

¿CITIUS, ALTIUS, FORTIUS?: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN DE DEPORTISTAS TRANSGÉNERO E INTERSEXUALES

CITIUS, ALTIUS, FORTIUS?: INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND PROTECTION OF TRANSGENDER AND INTERSEX ATHLETES

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ*

Sumario: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: CONCEPTOS Y CONTEXTO JURÍDICO-DEPORTIVO. II. ¿INTEGRIDAD DE LA COMPETICIÓN VS. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS DEPORTISTAS TRANSGÉNERO E INTERSEXUALES? III. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO: ¿QUÉ NOS DICE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS? IV. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ESPECIFICIDAD DEL DEPORTE. V. ALGUNAS CONCLUSIONES: DE POR QUÉ LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEBEN SALTAR AL TERRENO DE JUEGO.

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre cómo pueden conciliarse dos objetivos previstos por el Derecho internacional: la prohibición de discriminación por razón de identidad de género, de un lado, y la integridad de las competiciones deportivas, de otro. Las ideas de dignidad y no discriminación, dos de los pilares sobre los que se construye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), han guiado el avance, lento y tardío, de la protección de las personas en las que se centra el estudio: las personas transgénero o con desarrollo sexual diferenciado. El Derecho internacional, por otra parte, parece haber asumido que la necesaria protección de la integridad de las competiciones deportivas justifica la limitación de derechos fundamentales. En este contexto, parece oportuno analizar si la participación de estos/as atletas en competiciones deportivas puede limitarse sobre la base del DIDH y, en su caso, el alcance de dicha limitación.

Fecha de recepción del trabajo: 9 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 29 de noviembre de 2021.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Código ORCID: 0000-0002-4788-5366. Email: carmen.perez@uc3m.es. Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos”, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI). Referencia del proyecto: AEI/10.13039/501100011033.

ABSTRACT: The aim of this paper is to reflect on how two objectives of international law can be reconciled: the prohibition of discrimination on the grounds of gender identity, on the one hand, and the integrity of sporting competitions, on the other. The ideas of dignity and non-discrimination, two of the pillars on which International Human Rights Law (IHRL) is built, have guided the slow and belated progress in the protection of the people on whom the study focuses: transgender or sexually differentiated athletes. International law, on the other hand, seems to have already assumed that the necessary protection of the integrity of sporting competitions justifies the limitation of fundamental rights. In this context, it seems appropriate to analyse whether the participation of these athletes in sports competitions can be limited under IHRL and, if so, the extent of this limitation.

PALABRAS CLAVES: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, igualdad y no discriminación, Principios de Yogyakarta, *Lex sportiva*, derechos de los atletas transgénero e intersexuales, protección de la integridad de las competiciones deportivas, especificidad del deporte.

KEYWORDS: *International Human Rights Law, equality and non-discrimination, Yogyakarta Principles, Lex sportiva, rights of transgender and intersex athletes, protection of the integrity of sport competitions, specificity of sport.*

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: CONCEPTOS Y CONTEXTO JURÍDICO-DEPORTIVO

El 3 de mayo de 2021, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) comunicó a Suiza la demanda interpuesta el 18 de febrero por la atleta sudafricana Caster Semenya¹. La misma trae causa de la aprobación, por parte de World Athletics², del Reglamento de elegibilidad para participar en la categoría femenina, aplicable únicamente a las mujeres con determinadas variaciones particulares de sus características sexuales³. El Reglamento,

¹ Demanda núm. 10/934/21, *Semenya c. Suiza*. Los detalles del caso están disponibles en <https://n9.cl/rfev9>. Todos los documentos electrónicos citados a lo largo del trabajo han sido consultados el 27 de noviembre de 2021.

² World Athletics es el nombre que recibe desde 2019 la hasta entonces denominada Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF, por sus siglas en inglés), una asociación creada en 1912 y registrada en el Principado de Mónaco en 1993. Sometida al Derecho monegasco, es competente para la regulación y organización de esta disciplina deportiva en el mundo y la única reconocida en este sentido por el Comité Olímpico Internacional (COI): *Cfr.* el artículo 1.3 de su Constitución, disponible en <https://www.worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules>.

³ Aunque muy mediático y de evidente interés jurídico en el ámbito del DIDH por la interposición de la demanda ante el TEDH, el caso de Caster Semenya no es por supuesto el único caso en el que las deportistas con desarrollo sexual diferenciado o transgénero han visto como sus carreras deportivas se veían lastradas por este tipo de reglamentaciones. Cabe citar, a título de ejemplo, el caso de la exatleta española María José Martínez Patiño. En 1985, Martínez Patiño fue descalificada en la prueba de salto de vallas y excluida de los Juegos Universitarios al comprobarse que su constitución cromosómica no era “femenina”. Se le diagnosticó el síndrome de insensibilidad completa a los andrógenos, un trastorno en el que, a pesar de la presencia de un cromosoma Y, la persona es resistente a los efectos de las hormonas masculinas: MARTÍNEZ PATIÑO, M.J., VILAIN, E. y BUENO GUERRA, N., “The unfinished race: 30 years of gender verification in sport”, *The Lancet*, Vol. 388, 2016, p. 541. Sobre el caso de Martínez Patiño *Vid.* también: MARTÍNEZ PATIÑO, M. J.,

adoptado en abril de 2018, establece criterios de elegibilidad que obligan a estas atletas a reducir su nivel de testosterona en sangre a un nivel específico, a fin de seguir siendo elegibles para competir en determinadas pruebas de la categoría femenina⁴. El recurso interpuesto por la atleta y la Federación Sudafricana de Atletismo ante el Tribunal Arbitral del Deporte (CAS, por sus siglas en inglés)⁵ fue resuelto el 1 de mayo de 2019 a favor de la federación internacional. El laudo del CAS⁶ fue recurrido ante el Tribunal Federal Suizo⁷, que inadmitió el recurso mediante decisión de 8 de septiembre de 2020⁸, dejando expedita la vía ante el TEDH.

Se trata por lo demás de un caso que ha llamado la atención del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (NNUU). En un pronunciamiento en verdad poco habitual, este órgano adoptó el 29 de marzo de 2019 una Resolución en la que exhortaba a los Estados a que velasen por que las asociaciones y los órganos deportivos apliquen políticas y prácticas que resulten efectivamente compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Les pedía además que se abstuviesen de adoptar e implementar aquellas “que obliguen, coaccionen o presionen de cualquier otro modo a las

“Personal account. A woman tried and tested”, *The Lancet*, Vol. 366, 2006, p. S38. Son contundentes también los testimonios recogidos en el Informe de Human Rights Watch, de diciembre de 2020, titulado “‘They’re Chasing Us Away from Sport’. Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes”. El Informe está disponible en <https://www.hrw.org/report/2020/12/04/theyre-chasing-us-away-sport/human-rights-violations-sex-testing-elite-women>.

⁴ El Reglamento está disponible en el siguiente enlace: <https://www.worldathletics.org/news/press-releases/eligibility-regulations-for-female-classifica>.

⁵ El sistema de resolución de disputas deportivas mediante el recurso al arbitraje privado, esto es, a órganos propios de solución de controversias, tiene al CAS como última instancia. Creado en 1984, el CAS resuelve disputas de carácter jurídico-deportivo, bien en fase de apelación, tras una decisión adoptada por un organismo federativo, bien en primera instancia. La primera posibilidad suele estar contemplada de forma expresa en los Estatutos y/o Reglamentos de las federaciones deportivas internacionales. En el segundo caso, el acceso al CAS estará previsto en una cláusula arbitral contenida en un contrato de naturaleza normalmente comercial. El procedimiento, en ambos casos, terminará con un laudo vinculante para las partes cuya ejecución podrá instarse ante los tribunales internos. Sobre el CAS puede verse: CASINI, L. “The making of a lex sportiva by the Court of Arbitration for Sport”, *German Law Journal*, Vol. 11, n° 5, 2011, pp. 1317-1340, y KANE, D., “Twenty years on: an evaluation of the Court of Arbitration for Sport”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, n° 2, 2003, pp. 611-636.

⁶ Disponible en el siguiente enlace: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award_-_redacted_-_Semenya_ASA_IAAF.pdf. Un análisis interesante de la decisión puede verse en: HOLZER, L., “What Does it Mean to be a Woman in Sports? An Analysis of the Jurisprudence of the Court of Arbitration for Sport”, *Human Rights Law Review*, Vol. 20, n° 3, 2020, pp. 387-411.

⁷ Las decisiones del CAS son, en principio, firmes y definitivas. No obstante, podrán revisarse y, en su caso, anularse, por el Tribunal Federal Suizo por los motivos previstos en el artículo 190.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado: cuando el árbitro único haya sido designado de forma irregular o el tribunal arbitral haya sido constituido de manera irregular; cuando se pronuncie erróneamente sobre su propia jurisdicción en el asunto de que se trate; cuando el tribunal falle sobre pretensiones que no han sido objeto de solicitud por las partes o no resuelva alguna de las pretensiones; cuando la igualdad de las partes o su derecho a ser oídas en el marco de un procedimiento contradictorio no sean respetados; cuando el laudo sea incompatible con el orden público suizo.

⁸ Disponible en <https://n9.cl/xk6es>.

mujeres y niñas atletas para que se sometían a procedimientos médicos innecesarios, vejatorios y perjudiciales para poder participar en las competiciones deportivas femeninas” y que “revocasen las normas, políticas y prácticas que conculquen su derecho a la integridad física y a la autonomía corporal”⁹. En un sentido semejante se pronunciaron también, conjuntamente, los Relatores Especiales del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica¹⁰. La nueva regulación provocó igualmente las reacciones críticas de organizaciones de la sociedad civil como Human Rights Watch¹¹ o la Asociación Médica Mundial¹², entre otras.

Debe tenerse en cuenta, como punto de partida de nuestro análisis, que la regulación jurídico-internacional de la actividad deportiva parte de la existencia de una *Lex sportiva*¹³. Se trata de un cuerpo normativo que emana del entorno deportivo (el COI, las asociaciones/federaciones internacionales y nacionales, la Agencia Mundial Antidopaje - AMA- y el CAS) y que ha constituido tradicionalmente un ordenamiento jurídico pretendidamente autocontenido y que está llamado a aplicarse transnacionalmente¹⁴. En lo que atañe a nuestro tema de estudio, no deja de ser llamativo que, aunque las denuncias de violaciones de derechos humanos en el ámbito deportivo no son un fenómeno nuevo, buena parte de ellas permanezcan invisibilizadas¹⁵. Con todo, son crecientes las voces de

⁹ La Resolución está disponible en el siguiente enlace: <https://undocs.org/es/A/HRC/40/L.10/Rev.1>.

¹⁰ Este pronunciamiento está disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Health/Letter_IAAF_Sept2018.pdf.

¹¹ Disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2020/12/lgbt_athletes1120_web.pdf.

¹² Disponible en <https://www.wma.net/news-post/wma-urges-physicians-not-to-implement-iaaf-rules-on-classifying-women-athletes/>.

¹³ PARRISH ha definido la *Lex sportiva* como “the body of sports law generated by the sports movement and applied globally by the Court of Arbitration for Sport”: PARRISH, R., “Lex sportiva and EU Sports Law”, *European Law Review*, Vol. 37, nº 6, 2012, p. 733. En 1989 RIGAUX se refirió a ella como “Derecho transnacional del deporte”: RIGAUX, F., “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé”, *RCADI*, Vol. 213, 1989, p. 285.

¹⁴ Sobre la idea de aplicación transnacional *Vid.*: DUVAL, A., “Lex sportiva: a playground for transnational law”, *European Law Journal*, Vol. 19, nº 6, 2013, pp. 822-842, y LATTY, F., *La Lex sportiva: recherche sur le droit transnational*, Boston, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

¹⁵ Uno de los últimos episodios, vinculado con el derecho a la libertad de expresión de los deportistas, lo constituye la aplicación de la Regla 50 de la Carta Olímpica en los Juegos Olímpicos de Tokio. De acuerdo con dicha regla, “no se permitirá ningún tipo de manifestación ni propaganda política, religiosa o racial en ningún emplazamiento, instalación u otro lugar que se considere parte de los emplazamientos olímpicos” (la Carta Olímpica está disponible en el siguiente enlace: <https://olympics.com/ioc/olympic-charter>). En un intento evidente de limitar determinadas protestas antirracistas vinculadas al movimiento Black Lives Matter, en enero de 2020, el COI aprobó unas directrices en las que se establece expresamente que gestos como arrodillarse constituirían una “protesta” en el sentido de dicha regla (las Directrices del COI están disponibles en <https://olympics.com/ioc/documents>).

denuncia. Se ha debatido mucho, y este trabajo pretende contribuir a ese debate, cuál es el papel que debe jugar el DIDH en este ámbito.

Surgen en este punto un buen número de preguntas. ¿Debe el DIDH aplicarse *in toto* en el ámbito deportivo? ¿O justifica la buena gobernanza del deporte y de sus competiciones determinadas excepciones o limitaciones en el disfrute de ciertos derechos? ¿A quién corresponde, en su caso, decidir qué reglas y principios protegerán a los deportistas en el desarrollo de su actividad deportiva? Parece evidente que las respuestas que proporcionaría el entorno deportivo a estas preguntas podrían diferir sustancialmente de las que, en caso de intervenir, darían los tribunales ordinarios y, en lo que aquí interesa, los órganos de protección internacional de derechos humanos¹⁶. De nuevo, el asunto Semenya parece ilustrar perfectamente esta idea.

Confrontado con dicho asunto, el TAS afirmó lo siguiente:

“625. The Panel is faced with regulations that are dealing with an agreed binary division of athletes for competition, namely male and female, in a world that is not so neatly divided. It is not the role of the Panel to decide whether or not to implement regulations such as the DSD Regulations. That is a matter for the IAFF. The Panel’s task is to determine whether the DSD Regulations, which are discriminatory, are necessary, reasonable and proportionate (...).

626. For the reasons explained above, the majority of the Panel finds that the DSD Regulations are discriminatory but that on the evidence currently before the Panel such discrimination is a necessary, reasonable and proportionate means of achieving the aim of what is described as the integrity of female athletics and the upholding of the “protected class” of female athletes in certain events”.

Esos argumentos, que hacen primar la integridad de la competición¹⁷ sobre el derecho de las atletas con desarrollo sexual diferenciado a participar en las competiciones femeninas, contradicen frontalmente la conclusión a la que, sobre el mismo tema, llegó la Alta

¹⁶ El acceso a los mecanismos de protección internacional de derechos humanos se ha visto tradicionalmente obstaculizado por la reticencia de las organizaciones deportivas a superar lo que algún autor ha denominado con acierto “complejo de isla” (CAZORLA PRIETO, L.M., *Deporte y Estado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 237). En este contexto, parece obvio por qué los tribunales internacionales de derechos humanos y otros órganos y mecanismos de protección han intervenido solo de manera limitada para, en general, solucionar controversias deportivas y, en particular, conocer de las violaciones de derechos humanos acaecidas en dicho ámbito.

¹⁷ Entendida aquí como la necesidad de velar porque ninguna de las participantes en la misma cuenta con una ventaja de partida que le proporcione una posibilidad de ganar que quepa considerar “injusta”. Sobre este concepto se volverá más adelante.

Comisionada de NNUU para los Derechos Humanos en su informe titulado “Intersección de la discriminación racial y de género en el deporte”, adoptado el 15 de junio de 2020¹⁸:

“La aplicación del reglamento de elegibilidad para participar en la categoría femenina niega a las atletas con variaciones en las características sexuales el derecho a participar en el deporte en condiciones de igualdad y vulnera el derecho a la no discriminación de manera más general. Los enfoques actuales de la regulación de la elegibilidad para participar en la categoría femenina pueden repercutir negativamente en el disfrute por las atletas de sus derechos humanos (...)”.

Tomando como ejemplo la cuestión de los deportistas transgénero¹⁹ e intersexuales²⁰, este trabajo pretende reflexionar sobre el papel que el DIDH debe jugar en relación con la protección de sus derechos. En particular, el derecho a participar en las competiciones deportivas²¹. Para ello, nos centraremos en primer lugar en el análisis de la noción de “integridad de la competición”. Se trata desde luego de un objetivo cuya consecución se busca a través de la normativa deportiva. Pero, tal y como desarrollaremos en el siguiente

¹⁸ A/HRC/44/26, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/44/26>.

¹⁹ Las personas transgénero pueden definirse como aquellas cuya identidad de género -el sentido innato de si se es hombre, mujer o algo diferente- difiere del sexo que le fue asignado al nacer: HARPER, J., “Athletic Gender”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 80, n° 4, 2017, pp. 139-140.

²⁰ Las manifestaciones del sexo biológico (genitales internos y externos, cromosomas, marcadores hormonales y caracteres sexuales secundarios) se tienen en cuenta para clasificar a los seres humanos en mujeres y hombres asignando un sexo al nacer. Sin embargo, las personas intersexuales tienen condiciones cromosómicas o físicas que difuminan esta división binaria. Es el caso, por ejemplo, de las personas con insensibilidad a los andrógenos, hiperandrogenismo o cualquier otra diferencia en el desarrollo sexual: *Ibidem*, p. 139.

²¹ El DIDH se ha ocupado de positivizar este derecho. Dejando al margen ahora la conexión entre el derecho al deporte y la actividad física, de un lado, y el derecho a la salud y la educación, de otra, algunos instrumentos internacionales lo protegen de modo directo. Cabe citar, en este sentido, en primer lugar, la Carta internacional de la UNESCO de la educación física, la actividad física y el deporte, adoptada en 1978 y revisada en 2015. Su artículo 1.1. establece que “todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física, la actividad física y el deporte sin discriminación alguna, ya esté esta basada en criterios étnicos, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otro factor”. Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo señala que “la igualdad de oportunidades de participar e intervenir a todos los niveles de supervisión y adopción de decisiones en la educación física, la actividad física y el deporte, ya sea con fines de esparcimiento y recreo, promoción de la salud o altos resultados deportivos, es un derecho que toda niña y toda mujer debe poder ejercer plenamente”. La Carta está disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13150&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. En segundo lugar, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), establece en su artículo 10.g) que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física”. La Convención está disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

epígrafe de este trabajo, cabe afirmar que también es un objetivo que el Derecho internacional público trata de preservar (II). La protección de la integridad de las competiciones deportivas condiciona la participación de las deportistas transgénero e intersexuales en las mismas. Las reglamentaciones deportivas regulan esas condiciones. Cabe preguntarse si las mismas vulneran los derechos humanos de estas deportistas. Para contestar a esta pregunta deberemos partir de los desarrollos que se han dado en el DIDH en relación con la no discriminación de las personas transgénero e intersexuales (III) para después analizar el alcance de la aplicación de esos estándares en el ámbito deportivo (IV). El trabajo terminará con algunas conclusiones (V).

II. ¿INTEGRIDAD DE LA COMPETICIÓN VS. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS DEPORTISTAS TRANSGÉNERO E INTERSEXUALES?

1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de integridad de la competición?

Uno de los objetivos de la normativa que reglamenta las competiciones deportivas es garantizar la integridad de su desarrollo. Este concepto se relaciona en primer lugar con la lucha contra fenómenos que, como el dopaje o la manipulación de sus resultados, pueden adulterarla. Se identifica, en definitiva, con la idea del juego limpio (*fair play*) entendida como condición para garantizar de igualdad de oportunidades de los participantes en la misma. Se trata, por lo demás, de un objetivo del que no se han ocupado únicamente las organizaciones deportivas²², sino también el Derecho internacional público. Así, la erradicación del dopaje en el deporte ha impulsado la adopción de dos tratados internacionales aprobados bajo los auspicios de la UNESCO, en el ámbito universal²³, y del Consejo de Europa²⁴, en el ámbito regional europeo. También en el ámbito del Consejo de Europa, se ha determinado que la necesidad de salvaguardar la integridad de las competiciones, su limpieza, justifica, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la limitación de determinados derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Es el caso del derecho a la vida privada y familiar, garantizado por el

²² La Carta Olímpica establece, por ejemplo, que una de las misiones del COI es “proteger a los atletas honestos y la integridad del deporte, encabezando la lucha contra el dopaje y tomando medidas contra todo tipo de manipulación de competiciones y corrupción en este ámbito”: *Cfr.* el apartado 9 de la Norma 2 de la Carta, ya citada aquí (*Vid. supra*, nota 15).

²³ La Convención internacional contra el dopaje en el deporte se adoptó el 19 de octubre de 2005 y se refiere en su preámbulo a la necesidad de que Estados y organizaciones deportivas cooperen para salvaguardar el juego limpio. Está disponible en el siguiente enlace: <https://es.unesco.org/themes/deporte-y-antidopaje/convencion>

²⁴ El Convenio del Consejo de Europa contra el dopaje en el deporte, que fue adoptado el 16 de noviembre de 1989, se refiere también a esa misma obligación. Está disponible en el siguiente enlace: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=135>.

artículo 8. En la sentencia dictada en 2018 en el asunto *FNASS y otros c. Francia*²⁵, el TEDH consideró que las reglas de la AMA relativas a la localización de deportistas con el propósito de que sean sometidos a controles antidopaje fuera de competición no vulneran dicho artículo. El Tribunal tuvo en cuenta, en este sentido, la necesidad de proteger la integridad de la competición y la igualdad de los participantes en la misma, y se apoyó tanto en la Convención de la UNESCO como en la del Consejo de Europa contra el dopaje en el deporte. Sostuvo, igualmente, que dichas reglas de localización, ciertamente muy severas y exigentes²⁶, son necesarias en una sociedad democrática para salvaguardar los derechos y libertades de los demás²⁷. Cabría así, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 8, la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar.

En otro orden de cosas, y también adoptado en el seno del Consejo de Europa, debe citarse igualmente el Convenio europeo contra la manipulación de las competiciones deportivas²⁸.

²⁵ Sentencia de 18 de enero de 2018, demandas acumuladas número 48141/11 y 77769/13, ECLI:CE:ECHR:2018:0118JUD004815111.

²⁶ El Código Mundial Antidopaje aprobado por la AMA considera como infracción a las normas antidopaje el incumplimiento de las obligaciones de localización/paradero del deportista. Esa infracción se entenderá cometida a partir de cualquier combinación de tres controles fallidos y/o de incumplimientos del deber de proporcionar los datos de localización/paradero, tal y como está definido en el Estándar Internacional para Controles e Investigaciones, dentro de un periodo de doce meses, por un deportista incluido en un Grupo Registrado de Control. El artículo 10 del Código establece también cuál será la sanción por la comisión de una de esas infracciones: la suspensión por un periodo que irá del año a los dos años, dependiendo del grado de culpabilidad del deportista. ¿Cuáles son las obligaciones que asumen los deportistas que forman parte de un Grupo Registrado de Control? Las normas de la AMA detallan tanto la información que debe ser proporcionada por estos atletas como el momento en el que debe ser proporcionada. Entre la información requerida se encuentra una dirección postal completa donde se le pueda enviar correspondencia, la dirección completa del lugar donde pasará la noche (su casa, un alojamiento temporal, un hotel, etc.), el nombre y la dirección de cada lugar donde entrenará, trabajará o realizará cualquier otra actividad regular y los periodos de tiempo habituales en los que realiza esas actividades regulares y el programa de competición (que incluirá el nombre y dirección de cada lugar donde el deportista tiene programado competir durante el trimestre y las fechas en las que tiene programado competir en dichos lugares). La información se proporcionará, por cada día del siguiente trimestre, en una fecha especificada por la Organización Antidopaje Responsable. Esta fecha será anterior al primer día de cada trimestre (1 de enero, 1 de abril, 1 de julio y 1 de octubre). Por último, debe tenerse en cuenta que dicha información deberá incluir, por cada día del siguiente trimestre, un intervalo de tiempo específico de 60 minutos entre las 5 de la mañana y las 11 de la noche cada día. Durante este periodo el deportista deberá estar disponible en el lugar especificado para la realización de los controles fuera de competición. Tanto el Código Mundial Antidopaje (<https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/the-code>) como el Estándar Internacional para Controles e Investigaciones (<https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/international-standards#Testing>) están disponibles en la página web de la AMA.

²⁷ “Los demás” son, en este caso, el resto de deportistas que participan en la competición, el colectivo de deportistas amateurs y el público en general. Afirma en este sentido lo siguiente en Tribunal: “El uso de sustancias dopantes con el fin de obtener una ventaja sobre otros deportistas elimina injustamente competidores del mismo nivel que no recurren a ellos, es una peligrosa incitación a los deportistas aficionados, y en particular a los jóvenes, a seguir su ejemplo para mejorar su rendimiento, y priva a los espectadores de la competencia justa que tienen derecho a esperar” (Cfr. el apartado 166 de la sentencia).

²⁸ Adoptado el 18 de septiembre de 2014 y disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=215>.

Su artículo primero se refiere expresamente a la exigencia de proteger la integridad del deporte²⁹.

La necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades de los/as deportistas en la competición ha sustentado tradicionalmente la decisión de segregarlos por sexos³⁰. En efecto, la separación de hombres y mujeres en las competiciones deportivas, que se da en la práctica totalidad de estas³¹, tanto profesionales como amateurs, se acepta sobre la base de un argumento científico o biomecánico: el de las diferentes condiciones físicas, de mayor fuerza y velocidad, y en particular, de los niveles de testosterona de unos y otras. Todas estas características se consideran decisivas para el desempeño deportivo, por lo que, se afirma, se estaría tratando de un modo injusto a las mujeres si se las obligase a competir contra los hombres. No creo que se trate de un argumento que deba desecharse sin más. Tal y como se ha señalado, diversos estudios comparativos “indican la existencia de diferencias significativas entre ambos sexos. Los hombres presentan mejores resultados en las pruebas en las que predomina la dimensión músculo-esquelética, la fuerza y la resistencia (suspensión con flexión de brazos, salto vertical, dinamometría, test de marcha). Mientras que las mujeres presentan mejores valores en pruebas donde predomina la flexibilidad. Estas diferencias se justifican, de un lado, por las diferencias genéticas y biológicas. Y de otro, porque los hombres tienen una mayor implicación en actividades físicas de mayor intensidad”³².

En este contexto, este trabajo toma en consideración a las deportistas intersexuales, de un lado, y transgénero, de otro, por la relevancia jurídico-deportiva que se ha dado a la influencia de las hormonas masculinas, en particular la testosterona, en el desempeño atlético. A pesar de no ser la única diferencia fisiológica³³ o genética³⁴ que aporta una

²⁹ Que establece que el objetivo del Convenio es “luchar contra la manipulación de las competiciones deportivas para proteger la integridad del deporte y la ética deportiva de acuerdo con el principio de la autonomía del deporte”.

³⁰ Por supuesto, la participación de las mujeres en las competiciones deportivas no ha sido siempre una cuestión “pacífica”. El deporte femenino, tanto amateur como profesional, ha sufrido tradicionalmente de estigmatización. A finales del siglo XIX, el fundador del COI, el barón Pierre de Coubertain, afirmó que unos Juegos Olímpicos con participación femenina serían poco prácticos, poco interesantes, antiestéticos e inapropiados, y justificó la exclusión de las mujeres de los primeros Juegos alegando que no estaban preparadas para la práctica del deporte. *Cfr.* FITZGERALD, E., *Women and the Olympic Games: “uninteresting, unaesthetic, incorrect”*, publicado el 3 de mayo de 2016, disponible en el siguiente enlace: <https://www.sbs.com.au/topics/zela/article/2016/05/03/women-olympic-games-uninteresting-unaesthetic-incorrect>.

³¹ HONTANAGAS CARRASCOSA, J., MESTRE SANCHO, J.A. y ORTS DELGADO, F., *Género y deporte: El camino hacia la igualdad*, Reus Editorial, Madrid, 2018, p. 148.

³² *Ibidem*, pp. 148-149 y la bibliografía citada en la nota 12.

³³ “Lance Armstrong has a preternaturally high maximum oxygen consumption and superbly efficient oxygen use (...). According to Joyner and Coyle the ‘physiology of champions’ is characterized by 3 characteristics, including the 2 that Lance Armstrong possesses plus a high lactate threshold”: BOSTWICK, J.M. y JOYNER, M.J., “The Limits of Acceptable Biological Variation in Elite Athletes: Should Sex Ambiguity Be Treated Differently from Other Advantageous Genetic Traits?” *Mayo Clinic Proceedings*, Vol. 80, nº 6, 2012, p. 510.

ventaja deportiva³⁵, sí constituye uno de los raros ejemplos relevantes que sirven para reglamentar las competiciones³⁶. Lo es, desde luego, para las atletas de las cuales nos ocupamos en este trabajo.

De alguna manera, además, esta regulación remite a la propia noción de deporte. Varias autoras han teorizado sobre la cuestión. En su trabajo sobre igualdad de sexo en el deporte, Jane English sugirió que “nuestro concepto de “deporte” contiene un sesgo masculino que explica que las mujeres sean consideradas naturalmente inferiores si sólo se valora social y deportivamente la velocidad, el tamaño y la fuerza”.³⁷ Una concepción que parece haberse asumido acríticamente durante mucho tiempo. En mismo sentido, Torbjörn Tännsjö apuntó en 2007 que “en el ámbito del deporte, la discriminación por sexos se da por sentada” y “que ni siquiera las feministas radicales (...) parecen haberla cuestionado”.³⁸ Sin embargo, la literatura más reciente incluye un creciente número de trabajos que pone en cuestión estas asunciones³⁹. Por lo demás, es evidente que la segregación no resuelve todos los “problemas” que para la pretendida igualdad de género en las competiciones se derivan de

³⁴ Entre estas cabe citar el denominado síndrome de Marfan, un trastorno hereditario que afecta al tejido conectivo. Las personas con este síndrome son, en general, altas y delgadas. Sus brazos, piernas, dedos de los pies y manos son extraordinariamente largos. Entre los deportistas con este síndrome está la jugadora de Voleibol Flo Hyman (BOSTWICK, J.M. y JOYNER, M.J., “The Limits of Acceptable Biological Variation in Elite Athletes...*cit.*, p. 510) y podría estar el nadador Michael Phelps (COOPER, E. J., “Gender Testing in Athletic Competitions-Human Rights Violations: Why Michael Phelps is Praised and Caster Semenya is Chastised”, *Journal of Gender, Race and Justice*, Vol. 14, 2010, p. 234). Tal y como pone de manifiesto esta última autora: “Athletes have not challenged Phelps’s advantage in the water as being unfair, nor have governing bodies looked into the genetic advantages Phelps may have in the water over his fellow competitor” (*Ibidem*). Gilleri y Winkler se preguntan, en el mismo sentido, lo siguiente: “The world is filled with athletes having bone, heart, blood, and muscles advantages, but sport authorities do not look at them as they look at sex/gender-related aspects. Why are some of these advantages celebrated as gifts while others as anomalies?”: GILLERI, G. y WINKLER, M. M., “Of Athletes, Bodies and Rules: Making Sense of Caster Semenya”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2021, en prensa.

³⁵ Tampoco que lo sea, o al menos que justifique por sí misma la segregación por sexos en el deporte, es una cuestión absolutamente pacífica desde el punto de vista científico: *Vid.* al respecto: JONES, B. A., ARCELUS, J. y BOUMAN, W. P., “Sport and Transgender People: A Systematic Review of the Literature Relating to Sport Participation and Competitive Sport Policies”, *Sports Medicine*, Vol. 47, 2017, pp. 701-116. Ni lo es el umbral a partir del cual la eventual ventaja sería verdaderamente significativa: HANDELSMAN, D. J., HIRSCHBERG, A. L. y BERMON, S., “Circulating Testosterone as the Hormonal Basis of Sex Differences in Athletic Performance”, *Endocrin Reviews*, Vol. 39, n° 5, 2018, pp. 803-32; GENEL, M., y “Transgender Athletes: How Can They Be Accommodated?”, *Current Sports Medicine Reports*, Vol. 16, n° 1, 2017, p. 13; y KNOX, T., ANDERSON, L. C. y HEATHER, A., “Transwomen in elite sport: scientific and ethical considerations”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 45, n° 6, 2019, pp. 395-403.

³⁶ También el peso, por ejemplo, sirve para delimitar las distintas categorías en algunas disciplinas deportivas, como el boxeo o el kárate. En todos estos casos, sin embargo, las competiciones están segregadas por sexos.

³⁷ ENGLISH, J., “Sex Equality in Sports”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 7, n° 3, 1978, p. 276.

³⁸ TÄNNSJÖ, T., “Against sexual discrimination in sports”, en MORGAN, W. J. Morgan (ed.), *Ethics in Sport*, Taylor & Francis, Londres, 2007, p. 347.

³⁹ *Vid.*, por ejemplo, FODDY, B. y SAVULESCU, J., “Time to re-evaluate gender segregation in athletics?”, *British Journal of Sports Medicine*, Vol. 45, n° 15, 2011, pp. 1184-1188; y LEONG, N., “Against Women’s Sports”, *Washington University Law Review*, Vol. 95, n° 5, 2018, pp. 1249-1290.

las diferencias biológicas entre los sexos masculino y femenino. De un lado, ya nos hemos referido aquí a ejemplos de atletas con desarrollo sexual diferenciado u otras alteraciones cromosómicas. De otro, dicha concepción binaria (se es hombre o se es mujer y se es una de las dos cosas desde el nacimiento) no da respuesta, o al menos una respuesta que podamos considerar sensible a los avances que se han dado en el DIDH en relación con la igualdad de estas personas, a los retos que plantea la participación de deportistas transgénero en las competiciones deportivas. Tratándose de personas que no se identifican con el sexo que les fue asignado por nacimiento, son sus características físicas las que se tienen en cuenta para asignarles una competición determinada. Vamos a referirnos en primer lugar a las soluciones proporcionadas a estos retos por las reglamentaciones deportivas. Una vez analizado este extremo, y después de referirnos a los citados avances del DIDH, estaremos en condiciones de evaluar dichas soluciones.

2. ¿De qué modo ha resuelto el entorno deportivo los posibles conflictos?

Para responder a la cuestión que da título a este epígrafe, debemos referirnos en primer lugar al denominado “Consenso de cambio de sexo en el deporte” adoptado en Estocolmo en el año 2003 por un Comité *ad hoc* designado por la Comisión Médica del COI y endosado por el Comité Ejecutivo de este último en mayo de 2004⁴⁰. El mismo hacía depender la participación en las competiciones femeninas y masculinas, en el caso de los/as atletas transexuales, de una operación de cambio de sexo. En el caso de que la intervención de cambio de sexo de masculino a femenino (o a la inversa) se produjese después de la pubertad, los/as atletas podrían participar en las competiciones femeninas o masculinas, respectivamente, siempre que (i) los cambios anatómicos quirúrgicos hubiesen finalizado, incluyendo los de los genitales externos y la gonadectomía, de la que debería haber transcurrido como mínimo dos años; (ii) el reconocimiento legal del sexo asignado hubiese sido conferido por las autoridades oficiales competentes; y (iii) la terapia hormonal oportuna para el sexo asignado se hubiese administrado de forma comprobable y durante un período de tiempo suficiente con el fin de minimizar las ventajas relativas al sexo en competiciones deportivas.

Más de una década después, en 2015, el COI convocó una reunión de consenso sobre cambio de sexo e hiperandrogenismo, cuya finalidad era revisar el Consenso de Estocolmo y elaborar directrices para la participación de los deportistas transgénero y con hiperandrogenismo diagnosticado en las competiciones deportivas. Estas directrices debían servir de guía a las Federaciones Internacionales para la elaboración de las normas sobre la participación de estos deportistas en las competiciones que ellas organizan⁴¹. Debe tenerse

⁴⁰ Está disponible en el siguiente enlace: <https://stillmed.olympics.com/media/Document%20Library/OlympicOrg/News/20040517-IOC-Approves-Consensus-With-Regard-To-Athletes-Who-Have-Changed-Sex/EN-report-905.pdf>.

⁴¹ IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November (2015), disponible en el siguiente enlace: https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf.

en cuenta que, en esos años, muchos países habían avanzado hacia el reconocimiento de los derechos de las personas transgénero o con disforia de género. Unos avances que, como veremos en el siguiente epígrafe de este trabajo, también se habían dado en el DIDH. En esa línea, el documento final de la reunión no condiciona la participación de estos/as deportistas a la realización de una operación de cambio de sexo, que considera contraria a los derechos humanos, lo que ha sido calificado como un avance⁴². Pero tampoco reconoce el derecho de estos/as atletas a participar en aquella competición que concuerde con su sexo “sentido”. Se tiene en cuenta, en este sentido, que hay países donde la autonomía de la identidad de género no se reconoce en absoluto legalmente, al menos incondicionadamente⁴³. Se establecen, en consecuencia, determinadas reglas. Son las siguientes. De un lado, si la transición se hace de mujer a hombre, será posible competir en la categoría masculina sin ninguna restricción. De otro, si la transición es de hombre a mujer, la participación en la categoría femenina se condiciona a: (i) que la atleta hubiese declarado que su identidad de género es femenina. Dicha declaración no puede cambiarse, a efectos deportivos, durante un mínimo de cuatro años; (ii) la atleta demuestre que su nivel total de testosterona en sangre ha sido inferior a 10 nmol/L durante al menos los 12 meses anteriores a su primera competición⁴⁴; (iii) que el nivel total de testosterona de la atleta

⁴² JONES, B. A., ARCELUS, J. y BOUMAN, W. P., “Sport and Transgender People...*cit.*”, p. 711.

⁴³ En el caso de España, en el plano autonómico, debe destacarse la adopción, en 2019, de la Ley de la actividad física y el deporte de Canarias (Boletín Oficial de Canarias número 27, de 8 de febrero de 2019). Su artículo 5, relativo a la diversidad sexual e inclusión en el deporte, obliga a las administraciones públicas canarias a promover y velar para que la participación en la práctica deportiva y la actividad física se realice en términos de igualdad, sin discriminación por motivos de identidad y/o expresión de género, así como un deporte y una actividad física inclusivos. Garantiza igualmente, en eventos y competiciones deportivas, la plena igualdad y la libertad de las personas transexuales e intersexuales y de los deportistas LGTBQ+ en general. Se refiere también, en el apartado tercero del artículo, a la necesaria formación de los profesionales de didáctica deportiva y actividad física, con el fin de que incorporen la diversidad sexual y de género y el respeto y la protección del colectivo frente a cualquier discriminación por identidad o expresión de género. Específica también que las normas de uso de las instalaciones deportivas establecerán, con carácter obligatorio, la posibilidad de que las personas en proceso de autodeterminación de sexo puedan hacer uso de los baños o vestuarios en función del sexo sentido. Además, prohíbe condicionar la práctica de los deportistas transgénero a la previa presentación de informe médico o psicológico alguno. De otro lado, debe mencionarse el el Anteproyecto de ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Una primera versión del mismo se refería al derecho de los deportistas a participar en las competiciones atendiendo a su sexo registral. Este, de otra parte, se correspondería con el sexo sentido por el individuo, prohibiéndose expresamente las pruebas de verificación de sexo, aunque condicionando este derecho al cumplimiento de las normas que rijan las competiciones internacionales. Finalmente, ha terminado refiriéndose a esta cuestión la Disposición Adicional quinta. En la misma se afirma que “en las prácticas, eventos y competiciones deportivas, se estará a lo dispuesto en la normativa específica aplicable, nacional e internacional, incluidas las normas de lucha contra el dopaje”. El Anteproyecto de ley está disponible en el siguiente enlace: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf>.

⁴⁴ Como ya se ha dicho, no hay consenso sobre que sea este el nivel relevante a efectos deportivos: *Vid. supra*, nota 35. En cualquier caso, el periodo de 12 meses puede no ser suficiente para minimizar cualquier posible ventaja en la competición deportiva femenina. La decisión se establecerá en una evaluación confidencial que se realizará caso por caso.

permanezca por debajo de 10 nmol/L durante todo el periodo de elegibilidad deseado para competir en la categoría femenina; (iv) que el cumplimiento de estas condiciones pueda ser controlado. Si, como resultado de esos controles se determinase un incumplimiento de las mismas, la elegibilidad de la atleta para competir en categoría femenina se suspenderá durante 12 meses⁴⁵.

En noviembre de 2021, el COI ha hecho público el denominado “Marco sobre la equidad, la inclusión y la no discriminación por motivos de identidad de género y variaciones de sexo”⁴⁶, que reemplaza al Consenso de Estocolmo al que se acaba de hacer referencia. En este pronunciamiento, el COI renuncia a regular los criterios de elegibilidad para cada deporte, disciplina o evento deportivo. Serán los órganos de gobierno de las federaciones los responsables de hacerlo, teniendo en cuenta las características de cada deporte⁴⁷.

¿De qué modo habían adaptado las Federaciones Internacionales sus normas a estas directrices? Un examen de la práctica muestra que no hay un seguimiento unánime. Así, por ejemplo, la Federación Internacional de Voleibol ha exigido hasta 2021 la presentación de un certificado de nacimiento para la verificación del sexo. El nuevo reglamento abre la puerta a la participación de las deportistas transgénero⁴⁸. Ya nos hemos referido aquí a la reglamentación aprobada por la IAFF (hoy World Athletics) en relación con las deportistas con desarrollo sexual diferenciado⁴⁹. La Unión Ciclista Internacional ha adoptado en

⁴⁵ En el caso de que la atleta supere por producción endógena dicho límite máximo, deberá rebajarlo haciendo uso de sustancias prohibidas en la Lista de sustancias y métodos dopantes prohibidos aprobada anualmente por la AMA, para lo que se prevé la concesión de una Autorización por Uso Terapéutico: https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/tue_physician_guidelines_transgender_version1.1.pdf. La atleta Caster Semenya se ha negado a medicarse con el propósito de competir en la categoría femenina, lo que ha supuesto su ausencia en los Juegos Olímpicos de Tokio.

⁴⁶ Disponible en el siguiente enlace: <https://olympics.com/ioc/news/ioc-releases-framework-on-fairness-inclusion-and-non-discrimination-on-the-basis-of-gender-identity-and-sex-variations>.

⁴⁷ El Marco establece una serie de principios sobre los que, a juicio del COI, deberían pivotar las regulaciones federativas en este ámbito: inclusión, prevención del daño, no discriminación, equidad, no presunción de las ventajas, aproximación basada en evidencias y en la opinión del grupo de atletas a la que afectará negativamente la regulación, primacía de la salud y de la autonomía corporal, derecho a la privacidad y revisión periódica. El objetivo debe ser, y no es sencillo, conjugar el derecho de todas las personas, con independencia de su identidad de género o variaciones sexuales, a practicar deporte en un entorno seguro y libre de acosos, de un lado, con el interés de todos los deportistas, particularmente los de élite, a participar en competiciones en las que nadie goce de una ventaja injusta o desproporcionada sobre el resto (*Cfr.* la introducción del Marco).

⁴⁸ Está disponible en el siguiente enlace: <https://www.fivb.com/en/thefivb/legal>.

⁴⁹ *Vid. supra*, nota 4. Las reglas difieren a las aprobadas por el COI en 2015. En este caso, las deportistas debe (i) haber sido reconocidas por la ley como mujeres o como intersexuales (o equivalente); (ii) reducir su nivel de testosterona en sangre por debajo de cinco (5) nmol/L durante un periodo continuado de al menos seis meses (por ejemplo, mediante el uso de anticonceptivos hormonales); y, a partir de ese momento, (iii) mantener su nivel de testosterona en sangre por debajo de cinco (5) nmol/L de forma continuada (es decir, tanto si está compitiendo como si no) mientras desee seguir siendo elegible. Ese mismo límite es el que se establece en el Reglamento relativo a la elegibilidad de atletas transgénero de esta federación internacional, disponible en el siguiente enlace: <https://worldathletics.org/about-iaaf/documents/book-of-rules>.

febrero de 2020 una normativa muy semejante a la de esta última federación⁵⁰. En el caso del fútbol, y a pesar de lo declarado en su política de derechos humanos en 2017 sobre su “adhesión” a los derechos humanos reconocidos internacionalmente⁵¹, lo cierto es que la FIFA no ha regulado aún la participación de los futbolistas trans en las competiciones. En mayo de 2011 se adoptó el Reglamento para la Verificación de la Identidad Sexual para Torneos FIFA⁵². Tal y como se señala con claridad en el artículo 4.1 del Reglamento, la organización de las competiciones pivota sobre la segregación por sexos⁵³. Serán las federaciones nacionales las responsables de verificar el sexo de los/as jugadores/as que formarán parte de los equipos nacionales que competirán internacionalmente antes de la convocatoria de dichas competiciones⁵⁴.

Cabe concluir, en consecuencia, que existe una cierta disparidad entre las regulaciones de las federaciones internacionales relativas a la participación de las deportistas transgénero e intersexuales. A pesar de que pueda identificarse cierta tendencia hacia la inclusión de estos deportistas, es también cierto el peso que sigue teniendo el objetivo de proteger la integridad de las competiciones, entendida aquí como la igualdad de todos los/as participantes en las mismas. En este contexto, y sobre la base de la importancia atribuida a las hormonas masculinas -a la testosterona en particular- en el rendimiento deportivo, las deportistas transgénero o con diferencias en el desarrollo sexual ven en general seriamente condicionada su participación en las competiciones femeninas.

Así las cosas, me parece útil analizar cuál puede ser el papel del DIDH en este ámbito. En la siguiente sección de este trabajo me ocuparé de esta cuestión. Analizaré, en primer lugar, los aspectos sustantivos de la misma: ¿Cuánto y hacia dónde ha avanzado este sector del Derecho internacional en lo que hace a la protección de los derechos de las personas transgénero e intersexuales? ¿Cuántos de estos avances son relevantes en relación con nuestro tema de estudio? Debe examinarse, en segundo lugar, cuál es el papel que está llamado a jugar el DIDH en el contexto de la *Lex sportiva*, tal y como ha quedado definida aquí⁵⁵. Por último, me referiré al papel que podrían jugar los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. No sólo el TEDH, llamado a pronunciarse en el asunto Semenya, sino también los del sistema de Naciones Unidas.

⁵⁰ Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.uci.org/inside-uci/constitutions-regulations>.

⁵¹ Está disponible en: <https://digitalhub.fifa.com/m/1a876c66a3f0498d/original/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r-pdf.pdf>.

⁵² Disponible en: <https://digitalhub.fifa.com/m/3950e57162ea513d/original/ihf3yx6kw3insqt6r0i6-pdf.pdf>.

⁵³ “En las competiciones masculinas de la FIFA solamente tienen derecho a participar hombres. En las competiciones femeninas de la FIFA solamente tienen derecho a participar mujeres”.

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 4.2 del Reglamento “cada asociación miembro participante deberá garantizar, entre otros, que todos los jugadores cumplen los requisitos para jugar conforme a los Estatutos de la FIFA y la reglamentación de la FIFA. En consecuencia, cada asociación miembro participante deberá, antes de proceder a la designación de su selección nacional, asegurarse de que los jugadores considerados para la selección sean del sexo correcto. Para ello, estudiarán detenidamente cualquier anomalía de las características sexuales secundarias y documentarán íntegramente los resultados”.

⁵⁵ *Vid. supra*, nota 13.

III. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO: ¿QUÉ NOS DICE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS?

El propósito de este epígrafe es dar cuenta de algunos de los desarrollos normativos y jurisprudenciales que, en los planos universal y regional, vienen conformando, de un lado, la obligación de no discriminación de las personas transgénero e intersexuales, y el alcance de dicha prohibición, de otro. No tiene, por tanto, un ánimo exhaustivo. Se trata, por el contrario, de poner de manifiesto una tendencia reciente del DIDH: avanzar en la protección frente a la discriminación de estas personas. Buena parte de esos avances, como enseguida se verá, están contenidos en instrumentos jurídico-internacionales de *soft law*, un término que engloba una variedad de textos de diferente índole y valor jurídico y sobre cuya importancia, e incluso su carácter poco recomendable⁵⁶, la doctrina viene debatiendo desde hace décadas. Con todo, su importancia como prueba del Derecho existente, como evidencia de la formación de una *opinio iuris* o de una práctica estatal capaz de generar nuevas normas consuetudinarias ha sido subrayada por algunos autores⁵⁷. En determinados casos, además, constituyen el primer paso de un proceso que podrá concluir con la celebración de un tratado internacional⁵⁸. Dada la creciente importancia de los instrumentos no vinculantes en el sistema jurídico internacional, se ha mantenido también que sobre la base del contexto en el que el instrumento en concreto se haya adoptado y de su propio contenido normativo, algunos de estos textos pueden tener importantes efectos jurídicos y generar la expectativa razonable de que el comportamiento de los Estados y otros actores se adecúe a lo requerido por ellos⁵⁹. No es infrecuente tampoco que los órganos de protección internacional de derechos humanos recurran a instrumentos de *soft law* a la hora de determinar el alcance de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales que deben interpretar⁶⁰.

⁵⁶ KLABBERS, J., “The undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, 1998, pp. 381-391.

⁵⁷ *Vid.*, por ejemplo: BOYLE, A., “Soft Law in International Law-Making”. En: EVANS, M. D. (ed.), *International Law*, 4ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 118.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 123.

⁵⁹ BARELLI, M., “The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, nº 4, 2009, p. 960.

⁶⁰ En relación, por ejemplo, con el TEDH *Vid.*: NUßBERGER, A., “Hard Law or Soft Law—Does it Matter?: Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR”. En: VAN AAKEN, A. and MOTOC, J. (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 41-58; y SPANIER, B. and DORON, I., “In Course of Change: Soft Law, Elder Rights, and the European Court of Human Rights”, *Law and Inequality*, Vol. 34, 2016, pp. 55-86.

1. Algunos avances en el plano universal

A) IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ACCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

Los principios de igualdad y no discriminación, anclados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, son dos de los pilares sobre los que se ha construido el edificio del DIDH⁶¹. En consecuencia, los tratados de derechos humanos incorporan estos principios y obligan a los Estados parte en los mismos a garantizar los derechos humanos que contienen a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Siendo esto así, era una cuestión de tiempo que los órganos de protección internacional de derechos humanos, en particular ahora los del sistema de NNUU, se ocupasen de la protección de los derechos de las personas LGTBIQ+ y, en lo que tiene que ver con nuestro trabajo, de las personas transgénero e intersexuales. Con todo, y tal y como se ha señalado, hasta ahora los Comités de NNUU han abordado en especial cuestiones relativas a la discriminación por razón de la orientación sexual, y no tanto las que se refieren a la discriminación sobre la base de la identidad de género⁶². Aún así, encontramos algunos pronunciamientos relevantes del Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de los Derechos del Niño o el Comité contra la Tortura⁶³. Ante la ausencia expresa a la identidad de género como motivo de discriminación en estos tratados⁶⁴, los Comités han considerado que el mismo quedaba amparado por la expresión “cualquier otra condición social”⁶⁵.

Fuera del marco convencional, también los titulares de los procedimientos públicos especiales han tenido en cuenta al colectivo⁶⁶. No puede dejar de mencionarse, en este

⁶¹ “The principles of equality and non-discrimination lie at the heart of international human rights law. They are the only human rights explicitly included in the UN Charter and they appear at the beginning of virtually every major human rights instrument”: FARRIOR, S., “Introduction”. En: FARRIOR, S. (ed.), *Equality and non-discrimination under international law*, Vol. II, Routledge, Londres, 2016, p. xi.

⁶² O’FLAHERTY, M. y FISHER, J., “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, n° 1, 2008, p. 214.

⁶³ *Ibidem*, pp. 221-222.

⁶⁴ En 2011, el Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica se convirtió en el primer tratado internacional de derechos humanos que recogía expresamente la prohibición de discriminación por este motivo. *Cfr.* el artículo 4.3. del Convenio, disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=210>. Le siguió, en el ámbito americano en 2013, la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia: *Cfr.* el artículo 1.1 de la Convención, disponible en el siguiente enlace: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

⁶⁵ ARRUBIA, E. J., “The Human Rights to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation”, *International Journal of Law, Policy and The Family*, Vol. 33, 2019, p. 364 (en relación, en particular, con la labor del Comité de los Derechos del Niño).

⁶⁶ O’FLAHERTY, M. y FISHER, J., “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law...*cit.*”, pp. 222-224.

sentido, la labor del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género del Consejo de Derechos Humanos⁶⁷. Su creación en 2016 es prueba de la creciente preocupación de la Comunidad Internacional por los derechos de este grupo. En relación con nuestro tema de estudio, destacan, de un lado, su Informe sobre la inclusión socio-cultural y económica de las personas LGTBI, de 17 de junio de 2019⁶⁸, que pone en valor el deporte como herramienta para la inclusión y pide a los Estados que fomenten la creación de alianzas con las organizaciones deportivas. Y, de otro, su Informe sobre teoría de género, de 3 de junio de 2021, que se refiere de manera expresa a la cuestión que nos ocupa aquí⁶⁹. En este Informe, el titular del mandato se muestra preocupado por la idea, que había sido puesta de manifiesto en algunas de las contribuciones que recibió en el proceso de redacción del mismo, de que el reconocimiento legal de las personas trans y de género diverso entraña una amenaza para el desarrollo de las niñas a través del deporte, una afirmación que no considera suficientemente fundada, sino fruto de estereotipos “profundamente discriminatorios”⁷⁰. Creo que se trata de una reflexión útil en relación con nuestro tema de estudio. Y ello porque, tal y como se ha señalado aquí, en el trasfondo de las reticencias a la inclusión de las deportistas transgénero e intersexuales en las competiciones deportivas subyace la idea de que la misma puede perjudicar al resto de atletas.

B) LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

Cualquier aproximación a la cuestión de la protección de los derechos de las personas transexuales e intersexuales no puede obviar la referencia a los Principios de Yogyakarta, relativos a la aplicación del DIDH en relación con la identidad de género y la orientación sexual⁷¹. Los Principios de Yogyakarta fueron adoptados en 2007 por un grupo de expertos/as y ampliados en su décimo aniversario⁷². Fueron concebidos para hacer frente a las diversas aproximaciones, las inconsistencias y las lagunas detectadas en relación con la protección contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género⁷³. Constituyen, en definitiva, un mapa conceptual y analítico al que debería remitirse la acción de Estados y órganos de protección internacional de derechos humanos para proporcionar consistencia y coherencia a la protección debida a este colectivo.

⁶⁷ El propio Consejo de Derechos Humanos viene adoptando periódicamente resoluciones sobre orientación sexual e identidad de género. Destacan, en particular, las de 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19), 26 de septiembre 7 de 2014 (A/HRC/RES/27/32), 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) y de 21 de marzo de 2019 (ya citada aquí, *Vid. supra*, nota 9). El resto de resoluciones está disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/LGBTI/Pages/UNResolutions.aspx>.

⁶⁸ A/74/181, disponible en el siguiente enlace: <https://undocs.org/es/A/74/181>.

⁶⁹ A/HRC/47/27, disponible en el siguiente enlace: <https://undocs.org/A/HRC/47/27>.

⁷⁰ *Cfr.* el apartado 38-40 del Informe.

⁷¹ Disponibles en el siguiente enlace: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/>.

⁷² Los denominados Principios Yogyakarta +10 están disponibles en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf.

⁷³ O'FLAHERTY, M. y FISHER, J., “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law...*cit.*”, p. 232.

Los Principios de Yogyakarta no se refieren expresamente a los derechos en el ámbito del deporte⁷⁴. Sí lo hacen los Principios de Yogyakarta +10. Se establecieron en ese momento obligaciones adicionales para los Estados en relación con el Principio 2 (no discriminación). En primer lugar, deberán garantizar que todas las personas puedan participar en el deporte de acuerdo con el género con el que se identifican, con sujeción únicamente a requisitos razonables, proporcionados y no arbitrarios. En segundo lugar, deberán garantizar que todas las personas puedan participar en el deporte sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales. Deberán, en tercer lugar, adoptar medidas legislativas, políticas y de otro tipo en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos con el fin de eliminar el acoso y la discriminación en todos los niveles del deporte, por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales.

Lo primero que, en mi opinión, debe destacarse de la regulación Yogyakarta+10 es, precisamente, que se ocupa de manera expresa de la integración del colectivo en el ámbito del deporte. En segundo lugar, a pesar de la autonomía de la que goza la organización del deporte, se establecen recomendaciones para los Estados⁷⁵, que no deberían, por tanto, “ampararse” en dicha autonomía para no tomar medidas que faciliten y hagan posible esa integración. Por último, se asume que puede ser aceptable que la participación en el deporte de las deportistas a las que se refiere este trabajo se condicione al cumplimiento de determinados requisitos. Estos deberán, sin embargo, ser razonables, proporcionados y no arbitrarios. Por supuesto, resultará determinante qué debe entenderse por razonable, proporcionado y no arbitrario en este contexto. A esa determinación, que será caso por caso, deben contribuir, en mi opinión, los órganos de protección internacional de derechos humanos.

⁷⁴ Esta ausencia es muestra de una constante: a pesar de los avances que se han dado en el plano internacional en relación con la protección frente a la discriminación de determinados colectivos vulnerables en el disfrute de los derechos humanos, dichos avances se han visto, en el ámbito deportivo, claramente marginados frente a otros ámbitos que como el laboral, escolar o político, han centrado los esfuerzos. Rafael de Asís ofrece una explicación muy convincente al respecto. Afirma este autor que “cuando nos planteamos herramientas para la inclusión social de las personas con discapacidad, la educación, el trabajo o la participación política, suelen ser temas de obligado tratamiento. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el deporte. Cuando se habla de la necesidad de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, la práctica del deporte no suele estar presente, o no suele estarlo en la misma medida”. Seguramente porque se asume, social y políticamente, que el deporte y su práctica son una necesidad “menor”, comparada con otras que deben ser satisfechas. Aunque este autor centra su reflexión en las personas con discapacidad, creo que es posible extenderla a otros grupos vulnerables: DE ASÍS ROIG, R., “Reflexiones sobre discapacidad, deporte e inclusión”, *Universitas*, n° 27, 2018, p. 9.

⁷⁵ También se establecen, como veremos enseguida, recomendaciones dirigidas a las autoridades deportivas.

2. La jurisprudencia de los Tribunales regionales de derechos humanos

A) EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del TEDH ha avanzado, desde la década de los 80⁷⁶, hacia el reconocimiento de derechos derivados de la identidad de género. La sentencia dictada en el asunto *Christine Goodwin c. Reino Unido* es sin duda un hito en este sentido⁷⁷. La demandante se quejaba de la falta de reconocimiento legal de su cambio de sexo y, en particular, del trato que recibía en materia de empleo y seguridad social, así como de su imposibilidad de contraer matrimonio. El Tribunal consideró que se había violado el artículo 8 del Convenio y tuvo en cuenta una clara y continua tendencia internacional hacia una mayor aceptación social de los transexuales y hacia el reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de los transexuales después de las operaciones. Afirmó, así, que “dado que no existen factores significativos de interés público que pesen sobre el interés de esta solicitante individual en obtener el reconocimiento legal de su reasignación de sexo, el Tribunal llega a la conclusión de que la noción de equilibrio justo inherente al Convenio se inclina ahora decisivamente a favor de la demandante”⁷⁸. En este mismo sentido, resulta también relevante para nuestro tema de estudio la sentencia dictada en el asunto *A.P., Garçon y Nicot c. Francia*⁷⁹. Los demandantes, tres personas transgénero de nacionalidad francesa, deseaban cambiar las inscripciones relativas a su sexo y a su nombre en sus partidas de nacimiento. Alegaron, *inter alia*, que las autoridades francesas habían vulnerado su derecho al respeto a su vida privada al condicionar el reconocimiento de la identidad sexual a una operación de reasignación de sexo que implicaba una alta probabilidad de esterilidad. El Tribunal consideró que, efectivamente, se había violado el artículo 8 del Convenio al imponer el carácter irreversible del cambio de apariencia para proceder al reconocimiento⁸⁰. Sin embargo, entendió igualmente que el Estado no violó el artículo 8 del Convenio al imponer a uno de los demandantes la obligación de probar que realmente padecía disforia de género⁸¹ y, en el caso de otro demandante, la obligación de someterse a un examen médico⁸². En un asunto más reciente, *X e Y c. Rumanía*⁸³, el Tribunal realizó algunas consideraciones que considero aplicables al caso Semenya. Este caso se refería a la situación de dos personas transgénero cuyas solicitudes de reconocimiento de su identidad

⁷⁶ En la sentencia dictada en el asunto *Rees c. Reino Unido*, el Tribunal consideró que no se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH) del demandante, un transexual, por la negativa del Estado a garantizarle un estatuto jurídico correspondiente a su condición: *Cfr.* la sentencia de 17 de octubre de 1986, demanda número 9532/81, ECLI:CE:ECHR:1986:1017JUD000953281.

⁷⁷ Sentencia de 11 de julio de 2002, demanda número 28957/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795.

⁷⁸ *Cfr.* el apartado 93 de la sentencia.

⁷⁹ Sentencia de 6 de abril de 2017, demandas número 79885/12, 52471/13 y 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512.

⁸⁰ *Cfr.* los apartados 100 y ss. de la sentencia.

⁸¹ *Ibidem*, apartado 140.

⁸² *Ibidem*, apartado 152.

⁸³ Sentencia de 19 de junio de 2021, demandas número 2145/16 y 20607/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0119JUD000214516.

de género a partir de las correcciones administrativas pertinentes fueron rechazadas debido a que no habían probado que se habían sometido a una cirugía de reasignación. El Tribunal consideró que se había violado su derecho al respeto de la vida privada y entendió que dicho condicionamiento suponía una injerencia injustificada en su derecho al respeto de su vida privada. El Tribunal observó en particular que los tribunales nacionales habían presentado a los demandantes, que no deseaban someterse a la cirugía de reasignación de sexo, un dilema imposible: o bien se sometían a la intervención quirúrgica en contra de su voluntad, renunciando al pleno ejercicio de su derecho al respeto de su integridad física, o bien renunciaban al reconocimiento de su identidad de género. En opinión del Tribunal, esto alteraba el justo equilibrio que debían alcanzar los Estados Partes entre el interés general y los intereses individuales de las personas afectadas⁸⁴.

El artículo 8 es uno de los artículos invocados por Caster Semenya en su demanda contra Suiza⁸⁵. En su razonamiento sobre la eventual violación de este artículo, el TEDH tendrá en cuenta, en línea con la jurisprudencia que acaba de reseñarse, el justo equilibrio entre el interés general -identificado, creo, con el interés en proteger la integridad de la competición- y los intereses de la atleta. Como ya se ha señalado aquí, el Tribunal ha sido sensible ya a la necesaria protección del primero en relación con asuntos deportivos⁸⁶.

B) LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El análisis de los progresos que se han dado en el DIDH para lograr la mejor protección frente a la discriminación por razón de identidad de género, y en particular a la labor que han desempeñado en este ámbito los órganos de protección internacional de derechos humanos, no estaría completo sin una referencia, siquiera sucinta, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH). Debe citarse, por tratarse de un hito fundamental, la Opinión Consultiva 24/17, de 24 de noviembre de 2017, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo⁸⁷. En la misma, la Corte afirma que está proscrita por la Convención Americana de Derechos Humanos cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas, que resultaría contraria a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención⁸⁸. Cualquier trato diferente supondrá un incumplimiento de esa obligación, siempre que sea discriminatorio. Esto es, en palabras de la Corte, siempre “que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado”⁸⁹. En particular, cualquier procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto percibida debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado

⁸⁴ Cfr. el apartado 165 de la sentencia.

⁸⁵ Vid. *supra*, nota 1.

⁸⁶ Cfr. el análisis de la sentencia dictada en el asunto FNASS y otros c. Francia realizado en la introducción de este trabajo (*supra*, nota 25).

⁸⁷ Disponible en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

⁸⁸ Cfr. el apartado 68 de la Opinión Consultiva.

⁸⁹ *Ibidem*, apartado 63.

del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes⁹⁰. Ahora bien, no todo trato diferente será discriminatorio y, por tanto, contrario a la Convención.

No lo será cuando se persiga un fin legítimo en el marco de la Convención. Dicho fin debe ser, en palabras de la Corte, “imperioso”⁹¹. Adecuación al fin perseguido, necesidad -en el sentido de imposibilidad de alcanzar dicho fin acudiendo a un medio menos lesivo- y proporcionalidad en sentido estricto son los tres elementos sobre los que deberán girar la motivación de la medida. Dicha proporcionalidad exige que los beneficios logrados con esta superen las restricciones que suponen⁹². En términos generales, cuando el disfrute de un determinado derecho no se concibe en términos absolutos, su limitación requerirá de aquel juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁹³. En nuestro caso, dicho juicio debería ir dirigido a determinar que la medida impuesta a los deportistas intersexuales o transgénero es idónea, necesaria y proporcional en relación con la protección de los derechos del resto de participantes en la competición y/o la integridad de la misma⁹⁴.

No puede dejar de recordarse, para terminar, la ya mencionada Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 5 de junio de 2013⁹⁵. A ella se sumó, en 2015, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, que también recoge expresamente la prohibición de discriminación por este motivo en su artículo 5⁹⁶.

⁹⁰ *Ibidem*, apartados 127 y ss.

⁹¹ *Ibidem*, apartado 81.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Vid.* sobre esta cuestión ÇALI, B., “Balancing human rights? Methodological problems with weights, scales and proportions”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, nº 1, 2007, pp. 251-270.

⁹⁴ En el caso Semenya, como se ha señalado aquí, el CAS realizó un test de esa naturaleza antes de decidir en contra de la reclamación de la deportista y la Federación Sudafricana de Atletismo. También lo realizará el TEDH: “The fundamental rights contained in the European Convention on Human Rights (...) are not absolute. Interferences with most of the Convention rights are acceptable as long as a reasonable justification can be provided. Best known in this respect are the justification clauses of Articles 8–11 of the Convention, which stipulate that limitation on the rights contained in these Articles are justifiable if they are “necessary in a democratic society” for the protection of one of the enumerated public policy interests. Other provisions of the Convention do not contain such express justification clauses, but in many cases the European Court of Human Rights (...) has read an implicit possibility for justification into these Articles”: GERARD, J., “How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights”, *International journal of constitutional law*, Vol. 11, nº 2, 2013, pp. 466-467.

⁹⁵ *Vid. supra*, nota 64.

⁹⁶ Disponible en el siguiente enlace: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp.

IV. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ESPECIFICIDAD DEL DEPORTE

1. El papel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito deportivo

La necesaria mejora de la protección de los derechos humanos de los deportistas, de un lado, y en el ámbito deportivo, de otro, se ha convertido en una preocupación creciente⁹⁷. Esa inquietud ha tenido también un reflejo académico. Un sector de la doctrina ha hecho visibles determinadas situaciones de violaciones de los derechos humanos producidas en ese contexto⁹⁸. Otros trabajos han abogado por incorporar las normas sobre derechos humanos en el sistema deportivo⁹⁹, han prestado atención a la cuestión del eventual papel que podría desempeñar el TEDH a este respecto¹⁰⁰, han subrayado la importancia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹⁰¹ y han propuesto la creación de organismos especializados¹⁰².

Los estándares internacionales de protección de derechos humanos analizados en el epígrafe anterior no son *per se* aplicables en el ámbito deportivo. Las organizaciones deportivas (el COI, las federaciones internacionales, la AMA y propio CAS) aplican sus propias normas, la *Lex sportiva*. Las normas del DIDH a las que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, de distinta naturaleza y alcance, están en principio destinadas a imponer obligaciones a los Estados. Aunque conscientes de la autonomía de la que gozan las autoridades deportivas, los órganos de protección internacional de derechos humanos no

⁹⁷ Junto con la mejora de la gobernanza de las organizaciones deportivas y la lucha contra la corrupción. El trabajo de algunas Organizaciones Internacionales es reflejo de esta preocupación. Puede citarse, a título de ejemplo, la Resolución 2199 (2018) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 24 de junio de 2018, Towards a framework for modern sports governance, disponible en el siguiente enlace: <https://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24443&lang=en>.

⁹⁸ DONNELLY, P., “Sport and human rights”, *Sport in Society*, Vol. 11, n° 4, 2008, pp. 381-394; MOREL, M., “Displaced in the name of sports: Human Rights Law comes to the rescue”, *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 6, n° 2, 2012, pp. 229-258.

⁹⁹ SCHWAB, B., “When We Know Better, We Do Better: Embedding the Human Rights of Players as a Prerequisite to the Legitimacy of Lex Sportiva and Sport’s Justice System”, *Maryland Journal of International Law*, Vol. 32, n° 4, 2017, pp. 4-67; SCHAWB, B., “Embedding the human rights of players in world sport”, *The International Sports Law Journal*, Vol. 17, n° 3, 2018, pp. 214-232.

¹⁰⁰ SHINOHARA, J., “Physical and sexual abuse against young athlete in sport in light of article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR)”, *International Sports Law Journal*, 2021, en prensa.

¹⁰¹ WANG, M., The feasibility of implementing the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the mega-sporting events, 2020, Tesis Doctoral disponible bajo petición a la autora en el siguiente enlace: <https://repository.gchumanrights.org/handle/20.500.11825/1873>.

¹⁰² ANDERSON, J. y PARTINGTON, N., (2018) “Duty of care in sport: time for a sports ombudsman?”, *International Sports Law Review*, Vol. 1, n° 3, 2018, pp. 3-10; WEST, D. (2019) “Revitalising a phantom regime: the adjudication of human rights complaints in sport”, *International Sports Law Review*, Vol. 19, n° 1, 2019, pp. 2-17; PATEL, S., “Gaps in the protection of athletes gender rights in sport—a regulatory riddle”, *The International Sports Law Journal*, 2021, en prensa.

han renunciado, sin embargo, a instarles al cumplimiento de estos estándares. Así lo hace de modo taxativo, por ejemplo, la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de NNUU de 29 de marzo de 2019, ya citada aquí¹⁰³. También ilustran con claridad esta idea los Principios de Yogyakarta. Ya se ha dicho que los Principios de Yogyakarta +10 abordan de modo directo las obligaciones que deben asumir los Estados en relación con no la discriminación del colectivo LGTBI en el deporte. Lo que interesa poner de manifiesto ahora es que, además, incluyen recomendaciones dirigidas a las organizaciones deportivas. Se les pide que integren en sus políticas y prácticas los Principios aprobados tanto en 2007 como en 2017, junto con todas las normas y estándares de derechos humanos pertinentes. Y, en concreto: (i) adoptar medidas prácticas para crear espacios acogedores para la participación en el deporte y la actividad física, incluida la instalación de vestuarios adecuados, y la sensibilización de la comunidad deportiva sobre la aplicación de las leyes antidiscriminatorias en el ámbito deportivo para las personas con orientaciones sexuales, identidades de género, expresiones de género y características sexuales diversas; (ii) garantizar que todas las personas que deseen participar en el deporte reciban apoyo para hacerlo, independientemente de su orientación sexual, su identidad de género, su expresión de género y sus características sexuales, y que todas las personas puedan participar, sin restricciones de acuerdo con su género auto declarado, con sujeción únicamente a requisitos razonables, proporcionados y no arbitrarios; (iii) eliminar, o abstenerse de introducir, políticas que obliguen, coaccionen o presionen de otro modo a las mujeres deportistas a someterse a exámenes, pruebas y/o procedimientos médicos innecesarios, irreversibles y perjudiciales para participar en las competiciones femeninas; y (iv) tomar medidas para alentar al público en general a respetar la diversidad basada en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales en el deporte, incluyendo medidas destinadas a eliminar el discurso de odio, el acoso y la violencia en los eventos deportivos.

No puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que las organizaciones deportivas no pretenden permanecer de espaldas a los avances que se dan en el ámbito del DIDH, al que se refieren con frecuencia en sus pronunciamientos y reglamentaciones, adoptándolo como marco de referencia. Lo hace así, por poner un ejemplo reciente, el “Marco sobre la equidad, la inclusión y la no discriminación por motivos de identidad de género y variaciones de sexo” aprobado por el COI, al que ya se ha hecho referencia aquí¹⁰⁴. Su exigibilidad directa, sin embargo, entronca con uno de los retos a los que se enfrenta el Derecho internacional, en particular el DIDH, desde hace años: el de la exigibilidad directa a las empresas transnacionales de determinados estándares internacionales¹⁰⁵. Una

¹⁰³ *Vid. supra*, nota 9.

¹⁰⁴ *Vid. supra*, nota 46: “Where eligibility criteria must be set in order to regulate the participation in the women’s and men’s categories, the establishment and implementation of such criteria should be carried out as part of a comprehensive approach *grounded on the respect for internationally recognized human rights (...)*” (énfasis añadido).

¹⁰⁵ *Vid.*, por todos: BILCHITZ, D., “The necessity for a business and human rights treaty”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1, nº 2, 2016, vol. 1, pp. 203-227; RUGGIE, J. G., “Business and human rights:

exigibilidad que cabría derivar de la diligencia debida requerida a las empresas. En este ámbito, el principio de diligencia debida constituye “el centro de los Principios Rectores de las NNUU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que establecen los principales parámetros a nivel internacional para considerar la responsabilidad de las empresas por las violaciones de los derechos humanos”¹⁰⁶. Como es sabido, los Principios Rectores no son jurídicamente vinculantes, sino que proporcionan un marco que refleja determinados estándares a los que se espera que las empresas transnacionales adecúen su comportamiento. Así, tal y como se señala por ejemplo en el “Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales” adoptado en agosto de 2020 en el ámbito de la Organización de Estados Americanos por la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las obligaciones impuestas internacionalmente a los Estados involucran la responsabilidad jurídica de las empresas, en nuestro caso las organizaciones deportivas, “en términos de evitar provocar o contribuir a provocar mediante sus operaciones vulneraciones a los derechos humanos, el deber de ejercer la debida diligencia en este ámbito como rendir cuentas de las consecuencias que provocan”¹⁰⁷. En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de NNUU tomó medidas tendentes a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. El llamado “borrador cero” del tratado se adoptó en 2018 y ha sido objeto de 3 revisiones (en 2019, 2020 y 2021)¹⁰⁸.

Más allá de esto, el análisis de la práctica revela que los órganos de protección internacional de derechos humanos se han ocupado poco y tarde de la cuestión de la protección de los derechos humanos en el deporte. En el siguiente epígrafe de este trabajo nos ocupamos de la labor insuficiente que hasta ahora han realizado y de las consecuencias que esa insuficiencia ha traído consigo.

the evolving international agenda”. *American Journal of International Law*, Vol. 1, n° 4, 2007, pp. 819-840; y VÁZQUEZ, C. M., “Direct vs. indirect obligations of corporations under international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 2004, pp. 927-959.

¹⁰⁶ BONNITCHA, J. y McCORQUODALE, R., “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights...*cit.*”, p. 899.

¹⁰⁷ Cfr. el apartado 303 del Informe, disponible en el siguiente enlace: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>. Y añade que los Estados deberán asegurar que “las empresas, sean públicas o privadas, que actúan bajo su jurisdicción, incluyendo sus actividades transnacionales, operen bajo dichos marcos normativos y garantías internacionales asumidas por los Estados” (*ibidem*).

¹⁰⁸ Está disponible en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>. *Vid.*, al respecto: IGLESIAS MÁRQUEZ, D. “Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades”, *Deusto Journal of Human Rights*, N° 4, 2019, pp. 145-176.

2. El papel de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos

Dejando a un lado ahora la jurisprudencia, muy importante, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la aplicación en el ámbito deportivo de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y la libre circulación de trabajadores¹⁰⁹, lo cierto es que solo muy recientemente el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos en los que se alegasen violaciones de derechos humanos acaecidas en el ámbito deportivo o como consecuencia de la aplicación de normas deportivas¹¹⁰.

Tampoco la labor de los órganos de protección de derechos humanos del sistema de NNUU ha sido muy fructífera. Una exhaustiva búsqueda en la base de datos de los Comités¹¹¹ revela que el tema no ha sido objeto de ningún Comentario/Observación General y apenas mencionado en las Observaciones Finales. Aun así, en el caso de estas últimas, podemos citar algunos casos en los que, excepcionalmente, la cuestión deportiva emerge en el análisis del comité correspondiente¹¹². Así, el Comité de Derechos Humanos se ha referido en repetidas ocasiones a la persistencia e importancia de la discriminación de las mujeres en el ámbito deportivo en determinados países y ha afirmado que tales discriminaciones infringen el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹³. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer también ha abordado esta cuestión. Por ejemplo, en las Observaciones Finales al séptimo informe periódico presentado por Italia¹¹⁴, el Comité mostró su preocupación por la escasa representación de las mujeres en las federaciones deportivas y por el hecho de que a las competiciones deportivas femeninas se les asigne una cuota de tiempo de emisión significativamente menor¹¹⁵. Sin embargo,

¹⁰⁹ *Vid.* sobre esta cuestión, por ejemplo: PENN, D. W., “From Bosman to Simutenkov: the application of non-discrimination principles to non-EU nationals in European sports”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 30, nº 1, 2006, pp. 203-23.

¹¹⁰ Ya hemos citado aquí el asunto *FNASS y otros c. Francia*. El *Factsheet* “Sport and the European Convention of Human Rights”, editado por la unidad de prensa del TEDH contiene una lista actualizada de casos. Está disponible en el siguiente enlace: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sport_ENG.pdf. El asunto Semenya se sumará a este grupo de pronunciamientos. Sobre esta cuestión puede verse: RIETIKER, D., “The European Court of Human Rights and FIFA: Current Issues and Potential Challenges”, *European Convention on Human Rights Law Review*, Vol. 1, nº. 1, 2020, pp. 62-104.

¹¹¹ La mayor parte de los pronunciamientos citados aquí pueden encontrarse en la Base de Datos de Jurisprudencia de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en <https://juris.ohchr.org/>

¹¹² Ya me he ocupado de esta cuestión con anterioridad: PÉREZ GONZÁLEZ, C., “¿Un Derecho internacional del deporte?: Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional *in statu nascendi*”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 60, nº 1, 2017, pp. 203 y ss.

¹¹³ *Vid.*, por ejemplo, las Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Islámica de Irán (CCPR/C/28/Add.15) disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5.

¹¹⁴ CEDAW/C/ITA/CO/7, de 24 de julio de 2017, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fIT A%2fCO%2f7&Lang=en.

¹¹⁵ *Cfr.* el párrafo 43 de las Observaciones Finales.

lejos de hacer recomendaciones concretas, el Comité se limitó a destacar la necesidad de proseguir los esfuerzos para lograr una igualdad de género sustantiva en el deporte, incluso mediante el uso de medidas especiales de carácter temporal¹¹⁶. También se pueden citar ejemplos de la Comité sobre los Derechos del Niño¹¹⁷ y del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹⁸.

Por último, tampoco encontramos un número verdaderamente significativo de casos en los que los Comités hayan abordado eventuales violaciones de los tratados como consecuencia de la presentación de comunicaciones individuales. Como veremos enseguida, diferentes razones podrían explicar esta infrutilización. Vamos a referirnos antes también a algunos ejemplos. En el caso *Hagan c. Australia*¹¹⁹, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial concluyó en 2003 que el uso de un término ofensivo, en el palco de un estadio de fútbol y verbalmente durante los partidos, en honor a una famosa personalidad del deporte infringía la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹²⁰. En 2016, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos la comunicación presentada por una ciudadana colombiana en nombre de su hijo menor de edad. A este último se le había reconocido la condición de refugiado en 2009 en Ecuador, país al que toda la familia se había trasladado en 2002 para escapar de la violencia en Colombia. La autora de la comunicación alegaba que su hijo había sido víctima de la violación de algunos de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debido a la negativa de las autoridades deportivas a inscribirlo por su condición de refugiado. Esta negativa impidió al menor

¹¹⁶ *Ibidem*, párrafo 44.

¹¹⁷ Las Observaciones Finales a los informes periódicos quinto y sexto combinados de Austria hacen referencia a un tema de gran importancia: la explotación y los abusos sexuales. El Comité incluye a las asociaciones deportivas entre los actores de los que el Estado debería recopilar datos y pide a Austria que en su próximo informe periódico proporcione información detallada sobre informes, investigaciones, procesamientos y condenas: CRC/C/AUT/CO/5-6, 10 de febrero de 2020, disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/AUT/CRC_C_AUT_CO_5-6_41509_E.pdf.

¹¹⁸ Dado que la Convención incluye una referencia específica al deporte en el artículo 30, las Observaciones Finales incluyen sistemáticamente una referencia general a la obligación de los Estados parte de proteger de forma efectiva el derecho de las personas con discapacidad, especialmente de los niños, a participar en el deporte.

¹¹⁹ Disponible en el siguiente enlace: http://www.worldcourts.com/cerd/eng/decisions/2003.03.20_Hagan_v_Australia.htm.

¹²⁰ El autor de la comunicación, Stephen Hagan, era un nacional australiano originario de las tribus Kooma y Kullilli del suroeste de Queensland. En este caso, alegó ser víctima de la violación por parte de Australia de los artículos 2, 6 y 7 de la Convención. En 1960, el palco de un importante campo de deportes en Toowoomba, Queensland, donde vivía el autor, fue bautizada como "E.S. 'Nigger' Brown Stand", en honor a una conocida personalidad deportiva y cívica, el Sr. E.S. Brown. El término ofensivo aparecía en un gran cartel y se repetía oralmente en los anuncios públicos relativos a las instalaciones del estadio y en los comentarios de los partidos.

participar en determinadas competiciones para las que había sido seleccionado¹²¹. El último ejemplo que podemos mencionar es mucho más reciente y no contamos aún con la decisión del Comité. Se trata del caso de *Yuliya Stepanova y Vitaly Stepanov c. Federación Rusa* ante el Comité de Derechos Humanos. Los autores de la comunicación son dos de los denunciadores (*wistleblowers*) que revelaron el programa de dopaje de Estado en Rusia que acabó con la imposición por parte del COI y la AMA de sanciones tanto a los atletas como a las federaciones deportivas rusas. En la comunicación se alega la violación de diferentes derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²².

Ya se ha hecho referencia aquí a algunas de las razones que explicarían el poco interés, en el desarrollo del DIDH, por las violaciones de derechos humanos que se dan en el entorno deportivo¹²³. Cabe añadir, en este sentido, que, como acabamos de comprobar, tampoco los/as deportistas parecen haber confiado en la protección que brindan los mecanismos internacionales universales o regionales. Esta desconfianza se explica por diversos motivos. En primer lugar, las controversias deportivas en cuyo contexto se producen las eventuales violaciones de derechos requieren en general de una solución rápida, cuando no inmediata. La duración media de la carrera de los/as deportistas profesionales es relativamente corta, lo que puede impedir que la respuesta de los órganos de protección internacional de derechos humanos resuelva el problema a tiempo o sea verdaderamente útil¹²⁴. Por un lado, hay que tener en cuenta que se requiere el agotamiento de los recursos internos antes de presentar una comunicación ante los Comités o una demanda ante el TEDH, a menos que la aplicación de dichos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que aporte una solución efectiva. Por otro lado, y en este mismo sentido, también la duración de los procedimientos puede resultar disuasoria. Aunque la misma varía de un comité a otro, para los casos concluidos en 2016, por ejemplo, los comités pertinentes tardaron una media de tres años y medio en llegar a sus dictámenes finales¹²⁵.

En segundo lugar, el movimiento deportivo es ciertamente reticente a que los/as deportistas resuelvan sus problemas en los tribunales ordinarios¹²⁶. Esta actitud está muy influenciada

¹²¹ *A.M.B. c. Ecuador*, E/C.12/58/D/3/2014, 8 de agosto de 2016, disponible en el siguiente enlace: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1059&Lang=es

¹²² La Comunicación está disponible en el siguiente enlace: [https://www.lls.edu/media/loyolalawschool/academics/clinicexperientiallearning/ihr/Stepanovs%20v%20Russia%20\(3-1-2021\)%20for%20distribution.pdf](https://www.lls.edu/media/loyolalawschool/academics/clinicexperientiallearning/ihr/Stepanovs%20v%20Russia%20(3-1-2021)%20for%20distribution.pdf)

¹²³ *Vid. supra*, nota 74.

¹²⁴ Caster Semenya, que se ha negado a someterse a cualquier tratamiento químico que rebaje su nivel de testosterona con el fin de adaptarla a lo requerido por el Reglamento de Elegibilidad, no ha participado en los Juegos Olímpicos de Tokio.

¹²⁵ LIMON, M., *Reform of the UN Human Rights Petitions System*, 2018, p. 25. El Informe está disponible en el siguiente enlace <https://www.universal-rights.org/urg-policy-reports/reform-un-human-rights-petitions-system-assessment-un-human-rights-communications-procedures-proposals-single-integrated-system/>. En el caso del TEDH, aunque la duración es variable, baste recordar que las demandas en el asunto *FNASS y otros c. Francia* se interpusieron en 2011 y 2013 y que la sentencia no llegó hasta 2018.

¹²⁶ *Vid. supra*, nota 5.

por la idea de la especificidad del deporte y puede llegar incluso a que se prohíba explícitamente el acceso a la justicia ordinaria¹²⁷. Pero también esta afirmación es cierta a la inversa. Tal y como ha afirmado Nafziger, la “reticencia histórica” de los tribunales nacionales a resolver los asuntos que surgen en el ámbito deportivo puede explicarse por el desconocimiento de la materia y la estructura del deporte¹²⁸.

En tercer lugar, el riesgo de sufrir represalias por parte del movimiento deportivo no es imaginario. El caso del futbolista belga Jean-Marc Bosman constituye un ejemplo útil en este sentido. Su histórico éxito judicial en 1995¹²⁹ ha sido considerado como “una victoria pírrica (...) que alertó a los potenciales litigantes sobre los costes de desafiar la estructura del juego”¹³⁰. De hecho, el reproche institucional a los deportistas que pretenden acceder a la justicia ordinaria es uno de los elementos clave que explican el éxito en el establecimiento y aplicación efectiva por parte de los órganos de gobierno del deporte de la *Lex sportiva*¹³¹.

Aunque sea una obviedad, no está de más recordar, por último, que a través de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos a los que hemos venido haciendo referencia, los órganos de supervisión declararán, en su caso, la responsabilidad del Estado, no de las organizaciones deportivas. En general, sin embargo, las violaciones de derechos humanos que se dan en el ámbito deportivo tienen su origen en la normas o prácticas emanadas de las autoridades deportivas, adoptadas y aplicadas por ellas. En la *Lex sportiva*. Son autores de las mismas, por tanto, actores no estatales. La cuestión de la atribución de responsabilidad al Estado es problemática cuando las violaciones de los derechos humanos son cometidas por aquellos. En estos casos, el Estado viene obligado a centrar sus esfuerzos en prevenir, proteger y perseguir con la debida diligencia las violaciones de los derechos humanos de las que son autores. Lo que se traduce en que un Estado “puede incurrir en responsabilidad internacional, sobre la base del deber de diligencia debida, si no impidió adecuadamente determinadas acciones privadas”¹³². El principio de la diligencia, en un sentido diferente al ya apuntado *supra* en relación con la responsabilidad de las empresas por la violación de derechos humanos, deviene así clave para solventar la cuestión de la responsabilidad estatal. Sin embargo, es un concepto

¹²⁷ Cfr. el artículo 58.2 de los Estatutos de la FIFA, que establece que “queda prohibida la vía del recurso ante los tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación de la FIFA”. Los Estatutos están disponibles en el siguiente enlace: <https://digitalhub.fifa.com/m/1c1b09370e3d5dbe/original/FIFA-Estatutos-2021.pdf>.

¹²⁸ NAFZIGER, J.A.R., “International Sports Law: A Replay of Characteristics and Trends”, Vol. 86, nº 3, 1992, p. 489

¹²⁹ Sentencia de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros c. Jean-Marc Bosman* (ECLI:EU:C:1995:463).

¹³⁰ WEATHERILL, S., *Principles and Practice in EU Sports Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 99.

¹³¹ SCHAWB, B., “Embedding the human rights of players in world sport...*cit.*”, p. 218.

¹³² BOON, K.E., “Are control tests fit for the future? The slippage problem in attribution doctrines”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 15, nº 2, 2014, p. 363.

elástico y relativo¹³³. Como se ha recordado, “juega un papel importante en el derecho internacional de los derechos humanos al definir el alcance de las obligaciones de un Estado para prevenir y responder a las violaciones de los derechos humanos por parte de actores privados dentro de su territorio o jurisdicción”¹³⁴. En este sentido precisamente el que se asume en este trabajo: el que entiende la diligencia debida como una norma secundaria del Derecho internacional general que define las “condiciones generales del derecho internacional para que los Estados sean considerados responsables de acciones u omisiones ilícitas”¹³⁵. La noción de diligencia debida es indeterminada y su papel y naturaleza dentro del Derecho internacional se ha analizado de manera inconsistente¹³⁶. En el contexto del DIDH, la valoración de si el Estado ha cumplido con las obligaciones derivadas del mismo dependerá del caso concreto. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que sería una carga desproporcionada para el Estado que su responsabilidad se viese comprometida como consecuencia de cualquier violación de derechos humanos cometida por un actor no estatal. En este sentido, cabe destacar que los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, entre los que se encuentran el TEDH y la CtIADH, han hecho suya la opinión de que la “razonabilidad” de las medidas adoptadas por el Estado es clave para determinar el cumplimiento por parte de éste del deber de protección de los derechos humanos sobre la base del principio de debida diligencia¹³⁷. Tal y como se ha dicho, la razonabilidad podría considerarse “la lente utilizada para determinar si un Estado ha ejercido la debida diligencia en un caso concreto que implica una conducta ilícita de un agente no estatal”¹³⁸.

Cómo evaluar esta razonabilidad en el ámbito del deporte, dada la autonomía de que gozan las autoridades deportivas, se convierte en una cuestión esencial. MacKenzie Grey-Scott ha subrayado que lo que hay que tener en cuenta es si era factible para el Estado hacer frente a la conducta ilícita de un agente no estatal¹³⁹. Se trata, en todo caso, de una cuestión abierta, por lo que los pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de derechos humanos pueden servir no sólo para definir el alcance de las normas primarias (esto es, el contenido de las obligaciones internacionales del Estado en este caso) cuyo incumplimiento da lugar a la responsabilidad en materia de protección de los derechos humanos de los deportistas, sino también para evaluar la aplicación del principio de diligencia debida, como norma secundaria, en este ámbito.

¹³³ *Ibidem*, p. 367.

¹³⁴ BONNITCHA, J. y McCORQUODALE, R., “The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 18, nº 3, 2017, p. 904.

¹³⁵ MacKENZIE GREY-SCOTT, R., “Due diligence as a secondary rule of general international law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 34, nº 2, 2021, pp. 343-344.

¹³⁶ McDONALD, N. “The role of due diligence in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, nº 3, 2019, p. 1043.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ MacKENZIE GREY-SCOTT, R., “Due diligence as a secondary rule...*cit.*”, p. 361-362.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 362.

En suma, aunque la intervención de los órganos de protección internacional de derechos humanos ya sea de oficio o a través de procedimientos de reclamación individual sigue siendo anecdótica, nos parece, como concluiremos enseguida, sumamente valiosa.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES: DE POR QUÉ LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DEBEN SALTAR AL TERRENO DE JUEGO

La gran mayoría de las competiciones deportivas están segregadas sobre la base del sexo biológico de los/as deportistas que participan en las mismas. Esta segregación, que se da por sentada¹⁴⁰, está fundamentalmente basada en las diferencias que las hormonas masculinas, en particular la testosterona, imprimen en el desempeño deportivo. La protección de la integridad de la competición exige garantizar cierta igualdad entre los/las participantes: sería “injusto” hacer competir a las mujeres con los varones, quienes, gracias a las hormonas, son más fuertes y más rápidos. Así, mientras otras características físicas o genéticas no tienen relevancia jurídico-deportiva, no se consideran “ventajas injustas”, las reglamentaciones deportivas sí se ocupan de regular esta cuestión. En relación, en particular, con los/as deportistas transgénero e intersexuales, esas reglamentaciones han avanzado en la línea de imponer condiciones cada vez menos invasivas a dicha participación. Aún así, y no siendo ya una exigencia someterse a una cirugía de reasignación de sexo, la participación se condiciona, en general, al mantenimiento de determinados niveles de testosterona en sangre. Esas reglas afectan tanto la vida como a las carreras profesionales de determinadas deportistas que, por razones de identidad de género (nos hemos referido a ellas en este trabajo como deportistas transgénero) o por experimentar diferencias en su desarrollo sexual (denominadas en este trabajo intersexuales), producen de manera endógena una cantidad de testosterona que supera los niveles reglamentariamente permitidos.

Al tiempo, el DIDH ha avanzado, si bien tardíamente¹⁴¹, hacia la protección de las personas transgénero e intersexuales frente a la discriminación. Parte de la doctrina ha considerado

¹⁴⁰ “The segregation of the sexes in sport still seems to be regarded as a matter of course”: MÜLLER, M.: “Constructing Gender Incommensurability in Competitive Sport: Sex/Gender Testing and the new regulations on female hyperandrogenism”, *Human Studies*, Vol. 39, n° 3, 2016, p. 1.

¹⁴¹ Algunos trabajos han denunciado, en particular, la tardía e insuficiente labor de los órganos de protección internacionales de derechos humanos. *Vid.*, en este sentido.: GONZÁLEZ-SALZBERG, D.A., “The Accepted Transsexual and the Absent Transgender: A Queer Reading of the Regulation of Sex/Gender by the European Court of Human Rights”, *American University International Law Review*, Vol. 29, n° 4, pp. 707-829; y HOLTMAAT, R. y POST, P., “Enhancing LGTBI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 33, n° 4, pp. 319-336

estos desarrollos, sin embargo, “equivocos e incoherentes”¹⁴². Se han examinado aquí algunos de los avances que, en este sentido, se han dado tanto en el ámbito universal como regionales gracias, de nuevo, a la labor de los órganos de protección internacional de derechos humanos. Esos avances, sin embargo, raramente han tenido en cuenta la cuestión de la no discriminación en el ámbito deportivo. Esto viene a confirmar, de otro lado, un patrón que también se ha querido poner de manifiesto en este trabajo: el olvido generalizado por parte de esos órganos de las violaciones de derechos humanos que se dan en el ámbito deportivo y de las que son víctimas los deportistas. Esto es particularmente grave en relación con las deportistas transgénero e intersexuales, que suman a las discriminaciones que sufren en numerosos ámbitos, ser ignoradas por los mecanismos de protección internacional de derechos humanos¹⁴³. No aboga aquí por la enunciación de nuevos estándares que no quepa deducir de los textos convencionales que estos órganos deben interpretar cuando supervisan su cumplimiento, sino de extender los ya existentes al ámbito deportivo, teniendo en cuenta sus particularidades.

¿Cuáles serían las consecuencias de no hacerlo así? En primer lugar, el sistema de protección internacional de los derechos humanos parece ajeno a las violaciones que se dan en el ámbito deportivo. Por supuesto, esto retroalimenta la idea de que no es un sistema adecuado o útil en este sentido, lo que lleva a perpetuar que no se tenga en cuenta en las estrategias de defensa de los derechos humanos de los deportistas. En segundo lugar, por consiguiente, se priva a estos de un posible medio de protección de sus derechos. Por último, los Estados no reciben directrices sobre la mejor manera de cumplir con su obligación de proteger los derechos de los deportistas, lo que ha dado lugar a una evolución incompleta del DIDH en lo que respecta a la protección de los derechos humanos en el deporte. Esta última es una cuestión fundamental. Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos están llamados a declarar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del DIDH. En supuestos en los que entra en la ecuación en principio de diligencia debida por estar actores no estatales en el origen de las violaciones, los pronunciamientos de aquellos mecanismos serán fundamentales para delinear el contenido de los deberes que impone ese principio, que sabemos elástico y relativo. Unos pronunciamientos que, en mi opinión, contribuirían además a elevar los estándares de protección de los derechos humanos en el deporte.

Considero, en definitiva, que la futura decisión del TEDH en el asunto de la atleta sudafricana Caster Semanya, al que se ha hecho repetida referencia en este trabajo, supondrá sin duda un hito fundamental en lo que hace a la clarificación de las obligaciones

¹⁴² O’FLAHERTY, M. y FISHER, J., “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law... *cit.*”, p. 2281.

¹⁴³ A modo de ejemplo, basta recordar que la cuestión no se cita entre las áreas de preocupación identificadas en la segunda edición del Informe elaborado en 2019 por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas titulado “Born free and equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law”, disponible en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Born_Free_and_Equal_WEB.pdf.

de los Estados en relación con la protección de los atletas con diferencias en el desarrollo sexual y, por extensión, transgénero. En este y otros casos, el resultado de la intervención de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos en los asuntos deportivos podría, además, dar lugar a un diálogo entre la *Lex sportiva* y el DIDH que sería enriquecedor para ambos cuerpos normativos. Dado que no es impensable que la necesaria protección de la integridad de la competición, que se ha identificado también aquí como un objetivo propio del Derecho internacional, tenga un peso determinante en la decisión que finalmente se adopte, dicho diálogo podría ser útil, de una parte, para superar la desconfianza que las autoridades deportivas parecen tener en la comprensión del “deporte” por parte del sistema ordinario de protección de los derechos humanos. Y, de otra parte, contribuiría, sin duda, a mejorar la reputación y la legitimidad de la acción de los organismos internacionales que regulan el deporte.

Algunas cuestiones colaterales, que no han sido objeto de análisis aquí, pero sí apuntadas, no deben ser completamente obviadas en estas conclusiones. La primera tiene que ver con nuestra concepción de deporte, que tiende a identificarlo con características físicas y habilidades en la que los varones superan, en general, a las mujeres. Parece inevitable preguntarse si no subyace a dicha concepción la asunción de la inferioridad de lo femenino en este ámbito. La segunda, de alguna manera conectada con esta, se refiere a las razones de la atención jurídica que, frente a otros rasgos físicos o genéticos, han recibido en el deporte los aspectos relacionados con el género o el sexo¹⁴⁴. Esas reglamentaciones, además de eludir un espectro sexual que supera lo puramente binario, parece dejar entrever una concepción de “lo femenino” que debiera estar ya superada.

¹⁴⁴ *Vid. supra*, nota 34.