

El deporte como Derecho. El Derecho al Deporte y las Constituciones

Por Germán E. Gerbaudo¹

I. Introducción

En el siglo XX transitamos por un Estado de Derecho Constitucional superador de un Estado Legal de Derecho². Éste último se gestó a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, siguiendo los ideales de la Revolución Francesa. Fue un modelo que se proyectó al resto de Europa continental y se exportó a Latinoamérica; entrando en crisis luego de la segunda guerra mundial. A partir de allí, comienza a ser reemplazado por “el nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional que lo irá sustituyendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX”³.

Hoy los juristas buscan las respuestas en muchos otros lugares además de la ley⁴. Uno de esos lugares es la Constitución Nacional. En esta instancia, con la sanción de las Constituciones de posguerra en Francia, Italia, Francia y más tarde en España -1978- se inicia lo que se conoce como neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo. En esta etapa “de la Constitución considerada fundamentalmente como carta política dirigida al Parlamento, se pasa a su consideración como norma jurídica suprema y de aplicación directa, dirigida en esencia a los tribunales, en especial al tribunal constitucional. Del Estado legal de Derecho se pasa al Estado Constitucional de Derecho, donde la Constitución, mucho más que la ley, se convierte en el centro de todo el sistema normativo. De la centralidad del Estado y sus prerrogativas, se da lugar a la consideración de la persona humana y sus derechos como ejes del sistema jurídico. De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces”⁵. Es que el Estado de Derecho Constitucional modificó el concepto de fuentes y en ese contexto “la Constitución viene a ser la norma suprema que tiene primacía sobre todas las demás”⁶.

¹ Abogado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magister en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Profesor titular ordinario –por concurso– de Derecho de la Insolvencia, Facultad de Derecho (UNR). Profesor titular de Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Sub-director del Centro de Estudios en Derecho del Deporte, Facultad de Derecho (UNR). Secretario Académico de Posgrado (Facultad de Derecho, UNR).

² Sobre el pasaje de un Estado de Derecho Legal a un Estado de Derecho Constitucional véase: VIGO, Rodolfo Luis, *Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, en L.L. 2010-A-1165; VIGO, Rodolfo Luis, *Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)*, en L.L. 2011-A-1129; VIGO, Rodolfo Luis, *Fuentes del Derecho. En el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo*, en L.L. 2012-A-1012; VIGO, Rodolfo Luis, *Los “hechos” en los paradigmas legalista y constitucionalista*, en L.L. 2012-D-679; VIGO, Rodolfo Luis, en “Fuentes del Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 5.

³ VIGO, R., *Fuentes...*, cit., p. 1012.

⁴ VIGO, Rodolfo Luis, *¿Derecho judicial?*, en L.L. 2008-D-1331.

⁵ SANTIAGO, Alfonso, *Sistema jurídico, Teoría del Derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, en “Dikaion”, Chía, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, año 22, N° 17, diciembre 2008, p. 131.

⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *La Constitución como fuente de Derecho: sistema de fuentes*, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, p. 13.

En la actualidad, se transita por un Estado Constitucional y Convencional de Derecho⁷. También se habla de una constitución convencionalizada⁸.

El modelo constitucional del siglo XX estaba destinado a organizar el poder, a estructurar el poder de modo que ninguno tuviera la suma del poder público. A partir de la finalización de la segunda guerra mundial cambia el modelo constitucional. El Estado Constitucional y Convencional de Derecho es un modelo constitucional del siglo XX que tiene como centro la protección de todos los derechos que están tanto en la Constitución como en los Tratados de Derechos Humanos. Este modelo está orientado a la tutela, desarrollo y protección de los derechos. En nuestro país este modelo es el paradigma desde la reforma constitucional de 1994, acrecentado con el proceso de recodificación que se dio a través de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2014⁹.

II. El Derecho al Deporte en los textos constitucionales

El Derecho del Deporte no está ajeno a estas transformaciones. Al respecto, se indica que “uno de los principios fundantes de la rama derecho del deporte es la subordinación al orden jurídico constitucional”. Asimismo, se sostiene que las reglas que integran el Derecho del Deporte “fundan su existencia como tales en un marco constitucional que autoriza su creación y les da obligatoriedad jurídica”¹⁰.

El fenómeno deportivo es captado por algunas constituciones, que receptan de manera expresa referencias al derecho al deporte.

La primera de las constituciones que la incorporó fue la de la República Democrática Alemana de 1968¹¹.

⁷ Sobre el Estado Constitucional y Convencional de derecho puede verse: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *El Estado Constitucional y Convencional de derecho argentino y sus proyecciones*, en DPI, Diario Constitucional y de Derechos Humanos, 19/05/2014; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *El Estado Constitucional y Convencional de Derecho en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, 2015; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Estado Constitucional y Convencional de derecho y control de convencionalidad*, en L.L. 2017-B-1; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Control de constitucionalidad, convencionalidad y sentencias expansivas en el derecho de familia, en “Revista de Derecho de Familia”, 85, pág. 3; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Convencionalidad, discapacidad y normatividad*, en L.L. 11/02/2019, pág. 6.

⁸ SAGÜÉS Néstor P., *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la constitución convencionalizada*, en Parlamento y Constitución, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2011, nro. 14, ps. 144 y ss; SAGÜÉS, Néstor P., *De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada*, en J.A. 2013-IV-1342; SAGÜÉS, Néstor P., *El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la Constitución Convencionalizada?*, en “Tribunales supranacionales y Tribunales nacionales”, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 299; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 481; SAGÜÉS, Néstor P., *El concepto de “constitución convencionalizada”, su fisonomía actual, fundamentos y topes*, SJA 7/11/2018, p. 343; JA 2018-IV.

⁹ Se señala que “el proceso de codificación velezano era más legal; la recodificación argentina está constitucionalizada y acrecienta el papel de los jueces en la producción del derecho privado” (CHAUMET, Mario E., *Los casos del derecho privado desde la perspectiva constitucional*, en “Derecho privado del siglo XXI”, Ciuro Caldani, Miguel y Nicolau, Noemí (Directores), Frustagli, Sandra (Coord.), Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 167).

¹⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Capítulo I, Panorama del Derecho del Deporte*, en “Derecho del Deporte”, Director Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Heliasta, 2014, p. 9.

¹¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Introducción al Derecho deportivo*, en “Tratado de Derecho Deportivo”, Director Jorge Mosset Iturraspe, Coord. Carlos Iparraguirre, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. I, 2010, p. 15; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *El derecho constitucional al deporte*, em “Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi”, Director Mario Castillo Freyre, Lima, Palestra Editores, Vol III, 2008, p. 2351.

También diversos textos constitucionales latinoamericanos hacen mención expresa al deporte. Tal es el caso del art. 217 de la Constitución del Brasil de 1988 que refiere al fomento de la práctica deportiva formal y no formal; el art.52 de la Constitución de Colombia -luego de la reforma del año 2000- trata de la función del deporte; el art. 84 de la Constitución de Paraguay de 1992 que se ocupa del fomento al deporte; el art. 111 de la Constitución de Venezuela que señala el derecho al deporte y a la recreación¹².

Gerardo Luis Acosta Pérez y Javier Francisco Aga expresan que “generalmente, dichas disposiciones constitucionales consagran el deber del Estado de promover la práctica deportiva como un elemento integrante de la salud y la calidad de vida de la población, e incorporado al sistema educativo”¹³.

También en Europa –como indicamos- las Constituciones Nacionales consagran la promoción a la práctica deportiva. En tal sentido, se encuentra el art. 43.3 de la Constitución de España de 1978¹⁴. La recepción de un precepto que consagra el derecho al deporte estuvo precedida de una propuesta de la Asamblea General del Deporte del año 1977. En tal sentido, se expresa que “durante la transición española y en el período constituyente es necesario reseñar un hito relevante como fue la Asamblea General del Deporte, convocada por el Consejo Superior de Deportes, los días 15 al 17 de diciembre de 1977. En dicho foro se planteó la necesidad de una juridificación definitiva de la actividad deportiva, obligando al deporte a abandonar el mundo del «no derecho» e instando a que la futura Constitución incluyera el derecho al deporte mediante una referencia expresa a fin de dotar a esta actividad de rango constitucional”¹⁵.

III. El Derecho al Deporte en la Constitución Nacional

En la República Argentina no existe una norma constitucional que aborde en forma expresa e integral la temática deportiva. Sin embargo, de la Carta Magna emergen diversas normas y principios que establecen el marco para que se desarrollen las disposiciones que conforman el contenido del derecho del deporte.

En tal sentido, a continuación, enunciaremos las normas de la Constitución Nacional que dan fundamento a la existencia de disposiciones del Derecho del Deporte.

¹² Una mirada de los distintos textos constitucionales en Latinoamérica puede consultarse: MEDINA, Graciela y DEL MAZO, Carlos Gabriel, *El Derecho al Deporte, la recreación y la actividad física*, en “Tratado de Derecho Deportivo”, Director Jorge Mosset Iturraspe, Coord. Carlos Iparraguirre, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. II, 2010, p. 41; VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., op. cit., p. 2351.

¹³ ACOSTA PÉREZ, Gerardo Luis y AGA, Javier Francisco, *Constitución, Estado y Deporte. La problemática del Futbolista profesional en Sudamérica*, en “Tratado de Derecho Deportivo”, Director Jorge Mosset Iturraspe, Coord., Carlos Iparraguirre Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. I, 2010, p. 79.

¹⁴ El precepto indica que “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

¹⁵ ALLUÉ BUIZA, Alfredo, *El deporte como fenómeno jurídico y bien constitucionalmente protegido*, en “Introducción al Derecho del Deporte”, Director Julián Espartero Casado, Madrid, Dykinson S.L., 2009, p. 59.

- El art. 14 que consagra la libertad de asociación en la fórmula “asociarse con fines útiles”. Siguiendo esta directriz se han gestado los clubes que son asociaciones civiles y la AFA que también funciona bajo esa forma jurídica.

En tal sentido, se indica que el derecho de asociación “presenta gran importancia en materia deportiva debido a que la organización asociativa es un elemento fundamental para la práctica y ordenamiento del deporte”¹⁶.

- El art. 14 también establece el “derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita”. A su vez, esta disposición se complementa con lo dispuesto en el art. 14 bis que contiene diversas reglas encaminadas a la protección del trabajo y del trabajador.

Al respecto se indica que “estas reglas inciden sobre las actividades deportivas que presenten un contenido laboral, así como sobre las relaciones laborales vinculadas con la organización y difusión del deporte”¹⁷.

- El art. 14 también contempla el “derecho de enseñar y aprender”. Al respecto se señala que aquel derecho “incide en materia deportiva debido a que los deportes constituyen un componente ineludible en distintas etapas del proceso educativo”¹⁸.

- El art. 42 refiere a las “relaciones de consumo” al enumerar los derechos de los consumidores y usuarios. En las relaciones deportivas el consumidor de espectáculos y de productos deportivos tiene derecho a recibir el trato digno y equitativo que exige el texto constitucional. Así como también a ser indemnizando en caso de que sufra un daño. Esta reparación encuentra su fundamento en el incumplimiento del deber de seguridad¹⁹.

- El art. 42 también refiere a “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión en los mercados”. Las actividades deportivas como cualquier otra se encuentra sujeta a las reglas generales del derecho de defensa de la competencia²⁰.

- El inc. 19 del art. 75 contiene como atribución del Congreso de la Nación “proveer lo conducente al desarrollo humano”. A esta norma, incorporada por la reforma de 1994, se la conoce como “la nueva

¹⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., op. cit., p. 9.

¹⁷ Id., p. 9.

¹⁸ Ib., p. 9.

¹⁹ Véase: WEINGARTEN, Celia, *Capítulo XIX Espectáculos públicos y/o deportivos*, en “Manual de los derechos de usuarios y consumidores”, Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 395.

²⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., op. cit. p. 9.

cláusula del progreso”²¹ o “cláusula del progreso bis”²². En este sentido, cabe indicar que el deporte puede contribuir valiosamente al desarrollo humano.

Asimismo, se sostiene que el deporte “es una categoría normativa englobada en los derechos culturales”²³. Los denominados derechos culturales han tenido un gran desarrollo en la última década del siglo XX. Al respecto, Diego Valadés expresa que “el constitucionalismo de la última década del siglo XX se significó por el énfasis en los derechos culturales. Éstos no son, como los sociales, derechos de clase ni, como los democráticos, derechos universales”²⁴. Agregando que “los culturales son derechos colectivos que tutelan intereses relevantes que conciernen a todos los estratos socio-económicos”²⁵. Asimismo, se señala que el derecho al deporte no es un derecho derivado sino que “obedece a la categoría de derecho cultural cuya finalidad es la mejora en las condiciones individuales y sociales”²⁶.

IV. El Derecho al Deporte en la Constituciones provinciales

En las Constituciones provinciales también encontramos normas que refieren expresamente al deporte. La recepción del Derecho al Deporte empieza a gestarse con los procesos de reformas constitucionales provinciales que se dieron en nuestro país con el retorno de la democracia en 1983.

A continuación, haremos una enumeración de distintas cartas magnas provinciales que consagran el derecho al deporte.

- Art. 24 de la Constitución Provincial de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, bajo la denominación “Del Deporte” dispone que: “Todo habitante tiene derecho a la práctica del deporte como medio del desarrollo físico, espiritual y comunitario, de su cuerpo y su personalidad. El Estado Provincial promueve la actividad deportiva en todas sus manifestaciones y en particular, aquellos deportes estrechamente vinculados con las características geográficas, climáticas y ecológicas de la Provincia”.

²¹ MEDINA, G. y DEL MAZO, C., op. cit., p. 41.

²² MÜLLER, Enrique Carlos, *La persona humana frente al deporte, los menores, los incapaces hombres y mujeres. La familia del deportista*, en “Tratado de Derecho Deportivo”, Director Jorge Mosset Iturraspe, Coord., Carlos Iparraguirre Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. II, 2010, pág. 37.

²³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Deporte, derecho y cultura*, en L.L. 1997-E-1518; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *El amparo económico*, en L.L. 1998-D-1016; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Derecho del deporte: El fútbol espectáculo-el afectado y los derechos de incidencia colectiva en general*, en L.L. 1999-E-1.

²⁴ VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 34.

²⁵ Id., p. 34.

²⁶ RAMÍREZ KRAUSE, Claudia Violeta, *Regulación de la actividad deportiva en Chile. Análisis del sistema Nacional de intervenciones públicas de promoción del deporte. Algunas propuestas de mejora*, Santiago de Chile, Chile, Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho con orientación en Derecho Público, Julio de 2014, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 128, en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135229/Regulaci%C3%B3n-de-la-actividad-deportiva-en-Chile.pdf?sequence=1> (Consulta: 4/09/2016).

- Art. 19 inc. 13 de la Constitución de Córdoba de 1987, inserto dentro del capítulo de los “derechos personales” cuando se refiere a los derechos enumerados señala que: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: inc. 13) A acceder, libre e igualitariamente, a la práctica del deporte”.

- Art. 38 de la Constitución de la Provincia de Río Negro alude a la “actividades sociales” sosteniendo que: “Se promueven las actividades sociales que complementan el bienestar del hombre y su familia para la correcta utilización del tiempo libre, respetando las características propias del medio.

El Estado fomenta especialmente el deporte aficionado, la recreación, la cultura y el turismo”.

- Art. 27 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos del año 2008 dispone que: “El Estado reconoce al deporte como derecho social. Promueve la actividad deportiva para la formación integral de la persona facilitando las condiciones materiales, profesionales y técnicas para su organización, desarrollo y el acceso a su práctica en igualdad de oportunidades.

Asegura, a través del Consejo Provincial del Deporte, la participación de la comunidad deportiva en la elaboración, definición y coordinación de las políticas para el área.

Preserva, en un marco de solidaridad comunitaria y educativa, la existencia de las instituciones deportivas con fines sociales, protegiendo su infraestructura”.

- Art. 33 de la de Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 se refiere al “deporte” expresando que: “La Ciudad promueve la práctica del deporte y las actividades físicas, procurando la equiparación de oportunidades.

Sostiene centros deportivos de carácter gratuito y facilita la participación de sus deportistas, sean convencionales o con necesidades especiales, en competencias nacionales e internacionales”.

- Art. 134 de la Constitución de la Provincia de Tucumán refiere a las funciones de la Municipalidades disponiendo en su inc. 8º) lo siguiente: “Sin perjuicio de las que correspondan a la Provincia, son funciones, atribuciones y finalidades de los municipios las siguientes: inc. 8º) Fomentar la recreación, turismo y deportes”.

En el caso de la Provincia de Santa Fe –la Constitución data de 1962- el art. 24 refiere a la promoción del Estado a entidades privadas que persigan objetivos deportivos. En efecto, el citado precepto dispone que «el Estado promueve y coopera en la formación y sostenimiento de entidades privadas que se propongan objetivos científicos, literarios, artísticos, deportivos, de asistencia, de perfección técnica o de solidaridad de intereses».

Comentando esta disposición sostuvimos que la misma debe mantenerse, no obstante, en una futura reforma constitucional es necesario complementarla con otra que establezca que el Estado provincial garantice a todo ciudadano santafesino el acceso a la práctica deportiva²⁷.

Pensamos que en el ámbito de la provincia de Santa Fe y de cara a un futuro proceso de reforma constitucional provincial resulta necesario incorporar una norma que establezca como atribución y deber del Estado la promoción del deporte en todos los ciudadanos de la provincia dado que la práctica del deporte en la sociedad en la que vivimos es esencial para el desarrollo del ser humano, para su educación y para la preservación de su salud.

Desde el Estado debe promoverse la práctica deportiva en todas sus expresiones, estableciéndose políticas públicas que garanticen a todos los ciudadanos el acceso al deporte y protejan a los clubes de barrio como espacio de interacción urbana.

²⁷ GERBAUDO, Germán E., *El derecho al deporte en la Constitución de la provincia de Santa Fe*, en Microjuris MJ-DOC-10292-AR, 26/09/2016.

También sostuvimos esta posición en la ponencia presentada en la Audiencia Pública sobre la reforma constitucional de la provincia de Santa Fe, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, el día lunes 12 de septiembre de 2016.