En este orden de ideas, a continuación, se indican brevemente las que, a mi juicio, constituyen las principales referencias regulatorias a nivel de derecho comparado, siendo algunas de carácter más intensivo que otras.

1. CHINA

Sin ánimos de detenerme mayormente en la regulación china, pues ya he indicado previamente que mi opinión dista bastante de la idea de regular el mercado de los *e-Sports* como un deporte propiamente tal, es imperante al menos referenciar que la República Popular de China fue (y muy tempranamente) **el primer país en el mundo en reconocer oficialmente a los *e-Sports* como un**

⁶⁶ Miroff (2019) p. 223.

deporte oficial, reconocido como tal el año 2003 en la Ley Deportiva de la República Popular China. Esto ha traído como consecuencia toda una estructura federativa oficialmente reconocida y un potente fomento de competencias a nivel Estatal. Todo ello ha traído como consecuencia el desarrollo de todo un entramado jurídico normativo con sustento en el referido carácter deportivo.

2. COREA DEL SUR

En el ordenamiento jurídico surcoreano, existe una ley específica para los *e-Sports*, denominada, *Act On Promotion Of E-Sports (Electronic Sports)*, o, por su traducción en español, “Ley de promoción de los *e-Sports* (Deportes Electrónicos)”⁶⁷, cuyo objetivo declarado, de conformidad al artículo 1° de la misma es establecer una infraestructura para la cultura y la industria de los deportes electrónicos y mejorar la competitividad. En tal sentido, las principales notas de esta son las siguientes:

- (i) **Generalidades:** Se entregan definiciones asociadas a los distintos actores y elementos de la industria (artículo 2°).
- (ii) **Se establece la obligación del Estado y de los gobiernos locales de implementar políticas que promuevan esta actividad (Artículo 4°):** En tal sentido, se autoriza a los gobiernos locales a crear organizaciones de *e-Sports* y desarrollar eventos (artículo 5°). En igual sentido, se radica en el Ministerio de Cultura, Deporte y Turismo (“MCDT”) el establecimiento de un “*Master Plan*” (artículo 6°), en la materia que sería el análogo a las políticas y planes en nuestro ordenamiento jurídico. Incluso, se le entrega al MCDT la potestad de designar a una institución responsable de determinar qué videojuegos qué califican como *e-Sports* (artículo 12).
- (iii) **Se reconoce el carácter profesional de la actividad de los competidores de *e-Sports*:** De esta manera, se encarga al MCDT, el establecimiento de un modelo de contrato estándar para quienes prestan servicios profesionales (artículo 7-2), así como también la posibilidad de que este otorgue financiamiento a los proyectos que tiendan a mejorar la competitividad de este ecosistema, entre otras actividades de fomento y promoción (artículo 8). Esto es muy similar a lo que efectúa el Instituto Nacional del Deporte (“IND”) respecto de la actividad deportiva en Chile.

⁶⁷COREA, Act No.17414 - La mencionada ley puede ser consultada en <https://law.go.kr/eng/engLsSc.do?menuId=2&query=e-sport#AJAX>

(iv) **Reconocimiento de la existencia de la *International e-Sports Federation* (“IESF”):**

En esta línea, se autoriza al gobierno a otorgar asistencia a la IESF (artículo 14), que agrupa a federaciones o entidades públicas o privadas de 123 países distintos. Cabe hacer presente que, según los registros públicos de la IESF, Chile forma parte (de manera autorregulada) a través de *e-Sports Chile*.⁶⁸

Tan cierta es la preocupación del Estado Sur Coreano por el fenómeno del *gaming* y de los *e-Sports*, que incluso en su momento se promulgó el *Presidential Decree* No. 29950, 02. Jul, 2019 *Enforcement Decree of the Youth Protection Act* (Decreto para la Aplicación de la Ley de Protección de La Juventud)⁶⁹, el cual se encarga de regular cuestiones relativas a la protección de los menores de edad que pueden ser afectados por los videojuegos, incluyendo especificaciones en temas de adicción a los videojuegos, entre otros aspectos de protección de menores.

Así, como se observa, la regulación Sur Coreana se hace cargo de la existencia de este fenómeno digital mundial, que tiene impactos en el desarrollo económico de los Estados y de las personas que desarrollan esta actividad, de una manera propositiva, a diferencia de la escasa regulación existente en Chile, que parte de una base negativa (regular los perniciosos efectos que pueden tener los videojuegos), lo cual queda en evidencia no solo en la legislación vigente, sino también en la respuesta que entregó en su momento la Subsecretaría del Deporte, respecto al requerimiento de reconocer a los *e-Sports* como una modalidad deportiva. Así, el caso surcoreano da cuenta de cómo se puede regular este mercado, mediante el establecimiento de reglas claras, de fomento y protección, atribuyendo potestades a entes públicos, sin necesariamente reconocer a los *e-Sports*, la calidad de deporte propiamente tal, además de encargarse adecuadamente de la debida protección de menores.

3. FRANCIA

Los franceses, que también han regulado los *e-Sports*, han utilizado una fórmula distinta a la empleada por Corea del Sur para regular este fenómeno. En efecto, en vez de recurrir a una ley particular, han incorporado la regulación de las competencias de videojuegos en su *LOI n° 2016-*

⁶⁸: <https://iesf.org/about/members>

⁶⁹ COREA DEL SUR, Presidential Decree No.29950 - Disponible en <https://law.go.kr/eng/engLsSc.do?menuId=2&query=youth%20act#liBgcolor9>

1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (Ley por una República digital)⁷⁰. Esta normativa, establece una regulación digital general, dentro de la cual se encuentran diversas alusiones a los *e-Sports*, particularmente en sus artículos 101 y 102, contenidos en el Título III, Capítulo II, Sección IV, llamada *Compétitions de jeux vidéo* (“Competiciones de juegos de video”). Sus notas principales se especifican a continuación:

- (i) **Se entrega una definición de competencia de videojuegos (artículo 101):** Previa remisión al concepto de videojuego contenida ya en la legislación vigente, esta disposición establece que: “una competición de videojuegos consiste en que al menos dos jugadores o equipos de jugadores compitan por una puntuación o una victoria utilizando un videojuego.”⁷¹ (traducción libre). Es relevante mencionar que el legislador francés distingue entre este tipo de competencias y la organización de apuestas, es decir, separa a los *e-Sports* de los juegos de azar. Por lo demás, la gran importancia de esta definición radica en que Francia fue el primer país de la unión europea en establecer una definición de *e-Sports* a nivel legal.
- (ii) **Se entregan atribuciones regulatorias al Conseil d’Etat (Consejo de Estado) (artículo 101):** Básicamente, estas consisten en:
 - (a) **La facultad de fijar por decreto un *quantum* respecto de las ganancias o los premios ofrecidos por los organizadores de competencias:** El cual, en caso de ser traspasado, traerá como consecuencia que el organizador respectivo deberá acreditar/garantizar debidamente la posibilidad de reembolso de ganancias o premios de la competencia. Dicho de otro modo, en el caso de las grandes competencias de *e-Sports*, se exige a los organizadores contar con facultades económicas suficientes que acrediten que cuenta con la capacidad pecuniaria para entregar los premios a repartir. Lo anterior no es menor, pues implica que los organizadores deben declarar sus competencias a la autoridad regulatoria, permitiendo tener al Estado visibilidad y cuidado respecto de las mismas.

⁷⁰REPUBLICA DE FRANCIA, LOI n° 2016-1321 - Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746>

⁷¹ REPUBLICA DE FRANCIA, pour une République numérique - Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746>

- (b) **Establecer por decreto las condiciones de participación de un menor en las competencias de videojuegos:** Además de requerirse la autorización del representante legal del menor.⁷²
- (iii) **Se regula la situación laboral de los jugadores profesionales (artículo 102):** En concreto, se señala que “[s]e define como jugador profesional de videojuegos de competición asalariado a toda persona cuya actividad remunerada sea la participación en competiciones de videojuegos en una relación de subordinación legal con una asociación o empresa que haya sido aprobada (...)”⁷³ (traducción libre). En este contexto, se establece expresamente la aplicación de normativa asociada “*le code du travail*” (código del trabajo) a estos jugadores, estableciéndose, además, ciertas disposiciones de especial aplicación a los jugadores profesionales, tales como (i) que la duración del contrato no puede ser inferior a 12 meses, salvo que se verifiquen ciertas condiciones, ni superior a 5 años; (ii) se establecen ciertas menciones esenciales de este tipo de contratos; (iii) y se indican multas de 3750 euros y, en caso de reincidencia, la multa puede llegar hasta 7.500 euros, además de 6 meses de prisión; (iv) se obliga al empleador a ofrecer condiciones de preparación y formación equivalentes para todos sus jugadores contratados. Todo lo aquí indicado es muy importante, pues el regulador francés, sin reconocer la calidad de deportistas de los jugadores, se hace cargo de su situación, considerando que se encuentran inmersos en un universo jurídico análogo al de los deportistas, esta vez en la era digital.⁷⁴

4. PRINCIPADO DE ANDORRA

También en territorio europeo, una novedad regulatoria la constituye el Principado de Andorra, *Llei 8/2021, del 29 d'abril, d'e-Sports electrònics* (Ley 8/2021, de 29 de abril, de deportes electrónicos) normativa que ha puesto énfasis en el potencial económico (crecimiento y de empleo) de la industria de los *e-Sports*, y en la necesidad de protección de menores y consumidores. Así, se señala expresamente en el preámbulo de la ley que “ el marco jurídico que se propone mediante

⁷² Las atribuciones otorgadas se han materializado de manera concreta en el “*Décret n° 2017-871 du 9 mai 2017 relatif à l'organisation des compétitions de jeux vidéo*”.

⁷³ REPUBLICA DE FRANCIA, *pour une République numérique* - Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746>

⁷⁴ La regulación de los jugadores profesionales se especifica en el “*Décret n° 2017-872 du 9 mai 2017 relatif au statut des joueurs professionnels salariés de jeux vidéo compétitifs*”.

esta Ley responde a los siguientes objetivos: dotar de seguridad jurídica a la actividad que se genera en el espacio digital, asegurar la protección de los consumidores, atraer inversión y empresas extranjeras, favorecer el tejido empresarial en el país, y fomentar la innovación y la creatividad (...) la Ley plantea un régimen específico para jugadores y clubes no profesionales y profesionales y prevé que el Gobierno ponga en marcha un plan estratégico dirigido a impulsar programas y medidas para desarrollar los deportes electrónicos, tanto en el ámbito profesional como en el no profesional”⁷⁵, (traducción libre).

En síntesis, se busca aprovechar el desarrollo de este mercado no solo desde el punto de vista de la protección del ciudadano, sino también desde el punto de vista económico-estratégico. Las principales notas de esta ley son las siguientes:

- (i) **Profesionaliza la actividad:** No solo se entregan definiciones para cada uno de los actores más relevantes del rubro, sino que además se innova en la distinción entre clubes profesionales y no profesionales, así como también jugadores profesionales y no profesionales, además de considerar dentro de las delimitaciones conceptuales a los técnicos profesionales y no profesionales (artículo 2°), considerándose programas y beneficios asociados a los distintos actores. Por lo demás, en lo que respecta a las competencias se obliga a notificar a la autoridad reguladora de la organización de competencias profesionales (artículo 8°) y se reconoce y regula la figura de los árbitros (artículo 23). Cabe destacar que la norma desarrolla de manera acabada la regulación asociada a los distintos actores en sus artículos 8° y siguientes.
- (ii) **Se establecen principios inspiradores de la política de deportes electrónicos:** A tal punto que incluso se considera la integración de los deportes electrónicos en el sistema educativo y su definición como un sector estratégico para la economía. Asimismo, se menciona la adopción de medidas para erradicar prácticas que afecten las competencias o el desenvolvimiento del *gaming*, tales como la discriminación, racismo, xenofobia, intolerancia, y uso de drogas y estimulantes (artículo 4°). Lo anterior va de la mano de una necesaria estrategia gubernamental (artículo 7°).

⁷⁵PRINCIPADO DE ANDORRA, *Llei* 8/2021, Disponible en: https://www.bopa.ad/bopa/033058/Pagines/CGL20210513_12_24_46.aspx

- (iii) **Se crea la “Comissió Andorrana d’E-Sports Electrònics” (Comisión Andorrana de Deportes Electrónicos), dependiente del Ministerio de Economía:** A esta se le entregan importantes atribuciones, tales como velar por el cumplimiento de la ley y sus principios; velar por la seguridad y salud de las personas que se desenvuelven en el ecosistema de los *e-Sports*; intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos; fiscalizar y sancionar las contravenciones a la ley, además de otras atribuciones especialmente propositivas y de ordenación (artículos 6º y 7º).
- (iv) **Se crea el Comitè Andorrà de Promoció dels E-Sports Electrònics (Comité Andorrano de Promoción de los Deportes Electrónicos):** Entidad de integración público privada que busca generar un dialogo permanente entre los distintos actores, reguladores, federaciones y otros participantes del ecosistema de los *e-Sports* (artículos 24, 25 y 26).
- (v) **Doping:** Se regula ampliamente la prohibición del dopaje en este tipo de competencias, entregándose además atribuciones a la “Agència Andorrana Antidopatge” (Agencia Andorrana Anti Dopaje) (artículos 27 y siguientes).
- (vi) **Régimen sancionatorio:** Finalmente, se establece un elaborado régimen sancionatorio (artículos 38 y siguientes), contemplándose entre ellas la inhabilitación, suspensión o privación, con carácter temporal o definitivo; prohibición de acceso al recinto donde se celebra una competición de deportes electrónicos; amonestación; destitución del cargo; y sanciones económicas, dependiendo del caso concreto. En esta última materia, las sanciones son muy disuasorias, ya que, en el caso de infracciones leves, se puede sancionar con hasta 10.000 euros; en el caso de infracciones graves, con un importe de entre 10.001 y 60.000 euros; y, por infracciones muy graves, se puede imponer una sanción fluctuante entre los 60.001 y 120.000 euros.

En resumen, el caso andorrano destaca, no solo por lo reciente de esta regulación, sino también por la seriedad y el acabado desarrollo jurídico de una normativa que pretende ser pionera en este rubro, y que está generando efectos positivos notables, posicionándose como un *Hub* en la materia.

5. OTROS CASOS DE REGULACIÓN NORMATIVA

También desde la perspectiva regulatoria, se hace referencia a otros casos de regulación menos intensiva, pero igualmente destacables:

- (i) **Estados Unidos y Alemania:** Se ha reconocido el otorgamiento de visa a jugadores profesionales.
- (ii) **Bélgica y Países Bajos:** Han prohibido el uso de *loot boxes* en videojuegos.
- (iii) **Indonesia:** Ha reconocido el carácter oficial de los *e-Sports* como un deporte. Cabe destacar que el próximo mundial de *e-Sports* se llevará a cabo en Bali.
- (iv) **Suecia:** Ha establecido programas de prueba a nivel educativo.

6. ALGUNOS CASOS DE DEBATE NORMATIVO/LEGISLATIVO

Finalmente, se hace relevante destacar algunos países donde se ha discutido o se está discutiendo la regulación de los *e-Sports*, siendo este el estado del arte en España y América:

- (i) **España:** La regulación de los *e-Sports*, y especialmente su reconocimiento como un deporte, es actualmente objeto de un intenso debate académico, además de haberse producido intentos de legislar, aunque lamentablemente frustrados, pese al importante potencial que representan los *e-Sports* en este país. Es el caso, por ejemplo, del fallido intento de regulación de los *e-Sports* en Canarias, el cual no llegó a buen puerto. Cabe destacar, asimismo, que actualmente se ha elaborado un anteproyecto de “Anteproyecto de Ley por el que se regulan los mecanismos aleatorios de recompensa asociados a productos de software interactivo de ocio”, cuya fase de audiencia e información pública (el análogo de nuestra participación ciudadana) finalizó el 23 de julio de 2022. Este Anteproyecto tiene por finalidad regular ciertas microtransacciones (como las *loot boxes*), prohibiéndola a menores de 18 años; permitiendo al usuario limitar el dinero gastado en las mismas; limitando horarios de publicidad; mejoras de información; imposición de sanciones (a cargo de la Dirección General de Ordenación del Juego), entre otros.
- (ii) **América Latina y el Caribe:** En nuestro medio, los principales de actual debate legislativo/regulatorio sobre la materia que nos ocupa son:
 - (a) **Argentina:** Se han presentado diversos proyectos de ley y propuestas regulatorias en la materia, especialmente considerando el importante contingente de jugadores y clubes del país trasandino, siendo los principales aspectos considerados en las

propuestas la protección de menores, el establecimiento de reglas claras y el enfoque de género. Sin perjuicio de la actual falta de regulación, en este país ocurre lo mismo que en España, donde la realidad sobrepasa la norma, a tal punto que se ha ido generando un entramado federativo que, por la fuerza de las cosas, terminará con alta probabilidad en una próxima regulación. Manifestación de esto es que Buenos Aires será la sede del Pan American Open 2022, fase clasificatoria para el mundial de Bali.

(b) Brasil: Cuenta con cierta regulación del *gaming*, vinculados a reducción de impuestos, y se ha destacado el debate a nivel de órganos legislativos en torno a la posibilidad de regular los *e-Sports*, desde una perspectiva económica, deportiva y educativa.

(c) República Dominicana: El año 2022 se ha presentado un proyecto de ley por iniciativa parlamentaria con el objeto de declarar a los *e-Sports* como de “interés nacional”, potenciando de esta manera la industria e incluyéndolos dentro del complejo deportivo nacional.

Finalmente, es de esperar que prontamente se comiencen los trámites regulatorios en otros países donde se está dando un fuerte debate académico y de prensa en torno a la materia, tales como Perú, Colombia y México.

7. UNA NECESARIA MENCIÓN A LA REGULACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CALIFICACIÓN

La exposición del presente trabajo no estaría completa si no hiciéramos referencia a las normas internacionales que dan validez en el mercado a los videojuegos en términos de calificación. Sin entrar en detalles específicos respecto de cada uno de ellos, es necesario tener a la vista la existencia de

- (i) **La *International Age Rating Coalition* (“IARC”):** Es una entidad administrada por las principales agencias de calificación del mundo, que ofrece un proceso de clasificación por edad simplificado a nivel mundial para los juegos digitales y las aplicaciones móviles, permitiendo que la calificación por edades y contenido llegue a mas consumidores y con estándares claros de información a estos últimos. A nivel público, destaca la participación de la *Pan European Game Information* (“PEGI”), la

Entertainment Software Rating Board (“ESRB”); y del *Game Rating and Administration Committee (“GRAC”)*. Por su parte, en el mundo privado participan también diversas empresas, destacando *Google Play*; *Nintendo e-Shop*; *Oculus Store*, entre otras.

- (ii) **PEGI:** El sistema de clasificación PEGI surgió en 2003 y vino a reemplazar una serie de sistemas de clasificación que coexistían entre los distintos países que actualmente conforman la Unión Europea (“UE”). Hoy este sistema es aplicable a 38 países de la UE y contiene clasificaciones por edad (3, 7, 12, 16 y 18) y por contenido sensible, si fuera aplicable (lenguaje soez; discriminación; drogas; miedo; apuestas; sexo; violencia; y, compras en el juego).
- (iii) **ESRB:** Es un organismo de regulación norteamericano que surgió en la década de los 90, luego de las polémicas políticas y sociales generadas por videojuegos que fueron considerados en su época como de excesiva violencia, siendo el caso más icónico el de *Mortal Kombat*. Actualmente, el sistema contiene las siguientes calificaciones: *everyone* (para todos); *everyone+10* (para mayores de 10 años); *teen* (para jóvenes); *mature+17* (para mayores de 17); *adults only* (solo para adulto); *pending rating* (calificación pendiente); y, *pending rating likely 17+* (calificación pendiente, pero se anticipa que es para mayores de 17).

La relevancia de estas regulaciones internacionales para nuestro medio es que la Resolución Exenta N° 5733 de 2014, que aprueba tabla de equivalencias de sistemas de calificación de videojuegos, estableció la forma de equivalencia entre las categorías de calificación chilenas y las normas PEGI y ESRB, por lo que, de alguna manera, esta normativa de derecho comparado es aplicable en virtud de esta resolución.

VII. PROPUESTA REGULATORIA PARA CHILE: UNA REVISIÓN A LA LUZ DE LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN

1. LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN PARA LA REGULACIÓN DEL *GAMING* Y DE LOS *E-SPORTS* EN CHILE

Habiendo evidenciado las principales fallas del mercado del *gaming* y los *e-Sports* y, por tanto, la necesidad de una regulación *ad-hoc* que se haga carga de ello, es decir, que gestione los riesgos que se generan en la industria como consecuencia de la existencia de dichas fallas, en esta acápite se presenta una propuesta regulatoria, teniendo siempre presente que actualmente el tema que nos convoca no se encuentra regulado en los términos pretendidos en esta tesis. En efecto, **“para que una actividad económica sea clasificada como regulada en el específico sentido aquí empleado, debe quedar sometida a un control de gobierno que 1) sea distinto del control que se aplica a la generalidad de la actividad económica; 2) esté preocupada de amplios objetivos económicos; 3) se aplique directamente a la conducta en la industria; 4) se aplique por mecanismos gubernamentales relativamente forzados.”**⁷⁶. Hacia este objetivo tienden las próximas palabras, no perdiendo de vista el carácter de Mercado Semi-Regulado propuesto en esta investigación

Recurriendo a la terminología de VILLAR EZCURRA, en este punto se relevan los principales títulos de intervención que habilitarían dotar a nuestro ordenamiento jurídico de un marco regulatorio que se hiciera cargo de manera específica de esta industria, mediante el establecimiento de formas y técnicas de intervención. Sobre el particular, conviene recordar las palabras de LUIS CORDERO, quien con razón ha indicado que “[p]ara ello es necesario establecer el marco constitucional en el cual se desenvuelve la competencia del Estado en la materia, pues será esta la que otorgue cobertura constitucional al tipo y forma de intervención por parte del Estado.//Como hemos dicho, **la cobertura constitucional es el parámetro de referencia que justifica la presencia de la administración en la vida de los particulares** (...) [l]a cobertura constitucional es, por tanto, lo que responde al por qué y dónde interviene la administración y, en definitiva, la justificación de esa intervención”⁷⁷. Tales títulos de intervención pueden ser de carácter genérico o específico, según sea la materia en concreto de que se trate, siendo estos últimos (los específicos), inexistentes respecto de la materia que nos convoca.

Así, es necesario recurrir a los títulos de intervención generales que justificarían una regulación *ad-hoc* para las materias objeto de este trabajo, máxime considerando que la doctrina admite la

⁷⁶ AIMONE (2013) p.3.

⁷⁷CORDERO (2016) p.133.

posibilidad de combinar distintos títulos para regular un sector que no aparece contemplado de manera específica y concreta en la CPR.

Coherente con lo anterior, desde la perspectiva de la naturaleza constitucional de los títulos de intervención que motivan una regulación, tiene sentido verificar primeramente si la norma constitucional habilita (y justifica) la regulación de un sector de la economía, pues dicha norma no solo es título de intervención administrativa, sino también el límite de protección de la pretendida regulación. Así, se ha sostenido que “[l]a regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas.”.⁷⁸

1.1. Títulos de Intervención Asociados a la Protección de Menores

Como se ha evidenciado en las secciones anteriores, existen diversas problemáticas que justifican la existencia de un marco regulatorio que se haga cargo de la protección a menores, mediante la atribución de potestades a la Administración del Estado, siendo los principales, los vinculados a la existencia de participación indiscriminada en juegos de azar virtuales; problemas de adicción a los videojuegos y situaciones de contratación irregular.

Si bien, la CPR no efectúa una referencia expresa a la protección de menores, ni de los derechos de la infancia, es lógico concluir que si existen títulos de intervención asociados a este tópico, lo cual encuentra su prueba fehaciente en la existencia desde antaño de distintas políticas públicas y órganos de la Administración del Estado que se encuentran dotados de potestades relativas a la protección de menores, donde el ejemplo por antonomasia es el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, cuyas potestades se encuentran especialmente contenidas en el artículo 16 de la Ley N° 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica (“Ley N° 21.302”).

Bajo esta lógica, los títulos de intervención que habilitan a la regulación del *gaming* y de los *e-Sports* en Chile, son los contenidos en **el artículo 1°, incisos 1° y 5° de la CPR**: El primero de los

⁷⁸TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 28 de febrero de 1994.

mencionados incisos prescribe que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”⁷⁹, en tanto que el segundo establece que es deber del Estado “**dar protección a la población y a la familia**”⁸⁰. Sobre el particular, se debe recordar que la intención del Constituyente ha sido incluir a los hijos en el concepto de familia⁸¹, cuestión que queda ratificada por la alusión que a los mismos efectúa el artículo 815 del CC.

A mayor abundamiento, se debe recordar el contenido del inciso 2° del artículo 5° de la CPR, el cual dispone que “[e]s deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, **garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.**”⁸². Dentro de estos tratados encontramos la **Convención sobre los Derechos del Niño**, promulgada en Chile mediante el Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Pues bien, el artículo 4° de la mencionada Convención prescribe que “[l]os Estados Parte **adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención**”⁸³, dentro de los cuales se encuentra aquel reconocido en el artículo 34 (derecho del niño a estar protegido [no impedido] de cualquier trabajo que pueda ser nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual o social).

Por último, una tercera disposición constitucional vinculada a la protección de menores se encuentra contenida en el artículo 19 N° 21, “**que cristaliza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público (...)**”⁸⁴. Esto, especialmente pensado en el mundo de los *e-Sports*, se relaciona con el hecho de contar con reglas del juego claras para menores a nivel competitivo, de tal manera de evitar que se produzcan situaciones de abuso tanto en competencias como a nivel de contratación con menores, que puedan ir contra la moral o el orden público. Por lo demás, esta disposición también sirve de título de

⁷⁹ CHILE, Constitución Política de la República.

⁸⁰ CHILE, Constitución Política de la República. Nótese que esta obligación del Estado de dar protección a la población es también título de intervención en materias de protección al consumidor y de protección a los distintos actores del mercado.

⁸¹CEA (2015) Tomo I, pp.210-213.

⁸² CHILE, Constitución Política de la República.

⁸³ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

⁸⁴ CHILE, Constitución Política de la República.

intervención general, máxime considerando que, según se ha dicho, el “Estado en Chile queda facultado para regular en virtud de la precisa autorización del artículo 19 N° 21.”.⁸⁵

De esta manera, las mencionadas disposiciones son las que justificarían en parte establecer una regulación *ad-hoc* para un sector en que participan menores de manera intensiva. En idéntica línea, la Ley de Videojuegos tuvo su razón de ser precisamente en la protección a los menores frente al gran desarrollo experimentado por la industria de los videojuegos, **principal idea matriz de la Ley de Videojuegos**, que otorgó potestades de calificación al CCC en base a esto, tal y como consta en la historia fidedigna de la ley. En idéntico sentido, dentro de las ideas matrices del PDL de Apuestas en Línea, materia muy relacionada con la de los videojuegos, se encuentra la protección de menores.

1.2. La Salud como Título de Intervención

La cobertura constitucional en este caso es evidente, y se encuentra contenida en el artículo 19 N° 9 de la CPR⁸⁶, el cual consagra el derecho a la protección de la salud, disposición constitucional que debe ser complementada con el derecho a la integridad física y psíquica de la persona.

En efecto, **considerando el componente de juegos de azar no regulados en el mercado actual, la ocurrencia de situaciones de *doping* o consumo de drogas o estimulantes y eventuales situaciones de violencia psicológica que se produce en este entorno virtual** (discriminación de género, por ejemplo), es preciso acudir a la salud como potencial título de intervención, específicamente en su faz de salud mental y protección de la integridad psíquica en caso de una futura regulación. La evidencia de esta situación salta a la vista cuando recordamos que la OMS ha incorporado la adicción a los videojuegos a su catálogo de enfermedades mentales.

Cabe destacar que esta lógica de la protección de la salud como título de intervención para crear un marco regulatorio y atribuir potestades a ciertas autoridades ya está siendo tratado en un PDL que tiene algunas notas comunes con la materia en análisis, esto es el PDL de Apuestas en Línea, el cual, al igual que ocurre en materia de protección de menores, también contempla dentro de sus ideas matrices el proteger la salud y la seguridad de los jugadores.

⁸⁵ AIMONE (2013) p.5.

⁸⁶ CHILE, Constitución Política de la República.

1.3. Igualdad de Trato Económico como Título de Intervención.

El título de intervención en este caso se encuentra constituido por el artículo 19 N° 22 de la CPR, que garantiza el derecho a “la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica”⁸⁷. Tal título surge de la estructura económica que se ha desarrollado en el ecosistema de los *e-Sports*, la cual es analogable a la de los deportes. En esta línea, **la Ley del Deporte entrega una serie de incentivos y medidas de protección a los actores del mercado deportivo, discriminación positiva en favor de dichos actores que no se contempla actualmente respecto de los *e-Sports*, pese a la similitud del mercado**. Se debe puntualizar en todo caso, que el comentario efectuado es estrictamente económico y no atiende a los fines de protección de la norma deportiva, los cuales se vinculan con la promoción de una vida saludable.

Por lo demás, la segunda parte de la aludida disposición permite justificar una regulación específica, en vinculación con los títulos de intervención previamente enunciados. Así, se dispone que “[s]olo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad, zona geográfica o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras.”⁸⁸. En opinión de quien escribe, regular los el *gaming* y los *e-Sports* estableciendo gravámenes o beneficios sobre la industria, podría ser perfectamente autorizado por ley (ya ha ocurrido en otras legislaciones), en tanto ello lleve consigo una justificación de regulación económica que no sea discriminatoria, cuestión que en atención a los ribetes del mercado del *gaming* y los títulos de intervención previamente expuestos, estimamos que estaría muy lejos de esa calificación.

Finalmente, se debe recordar que incluso en esta industria existe un *stake holder* que no existe en el mercado deportivo: **Me refiero a los *Publishers*, quienes tienen una capacidad exponencial de generar problemas de *anti-trust* en la industria**, de manera casi indiscriminada, cuestión que justifica con mayor razón regular la actividad económica.

1.4. La Fiscalidad como Título de Intervención

⁸⁷ CHILE, Constitución Política de la República.

⁸⁸ CHILE, Constitución Política de la República.

Con la expresión “fiscalidad” me refiero al interés que tiene el Fisco en una correcta y adecuada recaudación de impuestos como consecuencia del ejercicio de una determinada actividad económica, y que se encuentra reconocida en el artículo 19 N° 20 de la CPR. Desde un punto de vista práctico, atendida la poca claridad que muchas veces existe en los ecosistemas digitales, es que para el caso de los videojuegos, el SII se ha visto en la obligación de dictar el Oficio Ordinario N° 98, de fecha 07 de enero de 2022, previamente mencionado, que aborda tanto materias de tributación a nivel de competencias como de contratación de jugadores. Tal pronunciamiento evidencia la necesidad de dotar de claridad a nivel legal a esta industria, pues si el SII se ha visto en la necesidad de pronunciarse, es porque el marco regulatorio sobre la materia no existe de manera específica y puede dar lugar a dudas.

Al respecto, se podrían adoptar incluso algunas medidas de tributación específica, como por ejemplo, el establecer una base impositiva mayor para aquellos videojuegos o plataformas de videojuegos que fomenten las apuestas en línea en juegos que se encuentran clasificados para menores de edad, técnica regulatoria que ha sido empleada en otras materias y jurisdicciones.

2. PROPUESTA REGULATORIA

Habiendo aclarado la existencia de distintos problemas que justificarían una intervención Estatal, vía regulación legislativa y atribución de potestades en la industria del *gaming* y los *e-Sports* y teniendo especialmente presente los títulos de intervención antes expuestos, a continuación se presentan los lineamientos principales para una potencial regulación, teniendo especialmente a la vista la inexistencia de formas de intervención y técnicas de intervención previamente establecidas por el legislador:

2.1. Vía Regulatoria Legal

Lo primero es anticipar la forma de intervención, que, por cierto, se concibe mediante la vía legislativa en los términos que ya se han expuesto en el cuerpo de este trabajo. Así, siendo la ley el vehículo normativo para establecer las posibles formas de intervención de la Administración, conviene puntualizar como debe ser la referida ley.

En atención a los antecedentes tenidos a la vista en el contexto de esta investigación, surge la pregunta sobre si el mecanismo adecuado es una norma *ad-hoc*, una suerte de *ley e-Sports*, especialmente pensada en el mercado del *gaming* y los *e-Sports* (como el caso de la normativa

andorrana) o si esta normativa debería estar incluida como parte de un proyecto más amplio de ley digital (como el caso de la legislación francesa). En este punto la posición que adopto es la primera, especialmente considerando que **nuestro legislador ha demostrado ser incapaz, hasta la fecha, de proponer un proyecto de ley de regulación digital general que cumpla con los estándares técnicos que actualmente requiere la regulación de las nuevas tecnologías. Por lo demás, considerando que el mercado del *gaming* y de los *e-Sports* tiene ciertas particularidades que se apartan de la experiencia digital de otro tipo de plataformas digitales, especialmente por su vínculo con el juego, pareciera ser que lo lógico es entregar un marco regulatorio *ad-hoc*.**

En este contexto, conviene recordar que la posición adoptada en esta tesis es la de no considerar a los *e-Sports* como deporte, toda vez que la naturaleza jurídica de la actividad difiere, al menos bajo la legislación chilena, de la definición de modalidad deportiva que contiene la Ley del Deporte, existiendo por lo demás un pronunciamiento del regulador deportivo que se ha inclinado por la negativa de su reconocimiento en tal sentido.

Es por lo anterior, que, en caso de una eventual regulación, estimo que esta debería ser por la vía de una ley especial, que ordene al *gaming* y los *e-Sports* como un Mercado Semi-Regulado, ordenación que en mi parecer debe comenzar por reconocer el rol de los distintos actores del ecosistema digital para efectos de entregar un marco general donde deba actuar el Estado, tanto mediante técnicas de policía, como mediante técnicas de fomento, al menos.

2.2. *El Ente Regulador*

Actualmente no existe ningún órgano que cuente con la vocación competencial y potestativa adecuada para obrar como ente regulador. En efecto, el ordenamiento jurídico nacional aparece como obsoleto en esta materia, tanto que las escasas potestades regulatorias que existen en la materia, esto es, las relativas a calificación de videojuegos se han entregado a un órgano que no cuenta con el *know how* que hoy demanda el mercado del *gaming* y de los *e-Sports*. En efecto, tal y como releva JOSE LUIS CEA, el estatuto legal del CCC tuvo a la vista como ideas matrices el establecimiento “de un sistema de calificación de la producción cinematográfica, destinada a la comercialización, exhibición y distribución pública de ella”⁸⁹, denotando su origen nomogénico

⁸⁹CEA (2012) Tomo II, p. 416.

que en caso alguno sus potestades originarias (y para ser honestos, tampoco las actuales), se relacionan con la lógica actual de los videojuegos y los *e-Sports*.⁹⁰

Por su parte, el único órgano vinculado con el mundo del juego que en parte podría acercarse remotamente al mundo del *gaming* es la Superintendencia de Casinos de Juego, a quien actualmente el legislador pretende entregarle técnicas de intervención vinculadas a plataformas digitales de apuestas. Sin embargo, el ecosistema del mundo de los juegos de apuesta es diverso del *gaming*, desde el momento en que las apuestas y juegos de azar regulados en la Ley de Casinos constituyen el giro exclusivo de los actores de dicho mercado, en tanto que en el *gaming* y los *e-Sports* la existencia de situaciones semejantes a juegos de azar, constituyen un efecto accesorio de la evolución de los videojuegos, con una naturaleza distinta, por lo demás.

Así, descartada la posibilidad de que el regulador en la materia sea la autoridad deportiva, el CCC o la Superintendencia de Casinos de Juego (al menos con las actuales competencias atribuidas), la alternativa que propongo es la creación de una agencia especializada, que permita incardinar el mercado del *gaming* y, especialmente el de los *e-Sports*.

La experiencia comparada ha demostrado que este puede ser un mecanismo efectivo y *ad-hoc* al mercado, cuestión que desde el punto de vista del ejercicio de potestades específicas (de la técnica), tiene todo el sentido del mundo, pues tratándose de una regulación especial, que, en muchos casos requerirá de una adecuada ejecución de la norma, no debe olvidarse que “la aplicación de una norma implica de manera necesaria su previa interpretación”⁹¹, y requiriendo esta propuesta de la aplicación por parte de un/unos órganos de la Administración del Estado, que mejor que lo haga uno que tenga el *know how* y competencias especializadas en la materia. **En esta senda, la propuesta implica, por su propia naturaleza, que la mencionada agencia tenga facultades de resolución de conflictos en la industria, un verdadero contencioso administrativo especializado.**

No debe olvidarse que la regulación de esta económica también implica gestionar los riesgos asociados a ella, que se constituyen por los problemas que hemos evidenciado a lo largo de este trabajo, y en la regulación de riesgos “se actúa sobre un elemento que resulta del todo clave: el

⁹¹GUZMÁN (2014) p.5.

elemento epistemológico, el conocimiento. Por lo general, se trata de un conocimiento experto, científico, en atención a la creciente complejidad tecnológica. El avance en el conocimiento sobre un riesgo, comporta su reducción, pues la esencia del riesgo, lo que le da su peculiar carácter y reclama una regulación específica, es la incertidumbre, el desconocimiento”.⁹². De ahí la conveniencia de una agencia con conocimiento y competencias especializadas en la materia: la disminución y gestión efectiva del riesgo. En efecto, ha quedado demostrado que el haber dotado al CCC, por ejemplo, de algunas competencias en la materia, ha resultado no solo algo artificial (por alejarse de su conocimiento específico), sino también poco eficiente, pues poco es lo que ha hecho por pronunciarse hasta ahora sobre la materia objeto de su regulación.

Los beneficios de una agencia especializada en este mercado han sido ya relevados, en términos tales que se ha afirmado que **“debe formarse una entidad nacional independiente que gobierne los deportes electrónicos para adaptarse al rápido crecimiento y crear nuevos derechos u obligaciones legales**. Lo ideal sería que una organización de deportes electrónicos tuviera el poder de establecer, promover y hacer cumplir las normas de los participantes nacionales en todos los deportes electrónicos. **Aunque si bien la supervisión es necesaria para que la industria de los deportes electrónicos siga floreciendo, dicha supervisión debe evitar la extralimitación.”**⁹³(traducción libre). Es decir, **debe existir un cierto margen de riesgo permitido. De ahí que la propuesta sea convertir a este en un Mercado Semi-Regulado y no en un Mercado Regulado**.

Sin embargo, para el caso en que el regulador no estime necesario crear una agencia especializada, y eventualmente se mantengan las potestades regulatorias actuales que tienen ciertos organismos, una posibilidad podría ser dotar de competencias de regulación técnica y de sanción a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, previa calificación de los organismos técnicos cuyas competencias correspondan a las diversas materias que se aborden (por ejemplo, CCC en materias de calificación y la SCJ en materia de apuestas o potenciales apuestas). Sin embargo, y siendo coherente con lo descrito en el presente trabajo, estimo que tal posibilidad si bien podría eventualmente encuadrarse dentro de los ámbitos competenciales de los distintos órganos involucrados, de manera un tanto forzada, y previa aplicación del principio de coordinación

⁹²ESTEVE (2021) p.169.

⁹³ CHAO (2017), p.765.

administrativa, creo que no sería la más adecuada, desde el momento en que la vocación misma de estas agencias estatales históricamente no se ha relacionado con el mundo del *gaming*, más que para fines estadísticos o de calificación, en el mejor de los casos.

Lo anterior, en todo caso, es sin perjuicio de atribuir ciertas potestades regulatorias al SERNAC y a la Dirección del Trabajo, en los ámbitos propios de su competencia; y de considerar que existen alcances en materia de protección de datos y libre competencia que pueden o podrían ser resueltos de manera sustentable en la legislación nacional general sobre estas materias.

2.3. *Las Formas y Técnicas de Intervención*

Enseguida, y solo con pretensiones de enunciar algunos lineamientos generales, estimo necesario señalar brevemente algunas de las posibles formas de intervención, a la luz de los títulos de intervención que justifican el porqué de la regulación:

- (i) **Respecto de la protección de menores y la salud de las personas:** La propuesta consiste en establecer actividades de policía y de fomento como formas de intervención, tanto para el *gaming* en general, como para los *e-Sports* en particular, proponiendo que tales actividades se materialicen en las siguientes técnicas de intervención:
 - (a) **Poder de Regulación:** Siguiendo a BERMUDEZ, se trata de otorgar a un órgano la potestad de dictar normas que pueden influir en la esfera jurídica de los particulares⁹⁴, de ordinario limitándola. Es la técnica de intervención por antonomasia y permite al regulador (en el caso propuesto, a un regulador especializado en la industria), dictar actos administrativos que ordenen ciertos aspectos con miras a evitar que se produzcan efectos negativos. Lo anterior con el objeto de controlar las siguientes obligaciones:
 - **Obligaciones de Registro:** Ya sea bajo la lógica de fomento u ordenación. Se destacan 2 posibles registros, llevados por una agencia especializada, que se estiman necesarios para regular algunos de los perniciosos efectos que se pueden producir en esta industria. **En primer lugar, obligación de que los *publishers* que superen un cierto número de jugadores nacionales o las**

⁹⁴BERMÚDEZ (2014) p.322.

plataformas digitales en las que se publiquen sus juegos deban estar registrados, con miras a poder perseguir responsabilidades u otorgar al regulador de *anti-trust* visibilidad respecto de ciertos riesgos de libre competencia. **En segundo lugar, una obligación de que los organizadores de competencias se sometan a registros llevados ante la misma agencia especializada, no pudiendo organizarse competencias por quienes no se encuentren en dicho registro, de manera que la agencia pueda tener visibilidad de quienes organizan tales competencias, y se puedan entregar mejores garantías a los menores que participan.** Sobre estas obligaciones de registro propuestas, cabe consignar que el mundo de las plataformas digitales tiene el gran problema (especialmente en el caso del *gaming*) que genera un ambiente en que pueden “cometerse infracciones sin que exista con claridad una jurisdicción en la que se pueda interponer una demanda (...), generando así incertidumbre (...)”⁹⁵, riesgo que se disminuye estableciendo obligaciones de registro que permitan identificar a quienes se encuentran involucrados en la contratación.

- **Obligaciones de publicidad y certeza asociadas a las situaciones de azar:** En relación a los algoritmos, porcentajes y probabilidades con que se obtienen los premios, asegurando cierto grado de certidumbre. Por lo demás, una técnica utilizada en otras legislaciones es la de que los videojuegos deban establecer mecanismos de advertencia.
- **Obligaciones de protección laboral:** Establecimiento de un mínimo de edad para competir de manera oficial en representación de un club y para participar en competencias oficiales, así como también ciertos márgenes en que los jugadores pueden estar entrenando y la obligación de que los clubes cuenten con espacios y tiempos que permitan desarrollar actividades deportivas que eviten el sedentarismo. Por lo demás, se estima prudente establecer un periodo mínimo de permanencia. Todo esto, en base a la debida coordinación con la Dirección del Trabajo.

⁹⁵ BIELLI y ORDOÑEZ (2020), p.85.

- (b) **Potestad autorizatoria:** Específicamente contemplada para operar como equipo o club de *e-Sports* en Chile, o bien como operador de competencias. De alguna manera, las obligaciones de registro propuestas también se encuadrarían dentro de esta clasificación.
- (c) **Fiscalización y Sanción:** En un esquema como el propuesto, para hacer efectiva el manejo de riesgos y corrección de fallas que hemos evidenciado, se requiere, por supuesto, la atribución de potestades de fiscalización y sanción a órgano de la Administración, frente a un evento infraccional toda vez que “es consustancial al Derecho regulatorio la existencia de este tipo de sanciones como consecuencia de la administración de un sector económico o de determinadas actividades, ya sea que la intervención sea de una mayor o menor intensidad.”.⁹⁶
- (d) **Técnicas de intervención propias de las actividades de fomento:** Sobre esta materia, son diversos los ejemplos que existen en derecho comparado, tales como el establecimiento de subvenciones, rebajas tributarias, beneficios, entre otros, normalmente atribuidos a quienes fomenten la industria estatal. El establecimiento de determinados impuestos o exenciones de los mismos también podría ser una técnica intervención relevante, la cual podría variar dependiendo del esquema regulatorio que se adopte.

Finalmente, a todo ello se debe agregar que una Ley *e-Sports*, como la que se pretende, no sería eficaz si la misma no contempla ciertas modificaciones a la normativa en materia de protección al consumidor, laborales y de protección de datos.

2.4. Finalmente: ¿Es momento de regular?

Por supuesto que estoy por la afirmativa. REMY CABRILLAC reconoce, a lo largo de su obra “Las Codificaciones”⁹⁷, algunos presupuestos necesarios para que una nación pueda codificar. Tales presupuestos pueden aplicarse por analogía a las expresiones legislar o regular, y son (i) la existencia de necesidad jurídica de efectuar el cambio normativo, lo cual, por lo demás, se va construyendo mediante la existencia de obras epigonales o relevantes en la materia, de orden

⁹⁶CORDERO (2014) p.179.

⁹⁷CABRILLAC (2009), pp. 76-101.

público o privado, normativas, doctrinales, nacionales o extranjeras; y, (ii) la existencia de una fuerte voluntad política de llevar a cabo el cambio normativo:

- (i) **Necesidad jurídica de regular:** Los distintos problemas jurídicos relevados en este trabajo, sumado a las soluciones que se han ido entregando en derecho comparado, dan cuenta de que dejar a este mercado a la deriva, no genera sino problemas, lo que da cuenta de una necesidad de regular (o semi-regular) al menos sus aspectos más sensibles. En complemento a esto, ha quedado demostrado que existen obras y normas relevantes que dan cuenta de la necesidad de regular. La Ley Digital Francesa, la novedosa y actualmente provechosa normativa del Principado de Andorra, o las regulaciones específicas que existen en algunas jurisdicciones son algunos ejemplos de ello. Por lo demás, cada día más autores escriben acerca de los problemas que se generan como consecuencia de la falta de regulación o de la “auto-regulación”, teorías que han ido quedando cristalizadas en diversas publicaciones y monografías.
- (ii) **Voluntad política de regular:** Este último punto, en mi opinión, actualmente no se cumple y es la piedra de tope del avance regulatorio chileno. Tal situación se produce, no porque al Estado y las distintas autoridades no le importen los ámbitos de cobertura constitucional que se ven afectados actualmente (es claro que el legislador busca regular materias conexas con los proyectos de ley en materias digitales y de entretenimiento), sino más bien porque se ha omitido del análisis regulatorio digital el especial carácter que tiene esta industria, que se desenvuelve en un entorno virtual, pero con una estructura económica muy similar a la deportiva, lo cual lo convierte en un mercado digital *sui generis*.

Así, la respuesta sobre si es momento de regular se responde con el cumplimiento de los primeros 2 requisitos recién enunciados, sin embargo, se requiere de un factor político que hoy, a todas luces, no se cumple, y que dice relación con la voluntad política.

En los hechos el mercado sigue madurando, los países aprovechan sus ventajas económicas y regulan con mayor o menor intensidad la industria del *gaming*, otorgando la debida protección a sus actores y al público en general. Chile, por su parte se mantiene al margen. No es casualidad que en el derecho comparado se regule y/o se discuta su regulación por

quienes adoptan decisiones, ni mucho menos es casualidad el amplio debate jurídico que se genera especialmente en Europa y Estados Unidos.

Este mercado tiene una importancia relevante y tarde o temprano el regulador deberá tomar cartas en el asunto, pues la realidad superará a la norma. Lamentablemente como ha ocurrido en muchas otras áreas, nuestro país parece subirse tarde al carro de la vanguardia normativa y económica, normalmente esperando que ocurra algún suceso anómalo o escandaloso para recién hacerse cargo de la cuestión. Sin embargo, con una mirada más optimista, pareciera ser que la discusión legislativa que se genere a propósito de los proyectos de ley en materias digitales y de apuestas, pueden ser tierra fértil para que el legislador tome consciencia de la necesidad de regular el *gaming* y los *e-Sports* en un nuevo proyecto de ley especial.

El momento de regular es ahora y se requiere estimular al legislador/regulador para que se adopten decisiones en tal sentido.

VIII. CONCLUSIONES

1. **El fenómeno del *gaming* actualmente ha evolucionado en su vertiente de *e-Sports*, generando mayores ingresos y desafíos regulatorios que ninguna otra industria del entretenimiento.** En efecto, no solo se trata de regular transmisiones o bandas horarias como ocurre en la televisión y el cine, sino de hacerse cargo de los problemas que rodean a los distintos actores del mercado y al título general.
2. **Existen una serie de fallas de mercado que justifican su regulación.** Estas se vinculan especialmente a problemas de protección de menores, desarrollo de conductas poco saludables y falta de fomento en una industria que presenta caracteres estructurales similares a la del mundo deportivo, pero que no cuenta con las ventajas regulatorias de dicho ecosistema.
3. **A nivel mundial, este fenómeno está siendo regulado en distintos países, de manera más o menos intensiva y en otros casos existen regulaciones sectoriales al menos de fomento. Por lo demás, en muchos más se está discutiendo a nivel legislativo la regulación de los mismos,** especialmente mediante el reconocimiento de federaciones y

establecimiento de agencias reguladoras fundamentados en títulos de intervención similares a los existentes en Chile. No es de sorprender que dentro de los próximos 2 años los países con leyes ad-hoc aumenten exponencialmente.

4. **En Chile, el regulador no ha puesto la suficiente atención a esta materia, ni a los mercados digitales en general. Hoy, existen títulos de intervención suficientes a nivel constitucional, que habilitan al legislador a intervenir mediante formas y técnicas de intervención. Los mencionados títulos se vinculan en gran parte con la protección de menores, la protección de la salud y el fomento de la actividad económica de los particulares.**
5. La madurez que se ha ido consolidando en la industria nacional, cada vez más nutrida y más rentable, permite afirmar que **la vía regulatoria *ad-hoc* para Chile es mediante el establecimiento de una Ley *e-Sports*, comprensiva de materias de *gaming* general y de profesionalización de la actividad a nivel competitivo.** Es necesario, sin embargo, estimular al regulador/legislador, para efectos de que una propuesta como la presentada en esta tesis, sea incluida dentro de la agenda legislativa, único mecanismo posible actualmente, desde el momento en que nuestro actual entramado administrativo, no reconoce un ente o un marco jurídico que cuente o reconozca con las potestades y la experiencia adecuadas para este mercado.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Actividades económicas reguladas* (Editorial Thomson Reuters), pp. 256.
- ARIN, Michael (2020): “*Competing Competitions: Anticompetitive Conduct by Publisher-Controlled Esports Leagues*”, *Minnesota Law Review*, 104(3), p. 1585-1646.
- BELLI, Simone, Y LÓPEZ RAVENTÓS, Cristian (2008): “Breve historia de los videojuegos”, *Athenea Digital: Revista de pensamiento e investigación social*, vol. 14, pp. 159-179.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Thomson Reuters, Tercera Edición Actualizada), pp. 794.
- BIELLI Gastón y ORDOÑEZ Carlos (2020): *Contratos Electrónicos. Teoría General y Cuestiones Procesales*, Tomo I (Thomson Reuters), 519 p.
- CABRILLAC, Remy (2009): *Las Codificaciones*, (trad. Paulina Pulido Velasco y Claudia Bulnes Olivares, Santiago, Editorial Flandes Indiano), 356 p.
- CASSAGNE PALESTRA, Juan (2015): *Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo* (Thomson Reuters, La Ley), pp. 529.
- CASTRO AZÓCAR, Felipe (2019): *Análisis Económico del Derecho Regulatorio* (Editorial Hammurabi), pp. 178.
- CEA EGAÑA, José (2015): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I (Ediciones UC, Tercera Edición), pp. 510.
- CEA EGAÑA, José (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Ediciones UC, Segunda Edición), pp. 773.
- CHAO, Laura (2017): "You Must Construct Additional Pylons: Building a Better Framework for Esports Governance," *Fordham Law Review* 86, no. 2, 737-766
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2018): *Derecho Administrativo Sancionador* (Editorial El Jurista), pp. 429.
- COMERFORD, Dayle (2018): “Call for NCAA adapted sports championships: Following the eastern college athletic conference's lead to nationalize collegiate athletic opportunities for student-athletes with disabilities”, *Marquette Sports Law Review*, vol. 28, pp. 525-552.

- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan (2015): “Obligaciones y responsabilidad civil”, Revista chilena de derecho privado, vol. 25, pp. 203-215.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): “*Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho Chileno*” (Legal Publishing), pp.437.
- CORDERO VEGA, Luis (2016): “El medio ambiente como título de intervención administrativa: el caso del sistema de evaluación de impacto ambiental”, Revista de Derecho Público, vol. 63, pp. 128–153.
- CUEVAS, Claudia (2021): “Videojuegos con cajas de recompensa: ¿Sólo un juego o un juego de azar? Experiencia Extranjera y Situación en Chile”, Asesoría Técnica Parlamentaria, *Biblioteca del Congreso Nacional*. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/31891/1/SUP_129552_Videojuegos_con_cajas_de_recompensa.PDF. Fecha de consulta 29/09/2022.
- DARIO VELTANI, Juan (2020): “Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataforma. Aspectos contractuales. Incidencia de la propiedad intelectual” en Dario Veltani, Juan, *Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataforma* (Editorial Thomson Reuters), pp. 1 – 70.
- ESPOSITO, Nicolas (2005): A Short and Simple Definition of What a Videogame Is. DiGRA 2005: Changing Views: Worlds in Play, 2005 International Conference <http://summit.sfu.ca/item/258>.
- ESTEVE PARDO, José, (2021): *Principios de Derecho Regulatorio. Servicios Económicos de Interés General y Regulación de Riesgos* (Editorial Marcial Pons), pp. 224.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II (Ediciones UC), pp. 492.
- FONTANET LABBÉ, Luis (2018): *Planificación Administrativa* (Editorial Hammurabi), pp. 196.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): *La interpretación administrativa en el derecho chileno* (Editorial Thomson Reuters), pp. 235.
- HAMARI, Juho, Y SJÖBLOM, Max (2017): "What is e-Sports and why do people watch it?", Internet Research, Vol. 27 N° 2, pp. 211-232.
- KEMP, Chadley, PIENAAR, Paula, y RAE, Dale (2020): Brace yourselves: e-Sports is coming, South African Journal of Sports Medicine, vol. 32 N° 1, pp. 1-2.

- MIROFF, Max (2019): “Tiebreaker: An Antitrust Analysis of Esports”, Columbia Journal of Law and Social Problems [52:2], pp. 177-223.
-
- MOIS, Martín (2022): “Player Beware: Datos Personales y videojuegos”, *Estado Diario*. Disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/player-beware-datos-personales-y-videojuegos/>. Fecha de consulta 07/06/2022.
- PEDRAZA-PEDRAZA, Ismael (2019): “Los e-Sports a Debate”, *Revista Información Psicológica*, pp. 111-131.
- RIVERA ARTEAGA, Eduardo, Y TORRES COSÍO, Verónica (2018): p.3. “*Videojuegos y habilidades del pensamiento*”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, 8(16), pp. 267-288. <https://doi.org/10.23913/ride.v8i16.341>.
- RODRÍGUEZ TEN, Javier (2018): *Los e-Sports como ¿deporte? Análisis jurídico y técnico-deportivo de su naturaleza y los requisitos legales exigidos* (Editorial Reus S.A.), pp. 152.
- SUTANTIO, Y. E., POEDJOETAMI, Esty, Y WIDJAJANTI, Wiwik (2018): “eSport Building Design Role In Introducing Its Activities”, 1st International Conference on Advanced Engineering and Technology, Institut Teknologi Adhi Tama Surabaya, pp. 14-19.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO (2018): *Derecho Administrativo Económico. Sectores, regulados: Servicios públicos, territorio y recursos naturales* (Editorial Thomson Reuters), pp. 608.
- VILLAR EZCURRA, José (1999): *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares* (Civitas Ediciones), pp. 435.
- WEN-TSUN WONG, Anthony (2019): “Analysis of Global Regulatory Schemes on Chance-Based Microtransactions”, *Asper Review of International Business and Trade Law*, vol. 19, pp. 111-154.

X. NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Código Civil (14/12/1855).
- CHILE, Decreto N° 51/2015, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (25/03/2015), Reglamento que regula el contenido, forma, dimensiones y demás características de la leyenda que deben exhibir los videojuegos.

- CHILE, Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del Ministerio de Hacienda (13/09/2019) que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.
- CHILE, Decreto Ley N° 824 (27/12/1974), que aprueba texto que indica de la ley sobre impuesto a la renta.
- CHILE, Ley N° 19.712 (30/01/2001), del Deporte.
- CHILE, Ley N°19.846 (09/12/2002), sobre Calificación de la Producción Cinematográfica.
- CHILE, Ley N° 19.995 (04/01/2005), que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego.
- CHILE, Ley N° 20.756 (02/06/2014), que regula la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de 18 años y exige control parental a consolas.
- CHILE, Ley N° 20.285 (11/08/2008), sobre acceso a la información pública.
- CHILE, Ley N° 21.302 (22/12/2020) que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica.
- CHILE, Oficio Ordinario N° 659, Subsecretaría del Deporte (11/09/2019).
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (20/11/1989).
- COREA DEL SUR, Act No.17414 (09/06/2020), on Promotion of e-Sports.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Clasificación Internacional para Enfermedades, Undécima Revisión” (11/02/2022).
- PRINCIPADO DE ANDORRA, Llei 8/2021 (29/04/2021), d’e-Sports electrònics.
- REPUBLICA DE FRANCIA, Décret N° 2017-871 (09/03/2017), relatif à l'organisation des compétitions de jeux vidéo.
- REPUBLICA DE FRANCIA, Loi N° 2016-1321 (07/10/2016) pour une République numérique.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional, 10/09/2015, rol 2758-2015, inaplicabilidad por inconstitucionalidad.
- Tribunal Constitucional, 10/02/1995, rol 207-1995, inconstitucionalidad.