

SALA DE ADMISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. - Quito, D.M., 15 de diciembre de 2023.

VISTOS: El Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador, conformado por las juezas constitucionales Alejandra Cárdenas Reyes y Teresa Nuques Martínez, y el juez constitucional Enrique Herrería Bonnet, en virtud del sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión de 15 de noviembre de 2023, **avoca** conocimiento de la causa **100-23-IN, Acción Pública de Inconstitucionalidad.**

1. Antecedentes procesales

1. El 16 de noviembre de 2023, el señor Esteban Javier Polo Pazmiño (“**accionante**”) propuso una acción pública de inconstitucionalidad en contra de acto normativo en el que impugnó la disposición general única del decreto ejecutivo número 876 emitido el 15 de septiembre de 2023 (“**decreto 876**”), publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 401 de 21 de septiembre de 2023; que establece:

DISPOSICIÓN GENERAL ÚNICA Para efectos de la aplicación del impuesto a la renta único a los operadores de pronósticos deportivos, se entenderán como actividades de pronóstico deportivo aquellas en las que se facilita a los usuarios o clientes la oportunidad de pronosticar el resultado de una determinada competencia o actividad deportiva dependiendo no únicamente del azar sino de un análisis de probabilidad de que un determinado deportista o deportistas triunfen, con base en la experticia y grado de análisis que pueda tener el usuario o cliente, de manera que obtenga un premio o beneficio en caso de acertar.

Las actividades de pronóstico deportivo no habilitan a la prestación de servicios de juegos de azar tales como casinos, bingos, loterías o apuestas en general, ya sea físicamente, por medios digitales o por cualquier otro medio, las cuales están prohibidas por el artículo 236 del Código Orgánico Integral Penal y por pronunciamiento popular en la pregunta 7 de la Consulta Popular celebrada el 7 de mayo de 2011.

El juego de azar sin fines de lucro está sujeto a lo previsto en el art. 236 del Código Orgánico Integral Penal y el Decreto Supremo Nro. 130 publicado en el Registro Oficial Nro. 57 del 3 de enero de 1938.

2. En su demanda, también impugnó los artículos 1 y 2 del decreto supremo número 130 emitido el 30 de diciembre de 1937 (“**decreto 130**”), publicado en el Registro Oficial número 57 de 3 de enero de 1938; que determinan lo siguiente:

Art. 1°- Quedan prohibidos los juegos de azar, o sea aquellos en que hay envite o se arriesga dinero o algo que lo valga, y la ganancia o pérdida depende única y exclusivamente de la suerte.

Art. 2°- Quedan exceptuados de la anterior disposición la Lotería de la Beneficencia Municipal de Guayaquil, así como las rifas de juguetes y otros artículos que se exhiben en los días de fiestas cívicas, Navidad y Año Nuevo, siempre que estos últimos no fueren premios que representen dinero, para lo que obtendrán la autorización del Ministerio del Ramo.

2. Oportunidad

3. La presente acción pública de inconstitucionalidad se plantea por razones de fondo, por lo que se observa que se ha presentado de manera oportuna con base en lo establecido en el artículo 78 de la LOGJCC.

3. Pretensión y fundamentos

4. Previo a fundamentar su demanda, el accionante realizó un recuento sobre los antecedentes de la prohibición de juegos de azar con fines de lucro. En ese sentido, refirió que el 7 de mayo de 2011 se llevó a cabo una consulta popular a nivel nacional en la que se cuestionó: “¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?”. Esta pregunta fue aprobada por el 52,34% de los consultados y, como consecuencia, se agregó el artículo 236 del COIP que reza:

Art. 236.- La persona que administre, ponga en funcionamiento o establezca casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que **con afán de lucro** lleve a cabo las actividades señaladas en el inciso anterior, **simulando que las efectúa sin fines de lucro**, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (Énfasis consta en el original)

5. En ese sentido, estima que la pregunta 7 de la consulta popular “se limitó a tipificar los juegos de azar con fines de lucro”. Por esta razón, en el decreto ejecutivo 141 de 29 de julio de 2021, se reformó el Reglamento General de Aplicación a la Ley de Turismo para regular los juegos de azar “sin fines de lucro para instituciones con finalidad social y pública que tienen a su cargo la prestación de servicios sociales tales como atención de hospitales, maternidades, casas de ancianos y huérfanos”. De tal forma que para el accionante existe un régimen normativo diferenciado para los juegos de azar con y sin fines de lucro y, por ende, estas figuras no pueden ser asimilables.
6. En cuanto a la seguridad jurídica, señala que, como consecuencia de la consulta popular, “se prohibieron en el país los juegos de azar con fines de lucro”. Por ende, se generó la legítima expectativa de que “los juegos de azar sin fines de lucro están permitidos”. Es por ello que el COIP no incluye como una conducta penal a este tipo de actividades.
7. El artículo 1 del decreto 130, por su parte, no diferencia si quien organiza el juego de azar tiene o no fines de lucro, por lo que, tampoco responde a las “legítimas expectativas” que se generaron tras la consulta de 2011. En tal sentido, estima que se anuló la certidumbre y la previsibilidad porque:

[...] la disposición general única del decreto ejecutivo No. 876, **sin ninguna justificación** se refirió al decreto supremo No. 130 de 1937 y, en consecuencia, se **amplió la prohibición que tuvo lugar mediante consulta popular y se extendió así la prohibición a los juegos de azar sin fines de lucro**. (Énfasis consta en el original)

8. Asimismo, refiere que la disposición impugnada del decreto 876 restringe el derecho a la seguridad jurídica porque determina que “los juegos de azar sin fines de lucro se sujetan a un tipo penal que no ha tipificado aquella conducta”, pues amplía las conductas contenidas en el artículo 236 del COIP.
9. Considera que se trastocó el principio de reserva de ley y la “garantía de tipicidad” porque la disposición impugnada del decreto 876 “introduce elementos no previstos por el legislador”. Esto porque “no queda duda que la disposición general única del decreto ejecutivo No. 876 introduce un elemento a un delito previsto legalmente, lo cual altera su tipicidad. Este ámbito le corresponde única y exclusivamente al legislador”.
10. Sobre el derecho a la libertad de desarrollar actividades económicas, citó jurisprudencia de esta Corte e identificó que “(i) la disposición general única del decreto ejecutivo No. 876 estableció que una actividad económica (juegos de azar sin fines de lucro) estarían sujetos al (ii) decreto supremo No. 130, cuyo artículo 1 restringe esta actividad pues, sin más, la prohíbe”. Por ende, el derecho a desarrollar actividades económicas “ha sido anulado”.
11. Manifiesta que las disposiciones cuestionadas “desconoce[n] los principios de solidaridad y responsabilidad social que rigen para el ejercicio de este derecho [el de libertad de desarrollar actividades económicas]”, pues las actividades sin fines de lucro “terminan cubriendo necesidades sociales que por insuficiencia o negligencia no pueden ser solventadas por el Estado”, entre otras.
12. En cuanto a la igualdad formal y material, sostiene que las disposiciones impugnadas del decreto 130 trastocan el derecho porque exceptúan a la Lotería de la Beneficencia Municipal de Guayaquil. A su criterio, la excepción provoca un tratamiento diferenciado al habilitar solo a una entidad sin fin de lucro la posibilidad de realizar juegos de azar.
13. En función de lo anterior, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones *supra*. Igualmente, requirió la suspensión provisional de la norma, pues estima que se reúnen los requisitos de verosimilitud, inminencia y gravedad por la irreversibilidad del daño y por su intensidad.
 - 13.1. El accionante considera que “existe verosimilitud toda vez que la actividad de juegos de azar sin fines de lucro estaría prohibida” de conformidad con las normas cuestionadas.
 - 13.2. Indica que se “verifica la inminencia, ya que la regulación impugnada se encuentra vigente, con lo cual, surte efectos en la actualidad”. Como resultado, los efectos de las normas “conllevan la prohibición de una actividad económica, un tratamiento diferenciado [...] y la ausencia de certidumbre y previsibilidad, dado que, inclusive, una de las disposiciones pretende alterar un tipo penal”.

- 13.3.** Por último, hay irreversibilidad del daño e intensidad, pues manifiesta que “la vigencia de estas disposiciones anula el ejercicio de varios derechos, lo que provoca daños profundos y la imposibilidad de revertirlos”.

4. Requisitos

- 14.** El artículo 83 de la LOGJCC establece que la inadmisión de la acción pública de inconstitucionalidad procederá cuando la acción no cumpla los requisitos de la demanda, mismos que son:
- 14.1.** La designación de la autoridad ante quien se propone;
 - 14.2.** Los nombres completos, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio del accionante;
 - 14.3.** La denominación del órgano emisor de las disposiciones jurídicas impugnadas;
 - 14.4.** La indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales;
 - 14.5.** El fundamento de la pretensión, que incluye:
 - 14.5.1.** Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance;
 - 14.5.2.** Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que existe una incompatibilidad normativa con la Constitución;
 - 14.6.** El señalamiento de casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones; y,
 - 14.7.** La firma de las personas demandantes y de las abogadas y abogados patrocinadores de la demanda.
- 15.** Los cargos sobre la seguridad jurídica, la libertad de desarrollar actividades económicas, el principio de reserva de ley y la “garantía de tipicidad”; así como la igualdad y no discriminación se fundamentan en las “expectativas” del accionante respecto de la regulación de los juegos de azar sin fines de lucro. La pregunta de 2011 no diferenció los juegos con y sin fines de lucro, pues versó sobre “¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?” y, posteriormente, el COIP tipificó únicamente los juegos de azar con fines de lucro. En consecuencia, el accionante sostiene que, en función de la legislación penal, las consecuencias de la prohibición de la consulta popular no se extienden a las actividades de azar sin fines de lucro porque estas conductas no se tipificaron.
- 16.** En tal sentido, este Tribunal anota que las alegaciones no se circunscriben en una incompatibilidad de las normas acusadas con la Constitución, sino con la interpretación que efectúa el accionante de la regulación del COIP. Pues, a su juicio, al no estar tipificados los juegos de azar sin fines de lucro en dicho cuerpo legal, entonces, la consulta popular de 2011 no prohibió estas actividades. De esta forma, se evidencia que el fundamento de su pretensión no se dirige hacia una posible incompatibilidad con la Constitución, sino con la interpretación que tiene del artículo 236 del COIP y su alcance, por lo que, el caso consiste en una aparente contradicción infraconstitucional que cuenta con los mecanismos ordinarios para ser tramitada.

17. La presente demanda, al no cumplir los requisitos para ser admisible, no realizará un análisis respecto a la solicitud de suspensión provisional de la norma y se abstiene de realizar valoraciones adicionales.

5. Decisión

18. En mérito de lo expuesto, este Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional resuelve **INADMITIR** a trámite la acción de inconstitucionalidad **100-23-IN**, y, en consecuencia, **NEGAR** la suspensión provisional de la norma con fundamento.
19. Esta decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 440 de la CRE y en el artículo 23 de la CRSPCCC, no es susceptible de recurso alguno y causa ejecutoria.
20. En consecuencia, se dispone notificar este auto y archivar la causa.

Documento firmado electrónicamente *Documento firmado electrónicamente*
Alejandra Cárdenas Reyes Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL **JUEZA CONSTITUCIONAL**

Documento firmado electrónicamente
Enrique Herrería Bonnet
JUEZ CONSTITUCIONAL

RAZÓN. Siento por tal que el auto que antecede fue aprobado por unanimidad, en sesión del Tercer Tribunal de Sala de Admisión, de 15 de diciembre de 2023. Lo certifico.

Documento firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA SALA DE ADMISIÓN

