

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 29 de marzo de 2023, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (Artículos 9, 48.3 y 49.5)

(Boletín Oficial del Estado, núm. 314, de 31 de diciembre de 2022)

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escritos que tuvieron entrada en esta institución los días 3 y 9 de marzo del presente año, (...) y la asociación (...) solicitan que esta institución ejerza su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 48.3 y 49.5 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte.

SEGUNDO. Los preceptos de la ley contra los que se solicita la interposición del recurso son del tenor literal que a continuación se transcribe.

Artículo 9. Personas extranjeras. La Administración General del Estado, en el marco de sus competencias y atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, promoverá la práctica deportiva de las personas extranjeras que tengan residencia legal en España, especialmente los menores, como vía de integración social, velando por su efectividad, con remoción de los obstáculos normativos, reglamentarios o fácticos que puedan existir en las entidades deportivas, y de conformidad con la normativa federativa nacional e internacional en cada caso aplicable cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados.

Artículo 48.3. párrafo cuarto [...] En todo caso, para que las federaciones de ámbito autonómico puedan integrarse en las federaciones deportivas españolas o, en su caso, mantener esa integración, deberán eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de personas extranjeras que se encuentren legalmente en España y de sus familias en las actividades deportivas que organicen.

Artículo 49.5. En ningún caso se podrán imponer restricciones a la expedición de licencias a personas extranjeras que tengan residencia legal en España, sin perjuicio de lo dispuesto en la aplicación de la normativa federativa nacional o internacional en cada caso aplicable, cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados.

TERCERO. Los interesados consideran que estos preceptos excluyen de la práctica deportiva o de la posibilidad de federarse y obtener licencias a los extranjeros que no tienen residencia legal en España.

Así, entienden que el primero de los preceptos cuestionados excluye de la promoción de la práctica deportiva a las personas extranjeras en situación irregular, menores o mayores de edad, al fijar que la Administración General del Estado promoverá

la práctica deportiva de las personas extranjeras que tengan residencia legal en España. Del artículo 48.3, la asociación (...) deduce que no pueden federarse los menores y las personas con discapacidad en situación irregular, y ambas asociaciones interpretan que el artículo 49.5 no permite emitir licencias a personas extranjeras en situación de irregularidad, sean mayores o menores de edad.

Los comparecientes consideran que estos preceptos son discriminatorios y contrarios a los artículos 10, 14, 15, 22, 27.1, 39.4 y 43.3 de la Constitución así como a lo preceptuado en distintas leyes orgánicas. En la argumentación del recurso confrontan el contenido de estos preceptos con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en lo que se refiere a los menores extranjeros en situación irregular con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la Convención sobre los Derechos del Niño que obligan a que el interés del menor sea una consideración primordial en cualquier medida o decisión que afecte al menor. No obstante, el escrito adolece de análisis de constitucionalidad de los preceptos propiamente dicho, más allá de la referencia genérica a los preceptos constitucionales que entiende vulnerados, salvo una especial referencia a la configuración constitucional del derecho de asociación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Como primera cuestión resulta necesario precisar el precepto constitucional al amparo del cual se ha dictado los preceptos impugnados, para poder realizar a partir de esa determinación el juicio de constitucionalidad que se demanda.

La Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, enuncia en su artículo 1 como objeto de la ley «establecer el marco jurídico regulador del deporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 43.3 de la Constitución española y en el marco de las competencias que corresponden a la Administración General del Estado, respetando las competencias de las comunidades autónomas».

El artículo 43.3 de la Constitución establece que «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio». El precepto se limita por tanto a establecer un mandato genérico dirigido a los poderes públicos para el fomento del deporte, y no regula un derecho al deporte que deba ser objeto de regulación legal y la ley se dicta para atender a esa obligación de fomento del deporte. Esta actividad aparece estrechamente relacionada con el derecho a la protección a la salud que reconoce el mismo precepto constitucional en su apartado 1 (STC 194/1998 de 1 octubre).

SEGUNDO. El artículo 43.3 de la Constitución se incardina en el Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución, bajo la rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica».

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 19/1982 de 5 mayo, ya señaló que conforme dice el artículo 53.3 de la Constitución, el reconocimiento, respeto y protección del conjunto de los principios rectores de la política social y económica informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, lo que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia número 139/2016, de 21 julio, con ocasión del examen del artículo 43.1, que enuncia el derecho a la protección de la salud, recuerda que «Se trata de principios dirigidos a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos expresivos de "un valor de indudable relevancia constitucional" (ATC 221/2009, de 21 de julio (RTC 2009, 221 AUTO) , FJ 4)» y añade que «En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional. Debe tenerse presente que dada la ubicación sistemática del artículo 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE».

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 14/1992 de 10 febrero destaca que estos principios rectores no enuncian un derecho fundamental y que estos principios, «[...] al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución [STC 19/1982 (RTC 1982\19), fundamento jurídico 6º]. Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53. 3 de la Constitución)».

La Sentencia número 247/2007 de 12 diciembre pone el énfasis en que estos principios rectores «tienen, de acuerdo con su propio enunciado constitucional, una naturaleza muy diversa y, en todo caso, "solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (art. 53.3 CE). Estos principios carecen, por tanto, de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales, aunque tienen, sin duda, el

valor constitucional expresado respecto de todos los poderes públicos, también en este caso sin distinción, orientando sus respectivas actuaciones».

El carácter orientador de estos principios y la amplitud con la que el legislador puede cumplir los preceptos constitucionales hacen difícil que una determinada norma legal contenga preceptos expresamente contrarios a los mismos. Por otra parte, el Tribunal Constitucional mantiene un criterio muy restrictivo para considerar que se produce inconstitucionalidad por omisión, esto es, ausencias de normación percibidas como vacíos legislativos e incumplimiento de un mandato de legislación impuesto por la Constitución y desatendido por el legislador y tiene declarado que esta inconstitucionalidad «solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace, así como que "es obvio que no resulta posible deducir la inconstitucionalidad de una norma por no regular una determinada materia, salvo que exista un mandato constitucional expreso, dirigido además a tal norma y no a otra diferente"» (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, 98/1985, de 29 de julio).

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado la improcedencia de declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella no se regula, por entender que ello supondría invadir competencias legislativas, función que no puede asumir el Tribunal Constitucional porque corresponde al legislador (STC 261/1987, de 27 de febrero).

En este aspecto referido a las omisiones legislativas, en su sentencia número 45/1989 de 20 febrero dice que «la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género —cf., por ejemplo nuestra STC 155/1987 (RTC 1987\155)—, ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida».

En cuanto al principio de igualdad cabe añadir que «a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, cuyo contenido se halla materialmente predeterminado, el principio de igualdad se fija por relación, de tal modo que el acto donde se aplique una norma contraria al art. 14 CE no queda, solo por ello, viciado de inconstitucionalidad, salvo que, en sí mismo considerado, resulte discriminatorio o vulnere otros derechos fundamentales» (STC núm. 67/1998 de 18 marzo), así como la consolidada doctrina conforme a la cual «Con arreglo a la jurisprudencia de este tribunal (así sentencias de 2

y 10 de julio de 1981, 10 de noviembre de 1981 —(RTC 1981\22, RTC 1981\23, RTC 1981\34)— 26 de febrero de 1982) (RTC 1982\7) y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también se recoge en anteriores decisiones nuestras, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; pero no lo es menos que este tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable».

Como corolario de lo dicho puede afirmarse que los principios rectores de la política social y económica informan el ordenamiento jurídico y orientan la actuación de los poderes públicos y en este sentido tienen carácter vinculante, pero no enuncian derechos fundamentales. Tienen naturaleza muy diversa y la Constitución atribuye al legislador ordinario un amplio margen para determinar las acciones para dar cumplimiento al mandato constitucional, de modo que el juicio de constitucionalidad debe realizarse contrastando las normas legales con tales principios. La propia naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de la Constitución hacen improbable que las leyes que se dictan en cumplimiento de las obligaciones que estos principios imponen incurran en inconstitucionalidad, y la apreciación de la concurrencia de la inconstitucionalidad por omisión requiere unos presupuestos que la convierten en excepcional, si bien no cabe excluir de plano la inconstitucionalidad de una norma por no atender el mandato de un principio rector.

TERCERO. Entrando ya en el análisis de los preceptos de los que se afirma su inconstitucionalidad, como se ha señalado, las asociaciones comparecientes consideran discriminatorio el artículo 9 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, por entender que «excluye directamente a las personas extranjeras en situación irregular, menores o mayores de edad, al fijar que la Administración General del Estado promoverá la práctica deportiva de las personas extranjeras que tengan residencia legal en España»

Este precepto dice literalmente lo siguiente:

La Administración General del Estado, en el marco de sus competencias y atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, promoverá la práctica deportiva de las personas extranjeras que tengan residencia legal en España, especialmente los menores, como vía de integración social, velando por su efectividad, con remoción de los obstáculos normativos, reglamentarios o fácticos que puedan existir en las entidades deportivas, y de conformidad con la normativa federativa nacional e internacional en cada caso aplicable cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional a la que se ha hecho referencia con anterioridad es claro que esta previsión legal es acorde con el principio rector de fomento del deporte que debe guiar la actuación de los poderes públicos, y se

enmarca en la libertad de configuración de la que dispone el legislador para conseguir este objetivo, por lo que de este enunciado no cabe más que predicar su absoluta conformidad con la Constitución.

La inconstitucionalidad del precepto vendría dada no por lo que dice, sino por lo que no dice, esto es, por no incluir expresamente a quienes no son residentes legales en España entre el colectivo potencialmente beneficiario de las actuaciones que se obliga a realizar la Administración General del Estado para velar por la efectividad de la práctica deportiva ante las entidades deportivas, y en el ámbito del deporte federado, omisión que los comparecientes consideran discriminatoria y contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Como se ha dicho con anterioridad, el artículo 43.3 de la Constitución enuncia con carácter genérico la obligación de los poderes públicos de fomentar el deporte, junto a la educación sanitaria y la salud. Este precepto ha de ponerse en relación con el artículo 9.2 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La Constitución no contempla en este ni en ningún otro precepto el derecho al deporte ni establece condiciones a las que deba sujetarse el legislador para hacerlo efectivo. Resulta además especialmente relevante destacar que la obligación que impone este precepto de fomento del deporte como principio que debe regir la actuación de los poderes públicos debe ponerse en conexión con el derecho a la protección de la salud que sí enuncia como tal derecho en el apartado 1 del mismo precepto constitucional. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de marzo de 1988, cuando dice que:

La Constitución Española de 1978, en su artículo 43.3, no consagra ciertamente un "derecho al deporte", sino que únicamente establece su "fomento público", pero la inclusión del fenómeno del deporte en el Texto Constitucional no entraña únicamente un significado simbólico pues origina unas consecuencias jurídicas; el poder constituyente, al comprender la importancia del "hecho deportivo" en la sociedad moderna y recogerlo así en la norma suprema, ha manifestado su criterio de que el deporte, como las demás instituciones del país, debe empaparse de los principios sustanciales de la Constitución, lo cual ha tenido una importante repercusión dentro del ordenamiento jurídico-deportivo; se trata de amparar una actividad de indudable utilidad pública, y que forma parte del conjunto de elementos que tienden no solo ya a proporcionar medios materiales a los ciudadanos, sino a mejorar la calidad de su vida cotidiana; la circunstancia de que la disposición que establece el deber de fomento del deporte es un apartado del precepto donde se reconoce el derecho de todo ciudadano a la protección de su salud y, en buena medida el apartado que alude al "fenómeno deportivo" está imbuido del espíritu de todo el artículo 43, la protección a la salud, lo cual solo se puede lograr mediante el deporte activo y cuanto más extendido mejor, es decir, mediante el deporte popular; pues bien, en dichas consideraciones

encuentra el amparo constitucional, la Ley 13/1980, de 31 de marzo; que se justifica también en la realidad social que en su preámbulo especifica; de forma que, teniendo su fundamento constitucional dicha ley en el mencionado precepto, también ha de tenerlo el Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, en cuanto representa uno de los desarrollos reglamentarios de aquella, sin oponerse a sus preceptos ni exlmitarse, —como después se razonará—, en el desarrollo de las mismas.

El artículo 9 de la Ley del Deporte se enmarca en el ámbito de la promoción y fomento del deporte, y no en el del reconocimiento o denegación de derechos. De esta simple constatación se desprende con claridad el muy difícil encaje de la inconstitucionalidad por omisión de un precepto legal que se limita a enunciar las obligaciones de promoción del deporte que la Administración General del Estado asume respeto de un colectivo determinado al que el legislador, dentro de los amplios márgenes que le confiere la Constitución, ha considerado necesario prestar una especial atención con la finalidad de evitar su discriminación en el desarrollo de la actividad deportiva en un concreto ámbito (deporte asociado y federado) que no encuentra su fundamentación en el derecho a la protección a la salud y, en consecuencia, no es una regulación que derive del principio constitucional de fomento del deporte que enuncia el artículo 43 de la Constitución.

Aun partiendo de lo anterior, dado que la propia jurisprudencia constitucional ha considerado que no cabe excluir que la relación entre alguno de los principios rectores de la política social y económica y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) y los comparecientes inciden en que este precepto establece una diferencia de trato entre extranjeros con residencia legal en España y quienes carecen de residencia legal, ha de recordarse la consolidada jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional en relación con la libertad que el artículo 13.1 de la Constitución concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el Título 1 garantiza a los extranjeros en España.

De modo muy sintético, siguiendo la especialmente relevante Sentencia del Tribunal Constitucional número 236/2007, de 7 de noviembre, existen derechos del Título I que «corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles» puesto que gozan de ellos «en condiciones plenamente equiparables a los españoles, que son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son inherentes a la dignidad de la persona humana». En esta situación se encontrarían (enunciados sin ánimo exhaustivo en la meritada sentencia) el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Añade el Tribunal Constitucional que «El legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que, según hemos declarado, "la Constitución reconoce directamente a los extranjeros" (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2), refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y asociación. Ello implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio por parte de aquellos, si bien, ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales».

El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular los «derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), o dicho de otro modo, de aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales «aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles».

Como conclusión de lo dicho afirma el Tribunal Constitucional que «el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando este venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

Interesa especialmente destacar que en esta sentencia el Tribunal Constitucional afirma que «el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español».

A juicio de esta institución, de lo expuesto hasta ahora no cabe sino desprender que sería constitucionalmente legítimo que el legislador, en atención al principio rector de fomento del deporte que enuncia el artículo 43 de la Constitución estableciera una diferencia de trato en cuanto a la obligación que asumen los poderes públicos de remoción de los obstáculos para la práctica del deporte ante las entidades deportivas en el marco del deporte federado en atención a la situación administrativa de los extranjeros en España, como vía de integración social, que constituye el contenido único del precepto y es la obligación que expresamente asume la Administración General del

Estado en el artículo 9 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte respecto de este colectivo. No obstante, de esta afirmación no cabe desprender que esta institución aprecie que el legislador se haya decantado por esta legítima opción legislativa, como más tarde se dirá.

CUARTO. La anterior afirmación ha de ser necesariamente matizada en lo que se refiere a la promoción de la práctica del deporte de los extranjeros menores de edad a la que se refiere el precitado artículo 9. Y ello, en virtud de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño como marco interpretativo ex artículo 10.2 de la Constitución, a cuyo tenor «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», y más específicamente en atención al artículo 39.4 de la Constitución, en cuanto que establece que «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

En palabras del Tribunal Constitucional, el artículo 10.2 de la Constitución,

[...] se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución (FJ. 5).

De este modo,

aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad.

Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas (STC 36/1991, de 14 de febrero).

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990 no hace un reconocimiento expreso del derecho del niño a la práctica del deporte. No obstante, este reconocimiento debe entenderse reconocido en el artículo 31 de la convención, a cuyo tenor:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

El derecho de los niños al deporte se incardina en este precepto, que obliga además a su promoción por parte de los Estados propiciando oportunidades en condiciones de igualdad.

Esta exigencia de igualdad puede ponerse en conexión con el mandato que impone el artículo 2 de la convención a los Estados Partes de «respetar los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales», y fundamentalmente con el «interés superior del niño», enunciado el artículo 3.1 del mismo instrumento normativo y en el ordenamiento interno en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, como principio imperativo que enuncia el derecho de todo menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en ámbito público como privado.

La primacía del interés superior del menor, que debe operar necesariamente como criterio transversal en toda intervención que afecte a menores de edad, y es incuestionable y de especial relevancia para el libre desarrollo de su personalidad lleva a concluir que, pese a que la promoción del deporte, entendiendo por tal la práctica del deporte federado en entidades deportivas, no es una exigencia que derive del principio constitucional de fomento del deporte que enuncia el artículo 43.3 de la Constitución, no cabe que los poderes públicos establezcan una diferencia de trato en la obligación que asumen de remoción de los obstáculos que impiden la práctica del deporte a los menores de edad atendiendo a su situación administrativa en España.

Para determinar si del artículo 9 de la Ley del Deporte deriva la exclusión de los menores que no tiene residencia legal de la posibilidad de beneficiarse de las actuaciones de la Administración General del Estado de promover la práctica deportiva, «con remoción de los obstáculos normativos, reglamentarios o fácticos que puedan existir en las entidades deportivas, y de conformidad con la normativa federativa nacional e internacional en cada caso aplicable cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados», ha de atenderse en primer lugar a lo que el precepto dice, y ponerlo en relación con el resto del articulado de la ley.

Y en este análisis ha de señalarse en primer lugar que el enunciado del precepto no tiene en sí mismo carácter excluyente, esto es, del mandato que se impone a la Administración General del Estado de promover la actividad deportiva en los términos y con la finalidad que el mismo precepto determina no cabe entender el desentendimiento de esa misma Administración de la promoción de la actividad deportiva mediante la remoción de obstáculos, respecto de otros colectivos, como son los extranjeros que no tienen residencia legal y muy significadamente los menores de edad.

Para alcanzar esta conclusión, resulta especialmente clarificador el artículo 2 de la misma ley, que regula en derecho a la práctica deportiva en los siguientes términos:

1º. El deporte y la actividad física se considera una actividad esencial. Todas las personas tienen derecho a la práctica de la actividad física y deportiva, de forma libre y voluntaria, de conformidad con lo previsto en esta ley.

Se entiende por práctica deportiva a efectos de esta ley todo tipo de actividad física que, mediante una participación, individual o colectiva, organizada o no, profesional o no profesional, se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional, con la consecución de resultados en competiciones o actividades deportivas, con la adquisición de hábitos deportivos saludables o con la ocupación activa del tiempo de ocio, realizada en instalaciones públicas o privadas, o en el medio natural.

2º. La Administración General del Estado, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 43.3 de la Constitución, promoverá la actividad física y el deporte como elementos esenciales de la salud y del desarrollo de la personalidad, de acuerdo con esta ley y sus disposiciones de desarrollo, facilitando a todas las personas el ejercicio del derecho a su práctica, ya sea en el ámbito del alto nivel o la competición, ya sea con fines de ocio, salud, bienestar o mejora de la condición física.

3º. La necesidad de la ordenación de este principio rector persigue la garantía de su libre ejercicio, así como la promoción de valores esenciales en la sociedad como la igualdad, la inclusión, la participación, la ética y el juego limpio, la competitividad razonable y ordenada, la mejora de la salud física, mental y social y la superación personal. De acuerdo con lo anterior, tal ordenación se asienta en el fomento de la actividad física y el deporte y en la formulación de políticas públicas que inciten, favorezcan y garanticen su práctica en las mejores condiciones de seguridad y salud.

4º. La Administración General del Estado elaborará y ejecutará sus políticas públicas en esta materia de manera que el acceso de la ciudadanía a la

práctica deportiva se realice en igualdad de condiciones y de oportunidades, prestando una especial importancia a la promoción de la actividad física y el deporte en las primeras etapas de la vida, que influye positivamente en la salud en todas las etapas vitales posteriores.

De la literalidad de este precepto resulta procedente resaltar los siguientes aspectos:

- a) El derecho a la práctica del deporte se reconoce a todas las personas, independientemente de su edad, capacidad o situación administrativa en España.
- b) El derecho a la práctica del deporte comprende cualquier modalidad de participación, individual o colectiva, organizada o no, profesional o no profesional, lo que incluye la práctica del deporte en entidades deportivas.
- c) La Administración General del Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.3 de la Constitución, asume la obligación de facilitar a todas las personas el ejercicio del derecho a su práctica.

El resto del articulado de la ley debe interpretarse a partir de este reconocimiento amplio del derecho a la práctica del deporte a todas las personas y de la obligación de los poderes públicos de facilitar el ejercicio del derecho.

A partir de aquí la ley contiene preceptos dirigidos a la promoción de la igualdad efectiva en el deporte (artículo 4), a la reducción de la brecha social y de género en el ámbito de la actividad física y el deporte (artículo 5) y a favorecer la práctica del deporte de colectivos especialmente precisados de atención como son las personas con discapacidad (artículo 6), las personas menores de edad (artículo 7), las personas mayores y personas que habitan en el medio rural o en zonas con especiales dificultades demográficas (artículo 8) y las personas extranjeras (artículo 9).

El artículo 7 regula la práctica del deporte de las personas menores de edad. Este precepto no distingue entre menores españoles y extranjeros, y de entre estos, no distingue entre menores en situación de residencia legal o en situación irregular.

Este precepto dispone para todos los menores que:

La práctica deportiva por parte de menores de edad, sus derechos y necesidades, serán objeto de especial protección por parte de los poderes públicos. Las entidades deportivas sujetas a esta ley deberán garantizar el cumplimiento de las normas de protección y tutela de aquellas personas, de conformidad con lo previsto en los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, especialmente aquellas que exigen adoptar las medidas necesarias para que la práctica del deporte y de la actividad física no sea un escenario de discriminación por edad, raza, discapacidad, orientación sexual, identidad sexual o expresión de género, o cualquier otra circunstancia personal o social, trabajando con la infancia y la adolescencia, así como con

sus familias y profesionales, en el rechazo al uso de insultos y expresiones degradantes y discriminatorias.

Añade el precepto que los poderes públicos y las entidades deportivas prestarán especial atención en prevenir, evitar y proteger a las personas menores de edad frente a situaciones de trata de seres humanos y lesiones a la libertad e indemnidad sexuales que puedan darse en el ámbito del deporte.

De este precepto se desprende que la ley reconoce a los menores el derecho a ejercer la práctica del deporte en entidades deportivas (derecho implícito en el artículo 2), derecho que obviamente se ejercita formando parte de las mismas, así como la especial protección de los poderes públicos para su ejercicio y la obligación de las entidades deportivas de evitar cualquier forma de discriminación.

Como ha quedado expuesto, el artículo 9 de la Ley del Deporte que se cuestiona no se refiere al derecho a la práctica del deporte ni al derecho a formar parte de entidades deportivas, sino a las obligaciones que asume la Administración General del Estado para remover los obstáculos para su práctica. Y si bien se refiere expresamente a los extranjeros en situación de residencia legal y de entre estos a los menores de edad, la inteligencia del precepto debe necesariamente realizarse partiendo del reconocimiento que realiza el artículo 2 de la ley del derecho de todas las personas, incluidos los extranjeros en situación irregular, de participar en cualquier actividad deportiva organizada, lo que significa pertenecer a entidades deportivas, y fundamentalmente de la obligación del Estado de garantizar el ejercicio del derecho a todas las personas.

A partir de esta lectura, debe entenderse que la referencia expresa de la norma a determinadas obligaciones del Estado para salvar los obstáculos que puedan encontrar los extranjeros con residencia legal en las entidades deportivas como vía para su integración social, no significa que el Estado no tenga el deber de remover los obstáculos necesarios para garantizar el derecho al deporte de los extranjeros en situación irregular, enunciado en el artículo 2 para todas las personas. Corresponderá a la Administración determinar los instrumentos de que deba valerse para la consecución de este objetivo, esto es, para garantizar la efectividad del derecho.

En cuanto a los menores que no son residentes legales en España, la obligación de la Administración General del Estado de remover los obstáculos para la efectividad en el ejercicio de su derecho deriva no solo del artículo 2, sino de la protección y las obligaciones específicas que establece el artículo 7 de la misma ley para todos los menores, sin distinción entre menores españoles y extranjeros, con residencia legal o en situación irregular, por lo que han de entenderse necesariamente comprendidos en su ámbito de aplicación los menores en situación irregular, debiendo interpretarse en todo caso las obligaciones que corresponden a los poderes públicos para garantizar la efectividad del derecho a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, que proscribiera cualquier forma de discriminación (artículo 2), coloca el interés superior del

menor como principio rector de cualquier actuación que se adopte respecto al niño y reconoce el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas, y el derecho a participar en condiciones de igualdad, en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (artículo 31).

Las dudas interpretativas que suscita la ley derivan de su estructura, ya que, tras afirmar los derechos y deberes de las personas deportistas de forma genérica, orientados a la libre práctica deportiva sin discriminación, se refiere en su articulado a distintos colectivos o situaciones a las que el legislador ha decidido prestar una atención específica para promover la igualdad efectiva en el deporte. No obstante, incluso si se constata que la ley adolece de una técnica legislativa mejorable, de dicha circunstancia no cabe inferir su inconstitucionalidad, toda vez que no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes [SSTC 109/1987, fundamento jurídico 3º c); 226/1993, fundamento jurídico 4º; y 195/1996, fundamento jurídico 3º].

En atención a lo expuesto, no se observa en el precepto cuestionado vicio de inconstitucionalidad.

QUINTO. Los comparecientes cuestionan la constitucionalidad de los artículos 48.3, párrafo cuarto y 49.5 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, por entender que imponen la exigencia de residencia legal para la obtención de licencias deportivas, y hacen especial referencia a la exigencia de este requisito a personas menores de edad que carecen de residencia legal o personas con discapacidad.

Como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, afirma que el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales. Esta misma sentencia examina el derecho de asociación que reconoce la Constitución en su artículo 22 (una de cuyas manifestaciones es el asociacionismo deportivo) y concluye que «[...] aunque el derecho de asociación está directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución, el legislador se encuentra habilitado ex art. 13.1 CE para establecer "condicionamientos adicionales" a su ejercicio, pero respetando siempre las prescripciones constitucionales, que limitan su poder de libre configuración de su contenido. Como hemos señalado, el legislador orgánico podría pues, en principio, fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respetara un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre».

Añade el Tribunal Constitucional que «El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto

protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo "proyectan universalmente" y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado».

Admitida por el Tribunal Constitucional la posibilidad de que el legislador establezca límites al ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, y partiendo de la premisa de que la obtención de licencias deportivas confiere al deportista la condición de asociado a la entidad deportiva de que se trate y por tanto es manifestación de la libertad de asociación para la práctica deportiva, ha de ponerse de relieve que en los preceptos examinados no se regula en modo alguno el derecho a obtener licencias deportivas ni se imponen condiciones o límites para su ejercicio. Previsiones normativas en tal sentido son ajenas al marco en el que se ha dictado la ley, que, como se ha dicho, está orientada al fomento del deporte en atención al principio que explicita el artículo 43.3 de la Constitución y en todo caso corresponderían al legislador orgánico por mandato del artículo 81 de la Constitución, como señala el Tribunal Constitucional.

El primero de los preceptos examinados condiciona la inclusión de las federaciones autonómicas en las federaciones españolas a que eliminen cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de personas extranjeras que se encuentren legalmente en España y de sus familias en las actividades deportivas que organicen (artículo 48.3). Pero de esta condición, referida a la eliminación de obstáculos discriminatorios para un determinado colectivo, no cabe colegir, como hace una de las asociaciones comparecientes, que la ley admita el mantenimiento de obstáculos que dificulten la participación de otros colectivos en las actividades deportivas, ya se trate de extranjeros que carecen de residencia legal, personas con discapacidad o de cualquier otra persona o colectivo que por cualquier motivo pueda ser objeto de discriminación, o la inclusión de criterios de discriminación en sus reglamentos o estatutos, ni, evidentemente, que el precepto exija la residencia legal como requisito para federarse.

Lo mismo cabe predicar del artículo 49.5, al que también se refieren los comparecientes. La afirmación de que «en ningún caso se podrán imponer restricciones a la expedición de licencias a personas extranjeras que tengan residencia legal en España, sin perjuicio de lo dispuesto en la aplicación de la normativa federativa nacional o internacional en cada caso aplicable, cuando esta haya sido reconocida por los organismos internacionales conformados por Estados» que contiene este precepto

constituye un mandato de especial protección para garantizar la práctica del deporte federado del colectivo al que se dirige, pero no puede interpretarse como la aceptación de que al amparo de esta ley puedan imponerse restricciones a otros colectivos ni exige la autorización de residencia a los extranjeros en situación irregular para la obtención de la licencia.

Parece relevante a estos efectos recordar que el primero de los preceptos examinados ya estaba contenido, con idéntica redacción, en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, derogada por la Ley 39/2022, de 30 de diciembre. La ley derogada no enunciaba un derecho a la práctica del deporte, ni identificaba a los titulares del derecho, ni su alcance, ni concretaba la obligación de los poderes públicos de facilitar el ejercicio del derecho a su práctica, lo que puede haber justificado una indebida interpretación del precepto, entendiendo que dice lo que no dice, es decir, que la obligación expresa que impone de proteger a un colectivo mediante una determinada medida para la consecución de un fin (práctica del deporte federado) significa tolerancia ante la desprotección de otro u otros colectivos a los que no se dirige la norma o incluso su exclusión del acceso al ejercicio de la práctica deportiva a que se refiere el precepto.

La adecuada interpretación de estos preceptos debe hacerse, al igual que se dijo al analizar el artículo 9 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, en relación con lo dispuesto en el resto de su articulado, inspirado, como señala el preámbulo de la ley, por el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, que informa el ordenamiento jurídico en su conjunto, que debe ser entendida como igualdad real en el acceso a la práctica deportiva libre de cualquier tipo de discriminación.

En este contexto normativo, a juicio de esta institución, el reconocimiento expreso que se hace en el artículo 2 de la ley al derecho a la práctica del deporte a todas las personas, con la indicación de que este derecho comprende cualquier modalidad de participación, individual o colectiva, organizada o no, profesional o no profesional, y la obligación que asume la Administración General del Estado de facilitar a todas las personas el ejercicio del derecho a su práctica en toda esa extensión, no permite coincidir con las asociaciones comparecientes en la interpretación de que los preceptos examinados condicionan la expedición de licencias, la federación de los extranjeros y su participación en las actividades deportivas que se organicen a que se encuentren en situación legal en España.

No obstante, en atención a que a la luz del artículo 281 apartado segundo, de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cabe la posibilidad de que el Defensor del Pueblo pueda sugerir a un órgano legislativo, o a la Administración, la modificación de una norma, si llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la misma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, se ha considerado pertinente en este caso efectuar una sugerencia para la modificación de los artículos de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, a los que se ha hecho referencia, al

objeto de que no quepan interpretaciones que pudieran limitar el ejercicio de los derechos en los términos que en esta resolución se ha señalado.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **NO INTERPONER** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los artículos 9, 48.3 y 49.5 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte.