

ESTUDIOS
JURÍDICOS

EL PODER CREADOR DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

INTERPRETACIONES VIVAS Y PARADOJAS
EN PERSPECTIVA COMPARADA

PERE SIMÓN CASTELLANO
JOSÉ TUDELA ARANDA
DIRECTORES
CARLOS BARDAVÍO ANTÓN
COORDINADOR

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

PERE SIMÓN CASTELLANO
JOSÉ TUDELA ARANDA
Directores

CARLOS BARDAVÍO ANTÓN
Coordinador

El poder creador de los tribunales constitucionales

Interpretaciones vivas y paradojas
en perspectiva comparada

III ARANZADI

	<u>Página</u>
1.2. Libertad de expresión y las publicaciones periódicas	153
1.3. La libertad de expresión y el derecho de respuesta ..	155
1.4. La libertad de expresión del pensamiento ante personas públicas	156
1.5. La libertad de expresión del pensamiento y la inmunidad parlamentaria	156
1.6. La libertad de expresión del pensamiento, fake news y el proceso electoral	157
1.7. La libertad de expresión y la religión	159
1.8. La libertad de expresión y el Estado laico	160
1.9. La libertad de expresión en las escuelas y universidades	161
2. <i>El discurso de odio</i>	162
2.1. El delito de odio y la flexibilización de garantías al acusado	163
2.2. El discurso de odio y la libertad religiosa	165
2.3. El discurso de odio e Internet	166
2.4. El discurso de odio y la tipología criminal	167
IV. Consideraciones finales	168
V. Bibliografía	169

CAPÍTULO VII. SUIZA

PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ASUNTO SEMENYA CONTRA SUIZA – 10934/21, 11 DE JULIO DE 2023. APUNTES SOBRE DISCRIMINACIÓN Y DELITOS DE ODIO

SILVIA IRENE VERDUGO GUZMÁN	171
I. Antecedentes. Las cuestionables pruebas de verificación de sexo	172
II. La federación mundial de atletismo y sus reglas de elegibilidad de deportistas. ¿Búsqueda de igualdad de competición?	177
III. La World Athletics «es una entidad privada que no debe preocuparse de los derechos humanos»	182

	<u>Página</u>
IV. Pronunciamiento del Tribunal de Arbitraje deportivo y del Tribunal Federal suizo en el asunto Caster Semenya	184
V. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Demanda núm. 10934/21, Semenya c. Suiza	188
VI. A la espera del pronunciamiento de la gran sala del TEDH... ..	192
VII. España en cuanto al respeto por los derechos humanos	193
VIII. Discriminación versus delitos de odio	194
IX. Cuestiones pendientes para un correcto desarrollo del deporte y respeto de los derechos humanos	195
1. <i>La postura del COI respecto a «sus» entidades y federaciones deportivas privadas</i>	195
2. <i>Reconocimiento internacional de los DDHH en el deporte</i>	197

CAPÍTULO VIII. ESPAÑA

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR MOTIVOS RACIALES EN EE.UU. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL ASUNTO *STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS C. HARVARD*, DE 29 DE JUNIO DE 2023

PERE SIMÓN CASTELLANO	199
I. A modo de introducción: la Constitución como árbol vivo y los virajes interpretativos	199
II. Punto de partida: hechos y antecedentes	201
1. <i>Los hechos</i>	201
2. <i>Los antecedentes</i>	202
III. Los fundamentos y argumentos del Tribunal Supremo para declarar la inconstitucionalidad de los programas de acción y/o discriminación positiva étnico-racial	206
IV. Valoración crítica y conclusiones	208
1. <i>Aproximación crítica</i>	208
2. <i>Conclusiones</i>	210

Capítulo VII. Suiza

Pronunciamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Semenya contra Suiza – 10934/21, 11 de julio de 2023.

Apuntes sobre discriminación y delitos de odio¹

SILVIA IRENE VERDUGO GUZMÁN

Doctora en Derecho

Universidad Internacional de La Rioja. España

Vocal del Comité Sancionador Antidopaje. NADO – España

silvia.verdugo@unir.net

ORCID: 0000-0001-9851-4795

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. LAS CUESTIONABLES PRUEBAS DE VERIFICACIÓN DE SEXO. II. LA FEDERACIÓN MUNDIAL DE ATLETISMO Y SUS REGLAS DE ELEGIBILIDAD DE DEPORTISTAS. ¿BÚSQUEDA DE IGUALDAD DE COMPETICIÓN? III. LA WORLD ATHLETICS «ES UNA ENTIDAD PRIVADA QUE NO DEBE PREOCUPARSE DE LOS DERECHOS HUMANOS». IV. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO Y DEL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO EN EL ASUNTO CASTER SEMENYA. V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DEMANDA NÚM. 10934/21, SEMENYA C. SUIZA. VI. A LA ESPERA DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA GRAN SALA DEL TEDH.... VII. ESPAÑA EN CUANTO AL RESPETO POR LOS DERECHOS HUMANOS. VIII. DISCRIMINACIÓN VERSUS DELITOS DE ODIO. IX. CUESTIONES PENDIENTES PARA UN CORRECTO DESARROLLO DEL DEPORTE

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Gobernanza global del deporte. *Lex sportiva* y autonomía deportiva. Del *soft law* a los derechos», PID2020-119089RB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033, financiado por el Min. de Ciencia e Innovación y la AEA.

Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 1. *La postura del COI respecto a «sus» entidades y federaciones deportivas privadas.* 2. *Reconocimiento internacional de los DDHH en el deporte.*

I. ANTECEDENTES. LAS CUESTIONABLES PRUEBAS DE VERIFICACIÓN DE SEXO

El desarrollo y expansión del deporte, sin lugar a dudas, es cada vez más rápido a nivel mundial. De la mano, todos los días inevitablemente surgen conflictos jurídicos que necesitan solución, y es donde a regañadientes algunos intentan aislar el «mundo» del deporte, hablando incluso en el ámbito jurídico de un «Derecho Deportivo», como autónomo, independiente y sin relación con el resto de áreas. Nada más lejos implica hablar de una *lex sportiva*, como aquella que intentan fortalecer imponiendo esquemas normativos cerrados, federaciones nacionales e internacionales con poder absoluto, y en general, se trata de un sistema que funciona en forma aislada y a veces autoritaria en cuya cúspide se encuentra el Comité Olímpico Internacional (COI)².

Sin embargo, la lucha es intensa entre todos los interesados en el mundo del deporte, pues hay temas en que no se pueden dejar de la mano de esas entidades privadas. Está reconocido a nivel de Derecho Internacional que el vínculo entre derecho y deporte es fundamental, pero también muchas voces exponen que es necesario un reconocimiento y protección del mismo, incluyendo los derechos humanos de cualquier deportista. Señalaba, en marzo de 2019, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que todos los Estados deben velar por que asociaciones y órganos deportivos apliquen políticas y prácticas que resulten compatibles con las normas y principios internacionales de derechos humanos³. A raíz de todo esto, desarrollaremos

2. Así por ejemplo, FIFA es la gran empresa o asociación privada que tiene incluso más países miembros que la propia ONU, cuyas siglas se traducen en Federación Internacional de Fútbol Asociación (en español). También, es sabido que cuando se trata de participar en competiciones de cierto nivel, todos los atletas deben firmar una cláusula de sometimiento obligatorio a un Tribunal Arbitral especializado en deporte (TAS/CAS), al cual se dirigirán en caso de controversias jurídicas sin más opción, si se quiere participar.
3. Pérez González, C., «Deporte y derechos humanos: algunas consideraciones sobre una relación construida desde la cooperación y el conflicto», en A. Millán Garrido (coord.), *Estudios de Derecho Deportivo*, Reus, Madrid, 2020, pág. 640. En el mismo sentido, expone que, «la resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/18, de 14 de julio de 2014, se refiere al dº de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y

mental: el deporte y los estilos de vida saludables como factores coadyuvantes», p. 647.

En un asunto que a día de hoy sigue arrastrando polémicas y discusiones que trascienden las fronteras de las canchas o pistas deportivas.

Para entender todo esto, es básico recordar la Carta Olímpica, con una «Constitución del Deporte» que está en la cúspide de todo el sistema deportivo, que emana del COI, y que afirma, dentro de los Principios Fundamentales del Olimpismo:

«4. *La práctica deportiva es un derecho humano. Toda persona debe tener la posibilidad de practicar deporte sin discriminación de ningún tipo y dentro del espíritu olímpico, que exige comprensión mutua, espíritu de amistad, solidaridad y juego limpio.*

6. *El disfrute de los derechos y libertades establecidos en esta Carta Olímpica debe garantizarse sin ningún tipo de discriminación, ya sea por raza, color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, riqueza, nacimiento u otra condición»⁴.*

Gracias a los impulsos por la inclusión de todas las personas en el ámbito del deporte, provenientes desde hace ya décadas por parte del COI se ha logrado que por ejemplo la mujer poco a poco incremente su participación en un ambiente que mayoritariamente era controlado por el género masculino. En cualquier caso, cual también da a simple vista la creencia de una discriminación que, aunque existe en ciertos deportes, no es posible generalizar. Pero los problemas actuales giran en torno a personas de un sexo diferente al que nacieron, que quieren competir o participar del deporte, o también, respecto a personas transgénero o «intersex».

Entre los antecedentes sobre el tema, las primeras interrogantes y cuestiones a deportistas se produjeron luego de los Juegos Olímpicos (JJO) de Helsinki 1952, cuando la delegación de la Unión Soviética arrasó con el medallero olímpico en diversas categorías deportivas femeninas, pero con atletas que tenían aspecto masculino, según se comentaba públicamente. Así surgieron las Pruebas de Verificación de Sexo (PVS). Sus orígenes se remontan a partir de ese entonces, pero especialmente durante la guerra fría cuando las competiciones que se llevaban a cabo encontraban una clara

4. Trad. al español de la Carta Olímpica, Comité Olímpico Internacional, Lausana, 14 de octubre de 2023.

rivalidad entre países⁵. Comenzaron los controles para confirmar si quien era correcta en que se encontraba inscrito. En los Juegos Europeos de Atletismo de Budapest 1966 y en los Juegos de la Commonwealth de Winnipeg 1967, se utilizaban los «cromosomas» que consistían en la obligación a tres doctoras que podían comprobar el género de esa persona: sin lugar a dudas y absolutamente incomprensible para cualquier persona⁶. Envuelto ese método de «Cromatina Sexual», especialmente en los Juegos de Grenoble 1968, que consistían en determinar los cromosomas X en los atletas, de utilizar por su falta de precisión y de ADN», desde los JJOO de Atlanta 1996 se solucionaron y dejaron conformes a todos los atletas juzgados o discriminados.

Décadas después, no había parado de seguir creciendo cada vez en más atletas que buscaban esa ansiada posibilidad de competir legalmente en la categoría de «hombres». El COI aseguró en reunión celebrada en Ginebra en 2011 que, a partir del mes de mayo de 2012—, aquellas mujeres que tuviesen

-
5. Cfr. Verdugo Guzmán, S., «Resolución del deportista transexual en la era de la globalización», Dykinson, Madrid.
 6. Las PVS afectaron por ejemplo a la atleta española María José Martínez Vázquez, que debía ser considerada válida para competir en los Juegos de la española María José Martínez y expulsada del equipo español.
 7. En Estocolmo (2003), y especialmente en los Juegos de Atenas 2004, se fomentó la participación de atletas transgénero. Los atletas transgénero no se verían privados de la oportunidad de competir. Además, el COI, establece unos criterios que los atletas transgénero tengan en consideración a la hora de competir. Aribas, C., «El COI admitirá en los Juegos Olímpicos a atletas transgénero», *El País*, 24.01.2016. Accesible en https://www.elpais.com/articulo/El_COI_admitira_en_los_Juegos_Olimpicos_a_atletas_transgenero/145366386-1_517468.html.
 8. Es el aumento de la actividad deportiva de las mujeres en relación a los niveles medios de la población.

rivalidad entre países⁵. Comenzaron a realizarse diversas pruebas, test, y controles para confirmar si quien estaba compitiendo lo hacía en la categoría correcta en que se encontraba inscrito. Por ejemplo, en los Campeonatos Europeos de Atletismo de Budapest 1966 y en los Juegos Panamericanos de Winnipeg 1967, se utilizaban los «Test de Verificación de Género», que básicamente consistían en la obligación de la deportista a posar desnuda frente a tres doctoras que podían comprobar en ese momento de forma visual el género de esa persona: sin lugar a dudas una práctica humillante, denigrante y absolutamente incomprensible que vulneraba los derechos humanos de cualquier persona⁶. Envuelto ese sistema en polémicas, se utilizaron «Test de Cromatina Sexual», especialmente en los JJOO de México 1968 y los de Grenoble 1968, que consistían en tomar una muestra de mucosa bucal para determinar los cromosomas X en el mapa genómico de la atleta: se dejaron de utilizar por su falta de precisión. Finalmente, se masificaron los «Test de ADN», desde los JJOO de Albertville 1992⁷, que a día de hoy intentan solucionar y dejar conformes a todos quienes se sienten involucrados, perjudicados o discriminados.

Décadas después, no había muchos cambios normativos y la situación seguía creciendo cada vez en más deportes, al ser cada vez más las personas que buscaban esa ansiada posibilidad de competir en su deporte, pero no necesariamente en la categoría de «hombre» o «mujer». Así, la Comisión Médica del COI aseguró en reunión celebrada en Daegu (Corea del Sur) en abril del 2011 que, a partir del mes de mayo de 2011 –incluyendo los JJOO de Londres 2012–, aquellas mujeres que tuvieran hiperandrogenismo⁸ debían seguir una

5. Cfr. Verdugo Guzmán, S., «Respuestas del Derecho penal frente a la posible discriminación del deportista transexual», en *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 1090-1091.
6. Las PVS afectaron por ejemplo a la polaca Ewa Klobukowska, en 1967 porque según las PSV debía ser considerada varón y fueron anulados todos sus registros; en el caso de la española María José Martínez Patiño, fue descalificada del salto de vallas en 1985 y expulsada del equipo español en 1986 por culpa de las PSV.
7. En Estocolmo (2003), y especialmente en Lausana (2015), el COI recalca la importancia de fomentar la participación de deportistas transgénero en todo el mundo, asegura que no se verían privados de la oportunidad de participar en competiciones deportivas. Además, el COI, establece unos parámetros para que las federaciones internacionales tengan en consideración a la hora de permitir participar a deportistas transgénero. Arribas, C., «El COI admitirá en los Juegos a transexuales sin obligarles a operarse», *El País*, 24.01.2016. Accesible en: https://elpais.com/deportes/2016/01/24/actualidad/145366386-1_517468.html. Última consulta: 25.11.2023.
8. Es el aumento de la actividad androgénica con niveles elevados de andrógenos en relación a los niveles medios del sexo; en el caso de la mujer, son producidos en la

norma deportiva específica, la *IOC Regulations on Female Hyperandrogenic Games of the XXX Olympiad in London 2012*, que se resume en:

«Una mujer con hiperandrogenismo que es reconocida legalmente como hombre será elegible para competencias atléticas femeninas siempre que tenga los niveles de andrógenos por debajo del rango masculino (medido en función de niveles de testosterona en suero) o si, en caso de tener los niveles de andrógenos dentro de los parámetros masculinos, tiene una resistencia a los mismos que significa que ninguna ventaja competitiva»⁹.

Entre las primeras atletas perjudicadas por esa norma específica de género se encuentra Dutee Chand, de la India. Después de obtener el triunfo en los Campeonatos de Atletismo junior de Asia el 2014, fue sometida a pruebas por la Federación India de Atletismo a diferentes pruebas, cuyos resultados arrojaron niveles de andrógenos altísimos e incluso superiores a los de un hombre. Con esto la Federación Internacional de Atletismo (*World Athletics*, WA) declaró inelegible. La atleta recurrió al Tribunal de Arbitraje Deportivo en Suiza¹², pues consideraba que las normas de la actual WA discrimi-

zona reticular de la glándula suprarrenal, ovario y por conversión periférica. El ovario produce casi toda la testosterona y el 50% de la androstenediona, la glándula suprarrenal produce el otro 50% de androstenediona y casi toda la DHEA, en D'Angelo, C. / Tamburrini, C. «Las atletas intersexuales y la equidad de género: ¿son sexistas las normas del COI?», en *Arched Med Deporte*, 30 (2), 2013, págs. 102-107, pág. 103.

9. D'Angelo, C. / Tamburrini, C. «Las atletas intersexuales y la equidad de género: ¿son sexistas las normas del COI?», *op. cit.*, pág. 103.
10. Wells, T., «Intersex, Hyperandrogenism, Female Athletes: A Legal Perspective on IAAF Doping Regulations and Where Hyperandrogenic Female Athletes Fit In», *Clara Journal of International Law*, 17 (2), 2019, pág. 13.
11. Si bien la denominada World Athletics, fue la antigua *International Association of Athletics Federations* (IAAF), que en español es la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo, producto de diversos escándalos de corrupción en su organigrama y un escándalo de dopaje en Rusia que también les salpicó, a modo de limpiar su imagen cambió de logo y nombre en octubre de 2019 a la actual WA.
12. Como el órgano encargado de impartir justicia resolviendo los conflictos jurídicos que se presentan en el deporte se encuentra el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) ubicado en la ciudad suiza de Lausana. Las críticas a este órgano no dejan de suceder, pues, por ejemplo, se trata de una entidad que se rige por el derecho privado de Suiza que no todos los atletas o sus representantes conocen, por lo que en consecuencia toca contactar con alguien que sí sepa del derecho de ese país. A ello se suma que en general se trata de procedimientos que no son económicos y cualquier atleta no puede pagarse si quiera un representante legal. Más aún, por el solo hecho de presentar un escrito la suma es de 1.000 francos suizos, y ya ahí comienzan las sumas y costas solventar por los interesados en dirimir una disputa mediante un laudo arbitral.

a quienes naturalmente producían más testosterona que otras mujeres. El TAS se pronunció el 2015 en favor de la atleta recurrente, suspendiendo la normativa por «ausencia de pruebas científicas que demuestren la relación cuantitativa entre el aumento de los niveles de testosterona y la mejora del rendimiento de atletas con hiperandrogenismo» (pár. 547 del laudo). Posteriormente también el TAS dio un plazo de dos años a la IAAF para que demostrara la relación entre la producción endógena de testosterona y la mejora del rendimiento deportivo (pár. 548)¹³.

Y a raíz de la petición del TAS, aparecieron las discutibles normas del atletismo en marzo de 2018, de las cuales se tratará más adelante. En cualquier caso, y tiempo después, en noviembre de 2021, el propio COI suprimió sus directrices del 2015, y dictó un «Marco sobre equidad, inclusión y no discriminación por motivos de identidad de género y variaciones de sexo» señalando que es tarea de cada Federación Internacional establecer sus criterios de elegibilidad de las categorías masculina y femenina de cada deporte disciplina o evento deportivo. Sobre este se tratará en el último apartado.

Es evidente que el desarrollo cada vez más masivo del deporte profesional y competitivo mundial lleva a que las federaciones internacionales fueran las grandes afectadas por problemas como el de «categorizar» a las y los atletas, y, en lo que aquí interesa, por la diferencia de sexos en una competición y clasificación. Esto afectó a algunas personas más que otras, por lo que cada federación redactaba sus normas deportivas de la forma que consideraba «más justas». Así entonces, se llegó a cuestionar a las personas transgénero que querían participar en alguna categoría. El propio COI sigue realizando reuniones con expertos científicos, especialmente, para intentar buscar un término medio que mantenga vivo el espíritu e igualdad de inclusión deportiva, pero también para mantener vigentes las políticas de un deporte inclusivo y practicable por cualquier persona. Cabe recordar que en los últimos años sólo una atleta trans pudo competir en los Juegos Olímpicos de Tokio 2020, la neozelandesa Laura Hubbard, en categoría de levantamiento de peso pesado: fue descalificada por fallar los tres intentos permitidos en aquella competición. En otro sentido,

13. Mercado Jaén, P. «Los derechos humanos y la *lex sportiva* desde la perspectiva del atleta Caster Semenya», *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 49, Reus, Madrid, 2022, pág. 16.

14. *IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender Identity and Sex Variations*, International Committee Olympic (IOC), Lausanne, 16.11.2020. Disponible en: <https://olympics.com/ioc/news/ioc-releases-framework-on-fairness-inclusion-and-non-discrimination-on-the-basis-of-gender-identity-and-sex-variations>. Última consulta: 25.11.2023.

hora transexual estadounidense Lia Thomas, que competía en el equipo masculino de natación de la Universidad de Pensilvania hasta el 2019 cuando pasó a competir en la posición 462 del *ranking*, pero cambió de categoría y comenzó a competir en el equipo femenino obteniendo récords y primeros lugares, por lo que a día de hoy sigue siendo motivo de polémica en los EEUU.

En el presente capítulo se expondrá el problemático arrastre de situaciones que han afectado a algunos deportistas, específicamente desarrollando algunos los discriminatorios sucesos que ha sufrido la atleta sudafricana Caster Semenya, quien, con 18 años ganó su medalla de oro en el Primer Campeonato Mundial de Atletismo 2009, al completar los 800 metros lisos en 1 minuto, 55 segundos y 45 centésimas (la segunda competidora llegó 10 segundos después); en mayo de 2019 obtuvo su trigésima victoria competitiva en los 800 metros lisos de Doha Diamond League. Por ejemplo, Semenya fue sometida a una PVS que no gustó a muchos (ni mucho menos a ella), pues resulta que su realidad gira en torno al hiperandrogenismo, una condición que la acompaña prácticamente desde que nació. A partir de las normas aplicadas en el atletismo, Semenya fue privada de competir si no las cumplía, por lo que comenzó un calvario por existir una clara vulneración de derechos humanos, no por el sólo hecho de ser naturalmente diferente, sino que también por arrastrar una secuencia de situaciones que culminó finalmente al pronunciamiento definitivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en julio de 2023, si bien está pendiente de la segunda y definitiva instancia de decisión en la Gran Sala del TEDH sobre el asunto, que implica vulneración de derechos humanos en pleno sentido en el mundo del deporte, pues, si bien es válido pensar en la creación de categorías especiales de competición (por ejemplo: masculina, femenina, transgénero, intersexual, o como quiera llamarse, en búsqueda de igualdad de oportunidades de competición de los participantes), lo incomprensible es que se haya llegado a un punto de discusión de vulneración de derechos humanos en el deporte, y ello principalmente por ese carácter que existe en el sistema deportivo internacional.

LA FEDERACIÓN MUNDIAL DE ATLETISMO Y SUS REGLAS DE ELEGIBILIDAD DE DEPORTISTAS. ¿BÚSQUEDA DE IGUALDAD DE COMPETICIÓN?

Respecto al principio de igualdad de competición hay mucho que decir, sin embargo, y por temas de espacio, vamos a señalar básicamente que, en el marco del objetivo de dictar normas –deportivas– que tengan por delante

llamado *fair play* o juego limpio, como la garantía de competir en igualdad de condiciones todos los participantes de una misma categoría. Este principio se vulnera cuando es descubierto el uso de sustancias o métodos dopantes por un atleta, o si hay amaños, apuestas u otras conductas que pueden afectar la integridad de la competición. De este se han preocupado organismos y federaciones deportivas, pero también el Derecho Internacional Público, mediante tratados y varios instrumentos internacionales bajo el amparo de la UNESCO, del Consejo de Europa, la ONU, entre otros¹⁵.

Para sustituir las normas de hiperandrogenismo del 2011, y ante la petición realizada por el TAS a la Federación Mundial de Atletismo, el 26 de abril de 2018 ésta publicó su revolucionario Reglamento de Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Deportistas con Diferencias de Desarrollo Sexual (Reglas DSD)¹⁶, refiriéndose a la participación en competencias por parte de atletas «intersex» y en general, de todas aquellas que producen incluso naturalmente niveles de testosterona que ellos consideraban «problemáticos»¹⁷.

En esta línea, el artículo 2.2. de las Reglas DSD, concretamente en su letra b), define qué acontecimientos tendrán la consideración de «eventos restringidos». Dichas pruebas serán los 400 metros lisos y vallas, los 800 metros, los 1500 metros, las carreras de una milla y cualquier otro evento sobre distancias comprendidas entre los 400 metros y una milla, se practiquen de forma individual o dentro del programa de un evento combinado¹⁸. Además, destaca en el artículo 2.3:

«Para ser elegible para competir en la clasificación femenina en una Prueba Restringida en una Competición Internacional o para establecer un Récord del

15. Pérez González, C., «¿Citius, Altius, Fortius?: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y protección de deportistas transgénero e intersexuales», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 42, diciembre 2021, pág. 7.

16. *Eligibility Regulations for the female Classification (Athletes with Differences of Sex Development)*, World Athletics, Monaco, v. 3.0, approved by Council on 26 April 2018, and coming into effect on 31 April 2018. Disponible en: <https://worldathletics.org/news/press-releases/eligibility-regulations-for-female-classifica>

17. En principio, en cuanto a la testosterona, la mayoría de las mujeres (incluidas las deportistas de *elite*) tienen niveles de testosterona en sangre (0.12 – 1.79 nanomoles.L⁻¹), inferiores a los de varones púberes (7.7 – 29.4 nanomoles.L⁻¹). Se acepta que en ausencia de DSD o tumor, ninguna mujer debería tener niveles séricos de testosterona iguales o superiores a 5 nanomoles.L., en Manonelles, P./Terrero B., J.L./Rodríguez S., J.J., «Sport classification regulations for athletes with differences in sexual development», *Arch Med Deporte*, 36 (2), 2019, págs. 109-116, esp. 111.

18. 02, IAAF (WA), 23.04.2018.

Mundo en una competición que no sea una competición internacional, una Atl
Relevante debe cumplir cada una de las siguientes condiciones (las Condiciones
Elegibilidad):

(a) debe estar reconocida legalmente como mujer o como intersexual (o eq
valente);

(b) deberá reducir su nivel de testosterona en sangre por debajo de cinco
nmol/L durante un período continuado de al menos seis meses (por ejemplo, media
el uso de anticonceptivos hormonales); y

(c) a partir de entonces, debe mantener su nivel de testosterona en sangre p
debajo de cinco (5) nmol/L de forma continuada (es decir, tanto si está compitien
como si no) mientras desee mantener la elegibilidad para competir en la clasific
ción femenina en pruebas restringidas en Competiciones Internacionales (o p
establecer un Récord del Mundo en una Prueba Restringida en una competici
ue no sea una competición internacional)»¹⁹.

En lo que a estos efectos interesa, cabe indicar que las Reglas DSD seña
porque al menos a diciembre de 2023 siguen existiendo) que las perso
que quieran competir en categorías femeninas deben medicarse para po
er elegibles, esto es, reducir su nivel de testosterona en sangre. En ot
terminos, las Reglas DSD básicamente ordenan que las atletas que presen
una diferencia de desarrollo sexual deben seguir un tratamiento para ha
bajar su tasa de testosterona elevada sí, según la propia WA, les da una v
ja injusta en la categoría femenina..., o bien, las mismas Reglas DSD o
la opción de competir en la categoría masculina sin ninguna necesidad
medicarse²⁰. Así las cosas, el principal argumento de la WA para su dictac
que, a la hora de competir, Semenya obtenía triunfos con facilidad
las competiciones deportivas debido a su contextura física y otros facto
biológicos, pues tiene más fuerza, masa muscular y hemoglobina, qu
esto de competidoras y ello es una ventaja competitiva.

19. Versión en inglés del 2.3, *Eligibility Regulations for the female classification (athletes with differences of sex development*, op. cit.

20. Entre las atletas afectadas por la vigencia de esas Reglas DSD se encuentra Ca
Semenya de Sudáfrica; Francine Niyonsaba de Burundi; Dutee Chand de Ir
Maximila Imali y Margaret Wambui de Kenia; Christine Mboma y Beatrice Masi
de Namibia; Aminatou Seyni de Nigeria; Annet Negesa de Uganda; Cece Telfer, m
trans negra de los Estados Unidos, en «Niegan participación de mujeres trans en e
tismo de élite: ¿qué implica y cómo impacta?», 27.03.2023. Disponible en: <http://agenciapresentes.org/2023/03/27/niegan-la-participacion-de-mujeres-trans-en-el-atletismo-de-elite-que-implica-y-como-impacta/> Última consulta: 25.11.2023.

Las reglas DSD han recibido popularmente el nombre de «Norma anti Semenya», ya que parecen estar elaboradas para dificultar la participación de quien era campeona sudafricana e internacional en eventos en los que solía participar, esto es, los 800 y 1500 metros lisos. Por lo tanto, con esta evidente medida deportiva discriminatoria, la atleta sudafricana, Semenya, fue una de las principales perjudicadas, pues como se ha dicho, ella tiene hiperandrogenismo, es decir, que sus niveles de testosterona son altos por su sola naturaleza genética²¹.

Otros cuestionamientos giran en torno a la existencia de una norma deportiva aplicable a nivel internacional que fuerza a una deportista a medicarse —o doparse²²—, ingiriendo sustancias para que pueda competir en igualdad de condiciones, aunque esté afectando su salud al utilizar medicamentos que alteren su organismo²³. Sin embargo, en estricto rigor, el tratamiento propuesto para las atletas intersexuales sería contrario al espíritu del deporte al estar anulando una ventaja competitiva, «ya que implica proporcionarle sustancias ajenas a su cuerpo con el fin de modificar artificialmente sus niveles hormonales naturales»²⁴. Más aún, estaríamos frente a la vulneración de las propias normas que prohíben el uso de sustancias y métodos en el deporte, dictadas por la Agencia Mundial Antidopaje, organización privada que se encarga de la lucha contra el dopaje, y que, mediante un listado de sustancias y métodos prohibidos que emite anualmente, justamente inclu-

21. Cabe recordar al filósofo Pérez Triviño, que señala, «(...) está el derecho a competir de Semenya. Ella es una mujer, por mucho que su apariencia externa haga pensar a algunos que tiene aspecto de hombre. Es mujer y se siente como tal. ¿Cómo impedirle “justificadamente” competir? Su hiperandrogenismo no es algo que ella haya decidido, sino que es una particularidad que le ha venido dada por la lotería genética y que su cuerpo produce naturalmente... igual que Michael Phelps tiene un pie que parece una aleta o los atletas keniatas unos músculos adaptados para la media distancia. Si estos, a pesar de su fortuna en la lotería genética, pueden participar tal y como son, ¿por qué no lo puede hacer Semenya?», en Pérez Triviño, J. L., «¿Quién teme a Caster Semenya?», *Portal de Derecho Deportivo Iusport*, 18.01.2020. Accesible en: <https://iusport.com/art/99802/quien-teme-a-caster-semenya>. Última consulta: 25.11.2023.
22. Las atletas que presenten valores anormales de testosterona en sangre y cuentan con cariotipo 46 XY que quieran participar en alguna de las categorías que señalan las Reglas DSD se deben someter a tratamientos médicos para rebajar los niveles y poder competir.
23. Caster Semenya, South Africa, Athletics, *Olympics*. Disponible en: <https://www.olympicchannel.com/es/athletes/detail/caster-semenya/>. Última consulta: 25.11.2023.
24. D'Angelo, C. / Tamburrini, C. «Las atletas intersexuales y la equidad de género: ¿son sexistas las normas del COI?», *op. cit.*, pág. 105.

re aquellas que podrían alterar el organismo al consumir hormonas que intenten bajar su cantidad²⁵.

Respecto al tema y las polémicas suscitadas por una evidente vulneración a los derechos humanos, el 2020 la propia ONU emite un Informe sobre *Discriminación Racial y de Género en el Deporte*, y señala su preocupación sobre la cuestión²⁶, e indica que:

«34. La aplicación de normas de elegibilidad femenina niega a las atletas diferencias en las características sexuales el mismo derecho a participar en deportes y viola el derecho a la no discriminación en términos amplios (...). El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, junto con otros titulares de mandatos, ha enfatizado que si bien las regulaciones de la IAAF de 2018 no obligan a los atletas a someterse a ninguna evaluación o tratamiento, les dejan la opción de someterse a estos evaluaciones intrusivas médicas innecesarias o ser sometidos a tratamientos con impactos negativos en su salud y bienestar. Dichos tratamientos también entrañan el riesgo de daños a la integridad física y corporal que pueden constituir violaciones del derecho a no sufrir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes e incluso tortura»²⁷.

Además, el Informe ONU, señala en Conclusiones y Recomendaciones que, «55. Los Estados deberían prohibir la aplicación de reglamentos que presionan a los atletas para que se sometan a intervenciones médicas innecesarias como condición previa para participar en el deporte y deberían revisar e investigar la supervisión de dichos reglamentos», y agrega también, «64. Los órganos rectores del deporte deberían revisar y revocar las reglas y regulaciones de elegibilidad que tienen efectos negativos sobre los derechos de los atletas, incluidas aquellas que abordan a los atletas con variaciones intersexuales»²⁸.

A todo lo expuesto, cabe agregar algunas cuestiones más, de cara a ofrecer el panorama actual de lo que lamentablemente significa el deporte de práctica en pleno siglo XXI.

25. Vid. «La lista prohibida», Agencia Mundial Antidopaje. Disponible en: <https://www.wada-ama.org/en/prohibited-list> Última consulta: 25.11.2023.
26. Sin embargo, aún está pendiente un pronuncio serio que se ocupe de los derechos de las personas LGTBQ+. Vid. O'Flahert, M. / Fisher, J., «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles», *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 1, 2008, pág. 214.
27. Trad. libre al español del Informe, *Intersección de la Discriminación Racial y de Género en el Deporte*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HRC/44/26, 15.06.2020.
28. *Intersección de la Discriminación Racial y de Género en el Deporte*, *op. cit.*

III. LA WORLD ATHLETICS «ES UNA ENTIDAD PRIVADA QUE NO DEBE PREOCUPARSE DE LOS DERECHOS HUMANOS»

Es sorprendente y absolutamente incomprensible que en cierto momento la WA argumentase públicamente, al menos desde que comenzaron las polémicas por aplicación de sus Reglas DSD, que al ser un *organismo de carácter privado no está sujeto a los instrumentos internacionales de protección y desarrollo de los derechos humanos*. Señala expresamente en un comunicado de prensa dirigido a una Carta proveniente de distintos organismos que:

«La IAAF no es una autoridad pública que ejerce poderes estatales, sino más bien un *organismo privado que ejerce poderes privados* (contractuales). Por tanto, *no está sujeto a instrumentos de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En consonancia con esto, la IAAF señala que el Principio 1(a) de la Declaración de Brighton, más Helsinki sobre la Mujer y el Deporte que Usted cita en su carta impone obligaciones a los “Estados y gobiernos”, no a las federaciones deportivas internacionales como la IAAF»²⁹.

En este sentido, es injustificable que si estamos frente a asociaciones deportivas, que están bajo el alero de un organismo internacionalmente reconocido como es el COI, ello de pie a que se permitan declaraciones como la expuesta, ya que si entre los Postulados y Misión del mismo, que están en la Carta Olímpica, entonces en este punto cabe estar en absoluto desacuerdo de esa actuación³⁰. De lo contrario, los innumerables organismos o entes privados que existen en distintas materias, podrían alegar de una

29. Trad. libre al español de la carta enviada a la Federación Internacional de Atletismo, «Respuesta de la IAAF al Grupo de Trabajo Internacional sobre Mujeres en el Deporte, a la Presidenta de Women Sport International y a la Presidenta de la Asociación Internacional de Educación Física para Niñas y Mujeres». Comunicado de Prensa IAAF, 04.06.2019. Disponible en: <https://worldathletics.org/news/press-release/iaaf-letter-iwg-wsi-iapesgw>. Última consulta: 25.11.2023.

30. Y lo peor, es que en el asunto 526/18, Michel Platini c. Suiza, de 11 de febrero de 2020, el propio TEDH reconoció que las asociaciones como FIFA son privadas y no están directamente sujetas al Convenio Europeo de Derechos Humanos con lo cual niega entonces el reconocimiento (o al menos el respaldo) al reconocimiento de derechos humanos por parte de las organizaciones privadas deportivas. Señala en el pár. 65 (del asunto): «En el marco de este examen, el Tribunal de Primera Instancia tendrá en cuenta la especificidad de la situación del demandante, que ha elegido libremente una carrera particular en el fútbol, primero como jugador y entrenador, y después en las funciones oficiales de las asociaciones de fútbol, que son actores privados y, como tales, no están directamente sometidos al Convenio».

manera similar el desconocimiento por los derechos humanos, lo cual puede llevar a desigualdades sociales, explotaciones laborales, y un sinnúmero de derechos irreconocibles.

También se pronuncia sobre la cuestión en diciembre de 2020 la organización Human Rights Watch³¹, señalando en su Informe de 127 páginas con absoluta razón que, «El carácter cerrado de la industria del deporte a nivel mundial no exime a sus representantes de la obligación de respetar las normas de derechos humanos (...) se espera que sigan los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los derechos humanos. Los gobiernos que son socios de eventos deportivos tienen la responsabilidad de brindar protección contra violaciones de derechos humanos que puedan producirse en su suelo, y de proteger a los atletas quienes envían a competencias internacionales dirigidas por los órganos que rigen los deportes»³².

En definitiva, es evidente que los organismos internacionales encargados de velar por el respeto y protección de los DDHH pueden pronunciar y obligar en muchos casos— a los Estados, mediante sus mecanismos de protección internacional, y claro, «(...) las violaciones de derechos humanos que se dan en el ámbito deportivo tienen su origen en normas o prácticas emanadas de las autoridades deportivas, adoptadas y aplicadas por ellas». Por lo tanto, aquí está la tarea pendiente: buscar mecanismos que fueran aplicables a organismos deportivos privados a través de los Estados, como sus responsables directos, para lograr a la brevedad un pleno respeto y protección.

31. Esto a través de la historia de la atleta ugandesa Annet Negesa, «una corredora de media distancia que en 2012 fue apartada del atletismo de competición por presentar valores anormales de testosterona en sangre. Para poder volver a competir confiablemente a lo estipulado en la normativa de la IAAF/World Athletics, fue sometida a un procedimiento de cirugía para extirparle las gónadas. Después de la operación, las secuelas le impidieron volver a competir a alto nivel y nunca más volvió a participar en pruebas atléticas internacionales», en Mercado Jaén, P. «Los derechos humanos y la *lex sportiva* desde la perspectiva del asunto Caster Semenya», *op. cit.*, pág. 25.

32. Human Rights Watch, «Nos expulsan del deporte. Violaciones de derechos humanos en las pruebas de sexo a mujeres atletas de élite», Resumen y recomendaciones, diciembre 2020, p. 5. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2020/sex%20testing1120_summary_recsp_sp.pdf

33. Pérez González, C., «¿Citius, Altius, Fortius?: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y protección de deportistas transgénero e intersexuales», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, diciembre 2021, núm. 42, pág. 28. Respecto a la preocupación por otras violaciones a DDHH, véase Donnelly, P., «Sport and human rights», *Sport in Society*, Vol. 11, n° 4, 2008, págs. 381-394; Morel, M., «Displaced name of sports: Human Rights Law comes to the rescue», *Human Rights and International Legal Discourse*, Vol. 6, n° 2, 2012, págs. 229-258.

los derechos humanos de los deportistas, ya que, todos los días y a cualquier hora hay competencias deportivas a nivel mundial donde problemas como los expuestos se siguen presentando, y, por estar en manos de entidades privadas, constantemente manejan el deporte como consideran según sus intereses³⁴.

IV. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO Y DEL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO EN EL ASUNTO CASTER SEMENYA

A efectos de procedimientos en el ámbito del deporte, el camino a seguir para obtener un pronunciamiento definitivo en un conflicto jurídico sería el TAS como instancia definitiva, pero es posible recurrir ante el Tribunal Federal de Suiza cuando existe alguno de los motivos que señala el artículo 190.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987³⁵, y, cuando la situación lo amerita, puede ser competente el TEDH.

El 18 de junio de 2018, y ante las polémicas Reglas DSD de la WA, la atleta C. Semenya junto a la Federación Sudafricana de Atletismo, interpusieron un recurso en contra de la WA, ante el TAS, cuyo Panel se pronunció median-

34. Y es que, «la política excluyente del COI para con las atletas intersexuales se contraponen al desarrollo ético y social ocurrido durante las últimas décadas. Este proceso se ha caracterizado por la creciente inclusión, de forma libre y abierta, de diversas minorías a quienes anteriormente se les negaba reconocimiento civil y social. Prohibir la participación en las competencias deportivas a ciertas mujeres, no por lo que hacen, sino porque son de una determinada manera que no encaja en las normas genéricas tradicionales implica un retorno a políticas discriminatorias ya dejadas de lado en las sociedades modernas», en D'Angelo, C. / Tamburrini, C. «Las atletas intersexuales y la equidad de género: ¿son sexistas las normas del COI?», *op. cit.*, pág. 105.

35. Esto es, «(...) 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», en Pérez González, C., «¿Citius, Altius, Fortius?: Derecho Internacional de los Derechos Humanos y protección de deportistas transgénero e intersexuales», *op. cit.*, pág. 3. En la misma línea, Verdugo Guzmán, S., «Resolución de procesos penales en torno a los delitos contra la salud pública. El delito de dopaje deportivo en España», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), núm. 1, 2023, págs. 98 y sig.

un Laudo el 30 de abril de 2019³⁶, después de cinco días de audiencia estimando el recurso de Semenya y de la Federación Sudafricana de Atletismo. Del Laudo cabe resaltar algunos párrafos:

«303. En el deporte existe un margen de apreciación significativo para determinar qué es necesario y proporcionado para lograr los objetivos legítimos. Como consecuencia, la IAAF/ World Athletics debe decidir qué es necesario y proporcionado para lograr sus objetivos sobre la base de la buena fe. Mientras se cumplen las pruebas, es irrelevante que otros puedan estar en desacuerdo con ese punto de vista que puedan citar otra evidencia científica contraria. Más bien, para tener éxito en su impugnación, las demandantes deben establecer que una persona que actúa de buena fe no podría sostener la opinión de que las Reglas DSD son necesarias y apropiadas para lograr los objetivos legítimos de la IAAF»³⁷.

«472. Las Reglas DSD son necesarias, especialmente porque el deporte es legítimo tener categorías separadas para hombres y mujeres. Por lo que es necesario establecer un medio objetivo, justo y eficaz para determinar qué individuos pueden y cuáles no pueden participar en esas categorías»³⁸.

«625. El Panel se enfrenta a reglamentos que se ocupan de una división bien recordada de los atletas para la competición, a saber, masculino y femenino. El mundo que no está tan nítidamente dividido. No es el papel del Panel determinar si las regulaciones como las Regulaciones DSD. Eso es competencia del TAS. La tarea del Panel es determinar si el Reglamento DSD, que es discriminatorio, es necesario, razonable y proporcionado (...).

«626. Por las razones expuestas anteriormente, la mayoría del Grupo de Expertos considera que el Reglamento DSD es discriminatorio, pero que, se trata de pruebas de que dispone actualmente el Grupo de Expertos, dicha discriminación es un medio necesario, razonable y proporcionado para alcanzar el objetivo de preservar la integridad del atletismo femenino y la defensa de la "integridad" de las atletas femeninas en determinadas pruebas»³⁹.

36. Existe un resumen del laudo emitido por el propio TAS: *Executive Summary*, en: http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Executive_Summary__5794_.pdf.
37. Mercado Jaén, P. «Los derechos humanos y la *lex sportiva* desde la perspectiva del as... Caster Semenya», *op. cit.*, pág. 17.
38. Mercado Jaén, P. «Los derechos humanos...», *op. cit.*, pág. 17.
39. CAS 2018/O/5794 Mokgadi Caster Semenya v. Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo y CAS 2018/O/5798 Atletismo Sudáfrica v. Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo. Lausanne, 30 de abril de 2019.

Así pues, en definitiva, considera el Panel de árbitros del TAS que las normas de la WA para regular la participación de mujeres con desarrollo sexual diferente, son, en efecto discriminatorias, pero, necesarias, razonables y proporcionadas para atender a los objetivos deportivos del atletismo, es decir, para garantizar la integridad de las competiciones deportivas⁴⁰. Sin embargo, en principio, y tal como está redactado, con esta herrada interpretación de la búsqueda de una integridad de la competición, se están vulnerando claramente derechos humanos no sólo de la recurrente en el asunto, sino que también de todos aquellos atletas que aleguen una misma (o similar) situación. La solución debe ser otra.

Ante la decisión negativa del TAS, la defensa de Semenya presenta su recurso civil ante el Tribunal Federal Suizo el 28 de mayo de 2019, argumentando principalmente una violación a la dignidad humana y los derechos de la personalidad. La competencia del TAS se basa en la Ley Federal Suiza del Derecho Internacional Privado (artículo 190.2.e), que recoge los motivos de anulación de un laudo y entre ellos figura que éste vaya en contra del orden público suizo: «Una decisión que viola derechos y principios fundamentales generalmente reconocidos y que según la concepción suiza deberían formar parte de cualquier ordenamiento jurídico». Así, la defensa de Semenya entiende que en este caso se ha transgredido cuando se violan derechos humanos, y afirmaba en su escrito que, «la normativa WA violaba los principios más fundamentales del orden público suizo. En defensa de la justicia, los derechos humanos deben imponerse sobre los intereses deportivos»⁴¹.

Semanas después se pronuncia el Tribunal Federal Suizo con fecha 8 de junio de 2019, aceptando parcialmente el Recurso interpuesto por la defensa de la atleta, y ordenando que se deje sin efecto la aplicación de las Reglas DSD en forma provisional, con lo cual Semenya pudo competir algunas veces más. Sin embargo, más de un año después, el propio Tribunal Federal

40. Por ejemplo, según el Laudo, «(...) la ventaja natural que tienen las atletas con cariotipo 46 XY y el desarrollo sexual diferente DSD es tal que les permite vencer sistemáticamente a las atletas que no cuentan con estas características biológicas (apartado 9.8.3.3 del Laudo TAS). Tras un análisis de los efectos negativos que tiene la entrada en vigor de estas normativas, el tribunal entiende que son proporcionales al fin legítimo perseguido y que, por tanto, no son contrarias al orden público suizo», en Mercado Jaén, P. «Los derechos humanos y la *lex sportiva* desde la perspectiva del asunto Caster Semenya», *op. cit.*, pág. 20.

41. Garzón Cárdenas, R., «Diferenciar y discriminar», en *Almacén de Derecho.com*, 28.01.2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/diferenciar-y-discriminar>. Última consulta: 25.11.2023.

Suizo se pronuncia inadmitiendo el recurso de Semenya el 25 de agosto de 2020⁴², notificando el 7 de septiembre a las partes, donde rechaza el recurso de la demandante, se considera que no hay contravención al orden público suizo ni afectaciones a derechos fundamentales, y ratificando la validez de las Reglas DSD de la WA, «(...) estimando que el reglamento de la ex IAAF (WA) constituye una medida adecuada, necesaria y proporcionada a los objetivos legítimos de equidad deportiva y mantenimiento de la clase protegida»⁴³.

De la decisión del Tribunal Federal, cabe destacar algunos pasajes, por los que la recurrente (Semenya) alegaba que con las medidas de la WA se le trata como «conejo de indias» lo cual era considerado como un ataque a la dignidad humana. Al respecto, el Tribunal Federal rechaza ese argumento señalando:

«11.2. Ciertamente, el Tribunal Federal ha reconocido que un tratamiento medicinal administrado contra la voluntad de un individuo constituye un grave ataque a la libertad personal y toca el corazón mismo de la dignidad. Dicho ataque no debemos perder de vista el hecho de que aquí las píldoras anticonceptivas no se prescriben por la fuerza a las atletas 46 XY DSD. Siempre conservan la posibilidad de negarse a seguir dicho "tratamiento". Si bien es cierto que tal negativa supone la imposibilidad de participar en determinadas competiciones atléticas, no podemos aceptar que tal consecuencia pueda, por sí sola, menoscabar la dignidad humana de una persona. Además, en este caso no se trata de probar los efectos de un fármaco nuevo y completamente desconocido en un grupo de personas. Más aún, la referencia a "experimentos farmacológicos humillantes" o a la noción de "conejo de indias humano" parece fuera de lugar»⁴⁴.

Y así, las varias páginas que componen el pronunciamiento del Tribunal Federal Suizo prácticamente dan la razón a lo expuesto por el TAS, por lo que además no se puede dejar de mencionar que el fallo definitivo impone

42. Y con ello, no pudo participar en los Campeonatos de Atletismo de Doha 2019, al no cumplir los requisitos de elegibilidad.

43. Señala, «10.4. En cuanto a la protección de la esfera íntima, el Panel reconoció que será difícil para un observador informado determinar si un atleta está afectado por el Reglamento DSD. A este respecto, concluyó que probablemente se trata de un efecto perjudicial del Reglamento DSD. Sin embargo, consideró que se trataba de una medida necesaria y proporcionada. Semejante resultado no es contrario al orden público suizo. En este respecto podemos repetir mutatis mutandis las consideraciones ya expresadas en la relación con el principio de prohibición de discriminación» (traducción al español de la sentencia *Asunto Semenya c. Suisse*, 4A_248/2019, Tribunal Federal de Suiza, 25.10.2020).

44. Trad. libre al español de la versión en francés.

pago de 8.000 francos suizos a la recurrente, Semenya, en favor de la WA en concepto de indemnización. Alucinante...

V. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DEMANDA NÚM. 10934/21, SEMENYA C. SUIZA

El día 3 de mayo de 2021 el TEDH comunicó a Suiza que fue interpuesta una demanda por la atleta Caster Semenya el 18 de febrero de ese año. La defensa de Semenya reclama una violación de sus derechos, recogidos en ciertos artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En concreto, los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes)⁴⁵, el 8 (derecho al respeto de la vida privada)⁴⁶, relacionado con el artículo 14 (prohibición de la discriminación)⁴⁷, también por afectación del artículo 6 (derecho a un juicio justo) y el 13 (derecho a un recurso efectivo).

Así pues, el 11 de julio de 2023, hubo un definitivo cambio de criterio⁴⁸. Se falló en favor de Semenya mediante una extensa resolución en que se dictaminó por el TEDH que las Reglas DSD de la WA son una violación a los derechos humanos de la demandante, entre otras varias cuestiones más sobre las que se pronuncia⁴⁹. Por fin en esta instancia se constató una serie de vulneraciones a diversas disposiciones del CEDH en el ámbito deportivo.

45. Artículo 3 CEDH: «Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

46. Artículo 8 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. Sólo puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho en la medida en que dicha intromisión esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, es necesario para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país y el orden de defensa y el orden de defensa y la prevención de delitos, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

47. Art. 14 CEDH: «Debe garantizarse el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención, sin distinción de ningún tipo, basada en particular en motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento o cualquier otra situación».

48. Fue dictada por una Sala de siete jueces, compuesta por: Pere Pastor Vilanova (Andorra), Presidente, Yonko Grozev (Bulgaria), Georgios A. Serghides (Chipre), Darian Pavli (Albania), Peeter Roosma (Estonia), Ioannis Ktistakis (Grecia), Andreas Zünd (Suiza) y Milan Blaško, Secretario de Sección.

49. Asunto Semenya c. Suisse, núm. 10934/21, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicado el 25.05.2021. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210174>.

De ahí la importancia de este organismo europeo, ya que, como se viene señalando, las instancias que resuelven conflictos jurídico-deportivos son obligatorias para los deportistas mediante el arbitraje vinculante sometido en un país en concreto, que, si bien permite que un asunto puede ser recurrido por las partes, es en el mismo país donde se conoce y resuelve mediante el Tribunal Federal Suizo, entonces, no se justifica que éste se haya excusado de conocer el asunto de Semenya, sin otorgarle las garantías institucionales y de procedimiento suficientes en Suiza para hacer valer sus argumentos.

Por lo tanto, el TEDH por fin se pronuncia respecto a la *lex sportiva*, que cuestiona el sistema internacional de justicia deportiva, pues, el TAS financiado por el Comité Olímpico Internacional, que se basa en la legislación del país donde se encuentran ambas entidades (Suiza), donde también se encuentra el Tribunal Federal Suizo, que conoce de todos los asuntos que provienen de ese arbitraje en el TAS y, por ende, escasamente son anulados o modificados. Bajo el título «Poder de control del TAS y del Tribunal Federal», expone el TEDH:

«177. El Tribunal considera que, si el control muy limitado ejercido por el Tribunal Federal puede justificarse en el ámbito del arbitraje comercial, donde las empresas que generalmente se encuentran en igualdad de condiciones, si en pie de igualdad se ponen de acuerdo de forma voluntaria para resolver sus disputas de esta manera, esto puede resultar más problemático en cuestiones de arbitraje de deporte, donde los individuos se enfrentan a organizaciones deportivas a menudo muy poderosas. En efecto, el propio Tribunal Federal reconoció en su sentencia relativa al demandante que, "el deporte de competición se caracteriza por una estructura muy jerárquica, tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Situadas sobre un eje vertical, las relaciones entre los deportistas y las organizaciones que se ocupan de las distintas disciplinas deportivas se distinguen de las relaciones horizontales establecidas por las partes en una relación contractual considerando 9.4 de la sentencia, apartado 33 supra)»⁵⁰.

En segundo lugar, y no menos importante, el TEDH se refiere al calvario que ha sufrido en instancias inferiores la demandante, respecto a la vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH, dándole la razón, por tratarse de una discriminación evidente, de la siguiente forma:

«198. El Tribunal considera que esta igualdad de trato entre el demandante y los deportistas transgénero que han sufrido un cambio de sexo de hombre a mu-

50. Trad. libre al español, Asunto Semenya c. Suisse, núm. 10934/21.

no es evidente. Sin querer prejuzgar los casos que se le puedan presentar, se limita a señalar a estas alturas que, en el caso de los deportistas transgénero, la ventaja de la que disfrutaban se debe a la desigualdad inherente a su nacimiento como hombres (que entró en vigor el 31 de marzo de 2023 [párrafos 40 y 67 supra, World Athletics]. La igualdad de trato con las personas cubiertas por el Reglamento DSD también fue abandonada por una decisión de *ibidem.*, pág. 225). La ventaja surge de su **constitución biológica inicial** y, además, el tratamiento que se les pide seguir para bajar su nivel de testosterona corresponde a una adaptación del tratamiento que ya les está prescrito.

199. El Tribunal considera que el Tribunal Federal, incluso en el contexto de su examen limitado, debería haber planteado esta falta de diferenciación»⁵¹.

Aquí entonces, el TEDH llama la atención al Tribunal Federal Suizo en el sentido de que comparar a deportistas transgénero con la realidad de la demandante, significa que no hay igualdad de trato con ella (Semenya), que es inapropiada en la medida en que la ponderación de intereses en estos casos es muy diferente, ya que el TEDH observa que las Reglas DSD eran, de hecho, esencialmente las mismas a aplicar en caso de deportistas transgénero e intersexuales, sin distinción alguna, lo cual es errado y produce una discriminación a la demandante (pár. 197)⁵². En este sentido, expone además:

«201. El Tribunal considera, por las razones expuestas anteriormente (letras β a ζ), que el demandante no se benefició de suficientes garantías institucionales y procesales en Suiza que le hubieran permitido hacer valer sus quejas de manera efectiva, especialmente porque eran bien fundamentadas y creíbles de su discriminación sufrida debido a los altos niveles de testosterona causados por su DSD. Por lo tanto, y teniendo en cuenta en particular el importante interés personal de la demandante, a saber, su participación en competiciones de atletismo a nivel internacional y, por tanto, el ejercicio de su profesión, Suiza sobrepasó el reducido margen de apreciación del que disfrutaba en el presente caso, que se refería a la discriminación basada en el sexo y las características sexuales, que sólo puede justificarse por "consideraciones muy fuertes" (pár. 169 supra). Lo importante que estaba en juego en el caso para el demandante y el reducido margen de apreciación del Estado demandado deberían haber dado lugar a un control institucional y procesal profundo, del que la demandante no se benefició en este caso. De lo anterior se deduce que el Tribunal no puede afirmar que

51. Trad. libre al español, Asunto Semenya c. Suisse, núm. 10934/21.

52. Trad. libre al español, Asunto Semenya c. Suisse, núm. 10934/21.

Reglamento DSD, tal como se aplica a la demandante, pueda considerarse una medida objetiva proporcionada al objetivo perseguido.

202. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio»⁵³.

Finalmente, el TEDH expone:

«1. Rechaza, por mayoría, la excepción preliminar presentada por el Gobierno (Suiza) por incompetencia *ratio personae* y ubicación del Tribunal para examinar la demanda;

2. Declara, por mayoría, admisibles las reclamaciones basadas en el artículo 14 combinado con el artículo 8, y en el artículo 13 con respecto al artículo 14 combinado con el artículo 8;

3. Declara, por mayoría, inadmisibles la denuncia basada en el artículo 3 del Convenio;

4. Decide, por cuatro votos contra tres, que ha habido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio;

5. Declara, por cuatro votos contra tres, que ha habido violación del artículo 13 con respecto al artículo 14 combinado con el artículo 8 de la Convención;

6. Declara, por seis votos contra uno, que no es necesario examinar por separado las quejas formuladas sobre la base del artículo 8 tomado en aislamiento, y basado en el artículo 6 § 1 del Convenio;

7. Dice, por cuatro votos contra tres,

a) que el Estado demandado debe pagar al solicitante, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia adquiera firmeza de conformidad con el artículo 44 § 2 del Convenio, 60000 EUR (sesenta mil euros), más cualquier cantidad que el solicitante pueda adeudar sobre esta suma en concepto de impuestos, costas y gastos, y una suma que se convertirá en francos suizos al tipo aplicable en la fecha de liquidación;

b) que desde la expiración de dicho plazo y hasta el pago, este importe se incrementará con un interés simple a un tipo igual al de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo aplicable durante este período, incrementado un tres por ciento puntos;

8. Rechaza, por unanimidad, el resto de la solicitud de justa satisfacción»

53. Trad. libre al español, Asunto Semenya c. Suisse, núm. 10934/21.

54. Trad. libre al español, Asunto Semenya c. Suisse, núm. 10934/21.

Por todo lo anterior, en definitiva, cabe destacar que por fin se cuestione el sistema jurídico deportivo por parte del TEDH, pues a día de hoy ha sido casi imposible siquiera intentar romper su poderosa estructura, estando frente a un negocio que genera millones de dólares al día, pero que no respeta en muchos casos una igualdad de trato entre sus participantes, llámese países, federaciones, organizadores, auspiciadores, y, especialmente, los actores principales de todo ello, los deportistas. Y es que según indica el propio TEDH respecto al Tribunal Federal Suizo, «no ha examinado exhaustivamente las posibles violaciones de derechos humanos sustantivos derivadas de las reglas DSD, principalmente debido al limitado poder de revisión del Tribunal Federal Suizo. En consecuencia, el caso Semenya v. Suiza, revista una gran importancia para la sociedad del deporte»⁵⁵.

VI. A LA ESPERA DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA GRAN SALA DEL TEDH...

Suiza apeló contra la decisión del TEDH emitida en julio de 2023, y el 6 de noviembre del mismo año se admitió que el asunto sea conocido por la Gran Sala. El Tribunal Europeo, consideró que las instancias inferiores en de país (TAS y Tribunal Federal Suizo), no se adecúan al respeto de derechos humanos, y especialmente porque el Tribunal Federal debía conocer el asunto de Semenya con todas las garantías institucionales y procesales de la recurrente, ya que prácticamente se había declarado incompetente de conocer el asunto y además había confirmado lo resuelto por el TAS (y por ende, reconociendo la validez de las Reglas de WA), y para colmo, condenando a Semenya incluso al pago de una indemnización.

La importancia de este pronunciamiento, por ejemplo, será que todas las federaciones internacionales estarán pendientes de aplicar criterios que se amolden al respeto y protección de los derechos humanos de los atletas, ya que frente a la gran cantidad de atletas intersexuales y transexuales que quieren participar del deporte, no se trata de buscar categorías especiales de competición, es algo que va más allá: los criterios en muchos casos son discutibles e incluso llegan a las fronteras de vulnerar derechos humanos. A fecha de entrega de este Capítulo, diciembre de 2023, aún no se conoce la decisión final de la Gran Sala.

55. Shinohara, T. «Human Rights in Sports Arbitration: What Should the Court of Arbitration for Sport do for Protecting Human Rights in Sports?», *Liverpool Law Review*, 2023, pág. 18.

VII. ESPAÑA EN CUANTO AL RESPETO POR LOS DERECHOS HUMANOS

Entre los derechos que pertenecen a toda persona se encuentra el derecho a la identidad en el artículo 10.1 de la Constitución Española⁵⁶, que se manifiesta en varios sentidos y también respecto a la identidad de género. Concretando el reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, se considera que, «es preciso garantizar que la ley no patologiza a las personas transexuales o intersexuales, ni que las condiciones de perjuicio sobre su capacidad, dignidad y habilidades sean discriminatorias»⁵⁷.

En este sentido, el Tribunal Constitucional se refiere al reconocimiento del derecho a la identidad de género en su Sentencia de 18 de julio de 2019, señalando que, «la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Es una cualidad propia que no es un acto más de la persona, sino una decisión vital que define el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad, cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo considerable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad caracterizada respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas»⁵⁸.

En otro asunto, la STC, de 2 de junio de 2022, se delimita el concepto de identidad de género, considerando que, «se conecta a las realidades o características sociales, pero no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de la persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de una sociedad. Los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores se asocian o atribuyen de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que se manifiestan en formas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas diferenciadas a uno u otro género»⁵⁹. En este sentido, el TC entiende que igualdad de género y el género no se pueden definir como derechos, porque son conceptos jurídicos distintos que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, y ocurre igual con la orientación sexual e identidad de género,

56. Artículo 10. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

57. Palazón Garrido, M., «Deporte femenino y mujeres transexuales: el difícil del camino a la inclusión e igualdad competitiva», *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 10, Madrid, 2023, pág. 49.

58. Sentencia del Tribunal Constitucional, 18.07.2019, núm. 99/2019.

59. Sentencia del Tribunal Constitucional, 02.06.2022, núm. 67/2022.

supone que una persona se identifica con caracteres definitorios del género, que pueden coincidir o no con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos que presenta desde su nacimiento (...) Además de ser condiciones personales, son elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una vida privada y familiar (art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos)⁶⁰.

VIII. DISCRIMINACIÓN VERSUS DELITOS DE ODIO

Cabe recordar que los derechos fundamentales de las personas encuentran su protección mediante distintos tipos penales que se amparan en ciertos delitos. Así lo confirma el artículo 14 de la CE⁶¹.

Cabe referirse a la protección que se encuentra en el art. 14 respecto al preocupante aumento de los delitos de odio. Por ejemplo, el artículo 510 del Código Penal, se refiere a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la CE. En este caso, se sanciona con penas que van desde uno a cuatro años de prisión además de otras penas accesorias, a quienes provoquen, enaltezcan o justifiquen la discriminación de una persona⁶².

Además de los diversos instrumentos jurídicos internacionales que reconocen y protegen los derechos humanos, la preocupación está respecto a quienes practican deporte pero son discriminados e incluso menoscabados tanto por sus pares (otros atletas) o por aficionados⁶³. Ahora bien, los últi-

60. Palazón Garrido, M., «Deporte femenino y mujeres transexuales: el difícil debate entre inclusión e igualdad competitiva», *op. cit.*, pág. 49.

61. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

62. Artículo 510 Código Penal: 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, (...).

63. Por ejemplo, el jugador brasileño del Real Madrid, Vinícius José Paixao de Oliveira Júnior -Vinícius-, que especialmente el año 2023 ha sido objetivo constante de episodios de racismo llegando incluso a insultos mientras juega partidos de fútbol en España, o incluso cuando se colgó un muñeco semeiante a él en un puente en Madrid.

Los acontecimientos de racismo, odio y xenofobia, son un llamado a promover iniciativas y estrategias preventivas a todo nivel, con apoyo por los propios Estados. Por ejemplo, el artículo 10 g) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, aprobada el 20 de noviembre de 1979, «trata de proteger derechos de la discriminación en el goce de sus derechos a ciertos grupos vulnerables». En la misma línea, el reconocimiento y protección de otros tantos grupos vulnerables como serían personas discriminadas por su edad, sexo, orientación o raza, por ejemplo, son una tarea fundamental y pendiente en muchos países del mundo⁶⁵.

IX. CUESTIONES PENDIENTES PARA UN CORRECTO DESARROLLO DEL DEPORTE Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LA POSTURA DEL COI RESPECTO A «SUS» ENTIDADES Y FEDERACIONES DEPORTIVAS PRIVADAS

Si bien Caster encontró un reconocimiento efectivo de sus derechos por el TEDH no se pronuncia respecto a la necesidad de cambiar o anular algunas normas de la WA, por lo que otros atletas como la demandante deben seguir cumpliendo si quieren competir en las categorías que deseen. Sin embargo, es incomprensible que estas normas de una institución privada como el COI, que existe bajo el alero del COI, que está comprometido con la protección de los DDHH, sigan presentes: es necesaria su derogación inmediata.

En el mes de noviembre de 2021 el COI publicó su «Marco sobre diversidad, inclusión y no discriminación por motivos de identidad de género y variaciones de sexo»⁶⁶, señalando que no está en condiciones de dictar una regulación única que pueda definir los criterios de elegibilidad, por lo que según él mismo es tarea de cada Federación Internacional establecida.

64. Pérez González, C., «Deporte y derechos humanos: algunas consideraciones sobre la relación construida desde la cooperación y el conflicto», *op. cit.*, pág. 647.

65. En este sentido, «la relación entre fútbol y religión no siempre ha resultado armoniosa. En unos casos las dificultades son de orden jurídico y en otros son más bien de orden social. En lo que respecta al primer tipo de problema, este surge por la colisión entre la autonomía normativa del deporte (de clubes y federaciones deportivas), y los derechos fundamentales de carácter religioso de los futbolistas», en Valencia Canals, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Tecnos, Madrid, 2021, p. 10.

66. *IOC Framework on Fairness, Inclusion and Non-Discrimination on the Basis of Gender and Sex Variations*, International Committee Olympic (IOC), Lausanne, 16.11.2021.

criterios de elegibilidad de las categorías masculina y femenina de cada deporte, disciplina o evento deportivo. Su mensaje es respetar los derechos humanos, como parte de las medidas adoptadas para fomentar la igualdad e inclusión de género. Sin embargo, lo inexcusable de esta nueva medida está al señalar que, «(...) el COI reconoce que debe ser competencia de cada deporte y su órgano rector determinar en qué medida un atleta puede tener una ventaja desproporcionada en comparación con sus pares, teniendo en cuenta la naturaleza de cada deporte. Por lo tanto, el COI no está en condiciones de emitir reglamentos que definan criterios de elegibilidad para cada deporte, disciplina o evento en las muy diferentes jurisdicciones nacionales y sistemas deportivos»⁶⁷.

De lo anterior, con razón cabe señalar que, a pesar de la presencia de ciertos mecanismos destinados a combatir la discriminación basada en la identidad de género y características sexuales de las personas, el COI sigue encontrando problemas para resolver las cuestiones relacionadas con la discriminación de los deportistas intersexuales y transexuales⁶⁸. Ahora bien, las normas no son aplicables para categoría masculina, hay cosas pendientes aquí⁶⁹.

Al respecto, Human Rights Watch, señala entre sus recomendaciones, la necesidad de «considerar el rol de liderazgo del COI en la implementación de la recomendación de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (...). Se deben instituir políticas claras sobre el deber de cuidado que establezcan con claridad cuál es la función del órgano que regula la actividad deportiva en la protección de todas las y los atletas contra las violaciones de derechos humanos, las cuales deben de manera explícita, establecer los derechos de las y los atletas, incluido el derecho a participar en deportes sin intervenciones médicas ni exámenes médicos innecesarios sobre la base de las características de sexo biológico, presentación de género, identidad de género, rol de género o sexualidad de un atleta»⁷⁰.

67. Marco sobre equidad, inclusión y no discriminación por motivos de identidad de género y variaciones de sexo, COI, 16.11.2021.

68. Shinohara, T. «Human Rights in Sports Arbitration: What Should the Court of Arbitration for Sport do for Protecting Human Rights in Sports?», *op. cit.*, pág. 9.

69. Así, la Federación Mundial de Rugby (World Rugby), después de diversos estudios ha decidido que, «las mujeres transgénero que hicieron la transición antes de la pubertad y no han experimentado los efectos de la testosterona durante la adolescencia pueden jugar al rugby femenino, pero no las que hicieron la transición con posterioridad a la pubertad, ya que la superioridad es notable y el riesgo de lesiones demasiado alto», en Palazón Garrido, M., «Deporte femenino y mujeres transexuales: el difícil debate entre inclusión e igualdad competitiva», *op. cit.*, pág. 60.

70. Human Rights Watch, «Nos expulsan del deporte. Violaciones de derechos humanos en las pruebas de sexo a mujeres atletas de élite», Resumen y recomendaciones, diciembre

RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DDHH EN EL DEPORTE

Pero cabe ir más lejos, o más arriba, si lo que se quiere es establecer soluciones serias y efectivas aplicando el Derecho Internacional de los DDHH, los mecanismos internacionales de su protección, el respeto de los DDHH, los mecanismos internacionales de su protección en el entorno del deporte, son fundamentales. Según Pérez González, los principios que entra en la ecuación el principio de diligencia debida por estar actores no estatales en el origen de las violaciones, los pronunciamientos de aquellos mecanismos serán fundamentales para determinar el contenido de los deberes que impone ese principio, que sabiendo que el principio es absoluto y relativo. Unos pronunciamientos que, en mi opinión, contribuyen además a elevar los estándares de protección de los derechos humanos en el deporte»⁷¹.

En definitiva, se necesita urgentemente del compromiso de los Estados deportivos y países en el mundo del deporte, y ello, porque son precisamente más los problemas y conflictos que se presentan, cuestiones que no solo en casos han significado una desprotección real de derechos humanos de deportistas, como ha sido el caso de la interminable lucha –que lleva más de una década activo– de Caster Semenya, y que irá en incremento con tantos deportistas que vienen detrás.

Finalmente, cabe recordar la llamada «lotería genética», pues lo que distingue al vencedor del vencido es justamente la constitución genética de su organismo, y saldrá victorioso el ser genéticamente superior en comparación a sus pares, tal y como sucedía con atletas de la talla del jamaicano Usain Bolt (¿se le podría pedir que consuma alguna sustancia para evitar la explosividad en sus carreras?), el nadador norteamericano Michael Phelps (¿se le podría dar algo para que reduzca el largo de sus brazadas?), y tantos otros más que han dejado huella, bajo esa «lotería genética» no tendrían por qué medicarse o alterar su organismo⁷², la

2020, p. 14. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2020/sex%20testing1120_summary_recs_sp.pdf

71. Pérez González, C., «¿Citius, Altius, Fortius?: Derecho Internacional de los DDHH y protección de deportistas transgénero e intersexuales», *op. cit.*, pág. 10.

72. Así, «la razón por la cual el esquiador de distancia finlandés Eero Mäntyranta, que en la década de los 60 era una mutación genética que se descubrió mucho tiempo después en miembros de su familia y que le otorgaba mayor oxigenación

parece que sigue estando en masificar la creación de categorías especiales para dar oportunidad a todos por igual. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿vale la pena seguir luchando por definir a quién es una mujer biológica o la verdadera lucha está en lo que se ha hecho al deporte para llegar a este punto?⁷³. La respuesta, al menos ahora, está muy difícil de responder.

Capítulo VIII. E

La inconstitucionalidad de la discriminación positiva por motivos raciales en EE.UU. Los efectos de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el asunto *Students for Fair Admissions v. Harvard*, de 29 de junio de 2021

PERE SIMÓN CASTELLANO

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Internacional de la Rioja

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO ÁRBOL VIVO Y LOS VIRAJES INTERPRETATIVOS. II. ANÁLISIS DE PARTIDA: HECHOS Y ANTECEDENTES. 1. *Los hechos*. 2. *Los antecedentes*. III. LOS FUNDAMENTOS Y ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PROGRAMAS DE ACCIÓN POSITIVA DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA ÉTNICO-RACIAL. IV. ANÁLISIS CRÍTICO Y CONCLUSIONES. 1. *Aproximación*. 2. *Conclusiones*.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO ÁRBOL VIVO Y LOS VIRAJES INTERPRETATIVOS

El Tribunal Supremo norteamericano había aceptado y validado **hace bien poco**, la constitucionalidad de los programas de acción o **discriminación positiva** por razón étnico racial, mediante jurisprudencia **sentada** en el caso *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) y, también, en el más reciente caso *Grutter v. Bollinger* (2003). Sin embargo, es el **tribunal norteamericano el que realiza un viraje interpretativo** en el

de eritropoyetina). Y lo mismo se podría decir de Usain Bolt, Michel Phelps y tantos otros. Sus triunfos están directamente relacionados con el hecho de que estos atletas son ganadores en la *lotería genética* que torna a algunos especímenes de los humanos en más aptos para el deporte de alta competencia que otros», en Tamburrini, C., «Whats wrong with genetic inequality?», Gunning, Jennifer and Holm, S. (eds.), *Ashgate. Ethics, Law and Society*, núm. 4, 2009, 187-204.

73. Sailors, P. / Weaving, C., «Caster Semenya and the Cage Fight for Justice», *Revista Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, vol. 17, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2020, pág. 10.