



FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN
LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PLANES DE
IGUALDAD DE LAS PERSONAS LGTBI DE LAS
EMPRESAS EN ESPAÑA: EN PARTICULAR, LAS
MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA**

Autor: Fernando Díaz García

5º, E-3, A

Derecho Constitucional

Tutor: Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Madrid

Marzo, 2023

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN:	5
1.1. Objetivos:	5
1.2. Metodología:	7
2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS:	9
2.1. Perspectiva histórica:	9
2.1.1. <i>Nacimiento doctrinal:</i>	9
2.1.2. <i>Siglo XX y desarrollo conceptual:</i>	10
2.1.3. <i>Positivización y reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales:</i>	13
2.2. Consolidación constitucional del derecho a la protección de datos en España:	15
2.2.1. <i>Génesis constitucional:</i>	15
2.2.2. <i>Desarrollo y conceptualización del Tribunal Constitucional:</i>	16
2.2.3. <i>Desarrollo normativo en España:</i>	17
3. DIVERSIDAD: CONCEPTO Y REGULACIÓN:	19
3.1. Análisis y estudio del concepto diversidad:	19
3.2. Regulación de la diversidad sexual e identidad de género en el derecho español: ...	21
3.3. La diversidad de orientación sexual e identidad de género afectada por la protección de datos en el ámbito laboral:	25
4. PROBLEMÁTICAS Y CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PLANES DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD:	34
5. BUENAS INTENCIONES ¿INEFICACES?:	40
5.1. Mención a la Ley LGTBI:	40
5.2. ¿Callejón sin salida?	47
5.2.1. <i>Vía del interés público esencial:</i>	47
5.2.2. <i>Imponer obligación legal:</i>	51
5.2.3. <i>Modificación LOPD:</i>	52
6. CONCLUSIONES:	56
7. BIBLIOGRAFÍA:	59

Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH

Constitución Española – CE

Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH

Tribunal Constitucional – TC

Reglamento Europeo de Protección de Datos – RGPD

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – CDFUE

Estatuto Básico del Empleado Público – EBEP

Estatuto de los Trabajadores – ET

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales – LOPD.

Agencia Española de Protección de Datos – AEPD

RESUMEN

La protección de datos personales y la igualdad material son dos conceptos constitucionales de gran actualidad. En particular, recientemente desde el ámbito político y empresarial se ha buscado mejorar las condiciones laborales de las personas LGTBI a través de la adopción de normativa autonómica y nacional, y de planes de gestión de la diversidad LGTBI.

El dato relativo a la orientación sexual e identidad sexual y de género es un dato especialmente protegido por el RGPD que, además, no podría ser tratado con base en el consentimiento del empleado por expresa prohibición del legislador nacional.

Esto implica que, al no concurrir otro supuesto de levantamiento de la prohibición del artículo 9.2 del RGPD, las empresas no tienen base para tratar los datos relativos a la orientación sexual e identidad sexual y de género con el fin de implementar políticas de discriminación positiva en favor de las personas LGTBI.

Para evitar esto, se considera apropiado prever esta situación en la LOPD, permitiendo que, sólo para este fin, el consentimiento sí pueda constituir base válida que permita el tratamiento para realizar el plan de igualdad LGTBI en las empresas, tengan o no obligación de llevarlos a cabo, al ser esta, a nuestro juicio, la medida que mejor responde al examen de proporcionalidad constitucionalmente exigible entre dos valores de suma importancia dentro de nuestra Carta Magna.

Palabras clave: Protección de datos, igualdad, LGTBI, discriminación positiva, Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

ABSTRACT

The protection of personal data and material equality are two highly topical constitutional concepts. In particular, the political and business spheres have recently sought to improve the working conditions of LGTBI people through the adoption of regional and national regulations and LGTBI diversity management plans.

The data related to sexual orientation and sexual and gender identity is a data specially protected by the GDPR which, in addition, could not be processed based on the consent of the employee due to the express prohibition of the national Spanish legislator.

This implies that, in the absence of another case of lifting of the prohibition of Article 9.2 of the GDPR, companies have no basis for processing data relating to sexual orientation and sexual and gender identity for the purpose of implementing positive discrimination policies in favor of LGTBI persons.

To avoid this, it is considered appropriate to provide for this situation in the LOPD, allowing that, only for this purpose, consent may constitute a valid basis that allows the treatment to carry out the LGTBI equality plan in companies, whether or not they are obliged to carry them out, as this, in our opinion, is the measure that best meets the constitutionally required proportionality test between two values of utmost importance within our Magna Carta.

Key words: Data protection, equality, LGTBI, positive discrimination, General Data Protection Regulation (GDPR).

1. INTRODUCCIÓN:

1.1. Objetivos:

La sociedad española puede ser considerada como una de las sociedades más abiertas en relación con la diversidad sexual y de género. En un estudio de Pew Research Center del año 2013, el 88 % de los españoles consideraba que la homosexualidad debería ser aceptada en sociedad sin que de ello se pudieran derivar consecuencias negativas para los sujetos.

Sin embargo, avanzar en una dirección no implica haber llegado al destino. La gestión de la diversidad ha cobrado especial relevancia en los últimos años. Tanto en el ámbito público como en el privado se ha tomado conciencia sobre la relevancia de mejorar los respectivos entornos, para que los ciudadanos pertenecientes al colectivo LGTBI puedan desarrollar libremente su personalidad respetando, así, la dignidad humana intrínseca a todos los individuos conforme a lo previsto en el artículo 10 CE.

Desde el año 1978, el artículo 14 CE se ha ido adaptando a los tiempos para hacer frente a situaciones potencialmente discriminatorias dentro de nuestra sociedad. Asimismo, el legislador ha adoptado medidas dentro de sus competencias para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 9.2 CE. Los planes de igualdad adoptados en los entornos empresariales serían un ejemplo de la búsqueda de esa igualdad real, pero, sin embargo, aunque algunos incorporan la identidad sexual y de género, lo que predomina todavía es el binomio del sexo biológico, hombre-mujer.

Las empresas han tomado conciencia al respecto y han comenzado a implementar planes de gestión de la diversidad -en su sentido más amplio-. Esto es debido a que, además de la imagen pública que genera, los programas que fomentan la diversidad están asociados a una mayor rentabilidad que redunda en beneficio de la propia empresa (*Cfr.*, Muñoz, 2019). Por un motivo o por otro, la realidad es que es posible encontrar empresas grandes, medianas e incluso pequeñas, que están empezando a desarrollar planes de gestión de la diversidad, así como pactando cláusulas de acción positiva mediante convenio colectivo con el fin de conseguir la igualdad sustancial de las personas LGTBI.

La problemática surge cuando, a pesar de las intenciones de estos planes de gestión de la diversidad, la legislación actual representa un freno antes que una garantía para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. En este sentido, el derecho fundamental a la protección de datos se erige como defensor de uno de los valores centrales del Estado de Derecho: el derecho a la intimidad personal en su manifestación como privacidad de los datos personales.

Actualmente, la privacidad de datos personales se encuentra en peligro por prácticamente todos los actos que los sujetos realizan. La proliferación de datos y la importancia que estos han adquirido en los últimos años como motor de la economía hacen que la normativa de protección de datos cobre una especial relevancia.

Tanto es así que, no solo desde el ámbito europeo, sino también a nivel nacional desde el apartado legislativo y jurisdiccional, se han adoptado medidas para garantizar este derecho fundamental a la protección de datos personales.

La orientación sexual y la identidad sexual y de género constituyen elementos básicos de la identidad de las personas. Son constructos que forman parte de lo más nuclear del sujeto que determina su personalidad y permite su pleno desarrollo. Sin embargo, la identidad sexual y de género también constituye un dato del que es titular la propia persona, por lo que se encuentra especialmente protegido por el derecho fundamental a la protección de datos.

Las entidades empresariales han de tener presente la defensa de los datos personales que la Constitución Española garantiza, así como la normativa europea y nacional, y que pueden verse afectados a la hora de implementar los planes de gestión de la diversidad sexual y de género. Es frecuente encontrarse situaciones en las que, por defender la igualdad del artículo 14 CE, en relación con el artículo 9.2 CE, se produce una violación la protección de datos prevista en el artículo 18.4 CE.

En el intento de maximizar el potencial del equipo que forma la empresa, ésta no puede ignorar el respeto al derecho fundamental a la protección de datos personales. Al contrario, éste ha de servir como una garantía más para el libre desarrollo de la personalidad de las personas pertenecientes a la comunidad LGTBI.

Como consecuencia de esto, las empresas hacen frente a posibles sanciones administrativas por un tratamiento ilícito de los datos de sus empleados. El desconocimiento de una materia normalmente considerada compleja hace que, a pesar de las buenas intenciones, las sanciones recaigan sobre las entidades que buscaban promover la diversidad con sus planes de gestión de la misma.

Igualmente, se debe reexaminar la normativa que, con un fin loable como es la protección de nuestros datos, puede entorpecer la consecución de otro resultado constitucional e igualmente protegido como es la igualdad real de los ciudadanos.

El objetivo del presente trabajo es determinar, a la luz de la reciente legislación LGTBI, si es posible adoptar medidas de discriminación positiva por parte de las empresas que lo deseen, con el fin de promover la igualdad material de las personas LGTBI. O si, por el contrario, solamente se podrán adoptar medidas antidiscriminación de naturaleza puramente formal (seminarios, conferencias, entre otros). Si fuere posible, además, se propondrán posibles soluciones en caso de conflicto del derecho a la protección de datos con la consecución de la igualdad real de las personas LGTBI en las empresas.

Para ello, en este trabajo se abordará el concepto de la diversidad, centrándose en la sexual y de género, para posteriormente analizar el concepto del derecho fundamental a la protección de datos -con su perspectiva histórica y situación actual-. Se continuará planteando la problemática sancionadora a la que se enfrentan las empresas y, por último, se determinará si la colisión entre la igualdad y la protección de datos es realmente insalvable o si el cumplimiento de ésta hace excesivamente onerosa la búsqueda de aquélla.

1.2. Metodología:

En este trabajo, se va a proponer un enfoque cualitativo-deductivo en el que se analizará, primeramente, i) las fuentes documentales sobre el concepto de diversidad; ii) y, a continuación, el nacimiento, desarrollo y aplicación del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Asimismo, por la naturaleza del trabajo, se adoptará una visión descriptiva del estado de la materia observada a lo largo del documento con el fin de, posteriormente, dar paso al carácter analítico, también presente en el trabajo a través del estudio de los documentos, sentencias y legislación.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS:

2.1. Perspectiva histórica:

El derecho fundamental a la protección de datos, como extensión del derecho a la intimidad personal, ha experimentado un gran cambio a lo largo de la historia desde su primera aparición doctrinal en el siglo XIX.

A continuación, se desarrollará cronológicamente y en aras de una mayor claridad expositiva, la evolución de este derecho. Para ello, se dividirá en tres etapas histórico-doctrinales el recorrido del derecho fundamental a la protección de datos personales.

2.1.1. Nacimiento doctrinal:

El concepto de protección de datos personales surge del derecho a la privacidad anglosajón (“*right to privacy*”) y fue desarrollado en el artículo *The Right to Privacy* publicado en la revista *Harvard Law Review* en el año 1890 por los juristas estadounidenses Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis.

En este artículo, los autores detectan una nueva problemática relacionada con la aparición de lo que actualmente se considera prensa sensacionalista y, en particular, de la publicación de fotografías instantáneas.

Frente a esto, los autores exponen la necesidad de proteger el derecho a la privacidad de todos los sujetos aplicando por analogía la protección prevista para los delitos de “*slander*” y “*libel*” (p. 214).

Los autores defienden que “*now the right to life has come to mean the right to enjoy life*” (p. 193), asegurando que, del propio derecho a la vida y a la propiedad se deriva el derecho a disfrutar libremente de esa vida y de esa propiedad. Aseguran que la intromisión de las fotografías instantáneas en la esfera privada es tan hostil, que podría hablarse de la necesidad de considerar la existencia del “*right to be let alone*” (p. 195). Sin embargo, también incluyen conceptos tan actuales como el consentimiento del interesado o la

publicación de la información por el propio titular como límites al derecho a la privacidad (p. 218).

La definición que se puede extraer de esta primera aproximación realizada por Warren y Brandeis supone reconocer una esfera privada desconocida por terceras personas en la medida en que los propios titulares del derecho a la privacidad lo deseen. Además, implica una defensa del ámbito moral frente a los daños que puedan ocasionarse por motivo de intromisiones ilegítimas.

Tomando en consideración la definición que nuestra doctrina constitucional ha otorgado al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, parece que esta decimonónica y primera aproximación al derecho a la protección de datos se asemeja más a nuestro moderno derecho a la intimidad y a la propia imagen que al derecho a la protección de datos personales.

Así, el TC define el derecho a la intimidad personal como “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 272/2006), reconocido solamente a los individuos, no a las personas jurídicas (ATC 257/1985).

Por lo tanto, en esta primera etapa de génesis doctrinal, se puede concluir que se reconoció la necesidad de establecer una defensa jurídica frente a intromisiones ilegítimas realizadas por la prensa a través de los sistemas de fotografías instantáneas. Sin embargo, esta protección se articularía a través de la definición moderna del derecho a la intimidad y la propia imagen, y no de la moderna protección de datos, todavía pendiente de desarrollarse en las décadas siguientes.

2.1.2. Siglo XX y desarrollo conceptual:

Los años 60 del siglo XX constituyen un momento crucial para el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos como un derecho independiente del derecho a la intimidad personal.

En aquella década, la preocupación por el desarrollo y el uso creciente de la tecnología era mayor. A modo de ejemplo podemos mencionar el caso de la máquina tabuladora de perforar tarjetas. Ésta permitía albergar un resumen de la información que en ellas se incluyera. Fue utilizada en los años 1890 para elaborar el censo estadounidense, pero, más adelante, también sería empleada por el régimen nazi para sistematizar los procesos internos de los campos de concentración y exterminio. Esto muestra cómo, una tecnología nacida con el propósito de facilitar la vida de la población, se vuelve una herramienta empleada contra los individuos.

Debido a esto, los juristas, principalmente estadounidenses, abordaron la cuestión sobre la privacidad en numerosos escritos como: “Privacy – A useful concept” (Bates, 1964), “The Protection of Privacy” (Berle, 1964), “The Executive’s right of privacy” (Bishop, 1957), ¿“Do you violate your teen-ager’s privacy?” (Parent’s Magazine, 1960), “The invasión of Privacy: The reshaping of Privacy” (Heckscher, 1959).

Tras la experiencia vivida con el auge de los gobiernos totalitarios, los autores ponen el foco en la privacidad de los individuos frente a los poderes públicos. Así lo recoge Heckscher (1959) escribiendo: *“A man’s beliefs and convictions, even the degree of his enthusiasm or doubt, have been matters for public inquiry. More than that, the opinions of his parents -or of his own distant and perhaps indiscreet youth- have seemed fit subjects for the authorities to investigate”* (p. 11).

Pero la concepción moderna del derecho a la protección de datos lo encontramos desarrollado por el autor Alan Westin. Westin (1967) considera que durante y tras la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo tecnológico permite a los poderes públicos intrusiones más agresivas en la esfera privada de los ciudadanos, dando como resultado tres tipos de vigilancia: i) la física, ii) la psicológica y iii) la de datos (p. 66). Ésta última la define el autor como *“the collection, exchange, and manipulation of documentary information about individuals and groups by data-processing machines (primarily computers) which, if enough detailed data is accumulated and collated, can produce such knowledge of an individual’s or group transactions that privacy may be seriously threatened”* (p. 67).

Asimismo, Westin define la privacidad como “*the right of the individual to decide for himself, with only extraordinary exceptions in the interests of society, when and on what terms his acts should be revealed to the general public*” (Ibid. p. 46).

Se observa que a mediados del siglo XX se asocia el desarrollo tecnológico y la capacidad de la tecnología de albergar información con la privacidad, no solo física o psicológica, sino también de los datos en sí mismos considerados.

La preocupación sobre la protección de los datos fue en aumento, y en el año 1972 el Secretario de Salud, Educación y Bienestar estadounidense, Elliot Richardson, creó un comité especial para que elaborara un informe sobre las consecuencias perniciosas que podrían darse como consecuencia de los sistemas automatizados de procesamiento de datos. El resultado fue el informe de “Records, computers, and the rights of citizens”, de 1973 (denominado Informe Ware).

En él se recoge la preocupación sobre el tratamiento de datos personales por parte de las agencias privadas y gubernamentales. El comité propone que la legislación crease un “*Code of Fair Information Practice*”, aplicable a todos los sistemas automatizados de procesamiento de datos personales que implicarían, en caso de incumplimiento, responsabilidades civiles y penales (Cfr. p. 5).

Asimismo, se desarrollan algunos de los principios inspiradores del derecho fundamental a la protección de datos y su legislación de desarrollo como: i) la figura moderna del Delegado de Protección de Datos que aparece referida (Cfr. p. 3) como un *ombudsman* que actúa de nexo entre una persona que ve violado su derecho y el sistema burocrático, ii) el elemento de identificabilidad, de tal forma que los datos personales sean titularidad o versen “*about an individual in identifiable form*” (Id. p. 3), iii) los modernos derechos asociados al derecho fundamental a la protección de datos, como el de acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento (Cfr. p. 4).

Es posible concluir que la mitad del siglo XX fue el momento de eclosión del derecho a la protección de datos como derecho independiente al de la intimidad personal y la propia imagen. Los datos personales en sí mismos pasan a tener relevancia para el pensamiento

jurídico del siglo XX como protección ante los poderes públicos y, posteriormente, ante las corporaciones privadas.

En la construcción de este nuevo derecho, lo importante no era solamente la veracidad de la información personal que se publicara, sino también la legitimación para tratar esa información personal. El foco ya no solamente se pone en la intimidad personal, sino también en la información que cualquier sujeto genera y que es de su propiedad como extensión del derecho a la propiedad y a la vida (*Vid.* p. 4). De esta forma, la doctrina jurídica trasciende del derecho a la intimidad para dar paso al constructo de un nuevo derecho derivado de aquél: el derecho a la protección de datos personales.

2.1.3. Positivización y reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales:

En la década de 1970 se observan los primeros movimientos de positivización de la normativa de protección de datos a nivel mundial. En 1974, y sin duda gracias al trabajo doctrinal de los juristas americanos, entró en vigor la ***Privacy Act estadounidense***, que recogía los principios desarrollados en el Informe Ware. Esta norma era aplicable a las agencias públicas, pero no a los actores privados dentro del tráfico jurídico-económico.

A nivel europeo, el primer territorio que contó con normativa de protección de datos fue el **Estado federado alemán de Hesse**, que en el año 1970 aprobó el primer cuerpo normativo que regulaba esta materia en el mundo. Y, tres años más tarde, el primer Estado europeo con igual regulación sería **Suecia**.

A partir de ese momento se produce un **efecto cascada en Europa** en cuanto a la aprobación de la regulación en materia de protección de datos: Francia en 1978 con la Ley de la Informática y las Libertades, Alemania con la sentencia en 1983 del Tribunal Constitucional Alemán que reconocía el derecho fundamental a la protección de datos, Austria aprueba la primera norma de protección de datos el 28 de Noviembre de 1978, Portugal con la Ley 10/91 de 29 de abril, España en 1992 con la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, entre otros.

Asimismo, dentro del contexto europeo, el **CEDH**, en su artículo 8 reconoce que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”, sin hacer mención expresa a la protección de los datos personales. Esto suponía una falta de garantías de los derechos fundamentales frente al auge de los equipos automatizados de tratamiento de información.

Para enmendar esta situación se creó el Convenio 108 que, como recoge Cazorro Barahona (2020), “es el primer instrumento internacional legalmente vinculante específicamente destinado a garantizar la protección de datos de carácter personal” (p. 30). Sin embargo, aunque es legislación vigente desde el 1 de octubre de 1985, no es directamente aplicable, al requerir que las partes lo ratifiquen, estando vigente actualmente en 47 países, entre ellos y a modo anecdótico, Uruguay.

Centrando la vista, ahora, en la **Unión Europea**, se abordará el derecho fundamental a la protección de datos, en primer lugar, desde su reconocimiento como derecho fundamental y, posteriormente, desde su regulación de desarrollo.

En el año 1957, cuando se crean las primeras comunidades europeas precursoras de la moderna Unión, el derecho comunitario no reconocía expresamente la existencia de ningún derecho fundamental. Fue la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la que permitió reconocer la existencia de derechos fundamentales que formaban parte de los principios generales de los tratados y de todo el acervo comunitario.

En 1999 se creó una Convención con el objetivo de recoger expresamente los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea. El trabajo concluyó con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en el año 2000, que reconocía en su artículo 8 el derecho fundamental a la protección de datos personales. Sin embargo, este cuerpo legal no tendría eficacia jurídica hasta el año 2009, cuando entró en vigor el Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa permitió que el derecho fundamental a la protección de datos adquiriera fuerza vinculante. Asimismo, modificó el TFUE en su artículo 16 haciendo alusión, de nuevo, a la protección de datos, y creando la base jurídica sobre la que se sustentarán las instituciones europeas posteriormente para regular materias en relación con la protección de datos personales.

En relación con la normativa no “constitutiva” a nivel de la Unión Europea, la Comisión desde finales de la década de los ochenta se centró en cómo las normativas nacionales de protección de datos podían constituir un obstáculo para la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales. Ésto dio lugar a un proceso negociador que culminó en 1995.

El resultado fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. De esta forma, las instituciones europeas vieron justificada su actuación por la necesidad de una regulación homogénea que permitiera el correcto funcionamiento del mercado único.

En el año 2012, con la base jurídica del artículo 16 del TFUE, la Comisión Europea preparó una reforma legislativa en materia de protección de datos que culminó con el actual Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Con este último texto legal se ha llegado la normativa vigente, directamente aplicable, en el territorio de la Unión Europea. A continuación, se va a analizar cómo, dentro del Estado Español ha surgido jurisprudencial y legislativamente el derecho fundamental a la protección de datos personales.

2.2. Consolidación constitucional del derecho a la protección de datos en España:

2.2.1. Génesis constitucional:

En España, la primera aproximación al derecho a la protección de datos se encuentra en el artículo 18.4 CE. De esta forma, los constituyentes recogieron como un derecho fundamental la doctrina estadounidense que inspiró la legislación en materia de protección de datos en Europa.

En el Anteproyecto de Constitución, se halla que el texto lo limita a una función instrumental. Sólo servía como medio para garantizar el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. El artículo estuvo redactado como sigue:

“4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”.

En la fase de enmiendas, el Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana presentó una enmienda en la que se incluía en el artículo 18.4 in fine la expresión: “y el pleno ejercicio de sus derechos”, que supondría la redacción final de la vigente Constitución.

Sin embargo, esta enmienda fue rechazada. Se encuentra en las propuestas de enmiendas a la redacción del artículo 18.4 una visión puramente instrumental en favor del derecho a la intimidad personal y familiar y al honor. De hecho, la enmienda 716, firmada por Jesús Sancho Rof, aboga por la eliminación de este apartado “por innecesario, al quedar subsumido como una parte del número 1 de este mismo artículo” (Informe de Enmiendas al Anteproyecto, p. 377).

Finalmente, se constituyó una Comisión Mixta al producirse discrepancias entre las redacciones del Congreso y del Senado, adoptando la posición propuesta en la enmienda 117 al Anteproyecto de Constitución en el Congreso de los Diputados. La redacción final del artículo 18.4, aprobada y vigente en el actual texto constitucional, es:

“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. (Boletín Oficial de las Cortes, de 28 de octubre de 1978).

2.2.2. Desarrollo y conceptualización del Tribunal Constitucional:

Dentro de la doctrina constitucional, se reconoce el derecho fundamental a la protección de datos como: i) “un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales” (STC 11/1998, de 13 de enero; STC 292/2000 de 30 de noviembre) y ii) un derecho en sí mismo como “garantía frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (STC 254/1993, de 20 de julio de 1993, FJ 6º). Tiene como función asegurar que el titular

de los datos tiene control sobre los mismos y no se pueda realizar un tratamiento dañino para la dignidad o los derechos del afectado.

A su vez, y como consecuencia de la distinta función que tiene en comparación con el derecho a la intimidad, el derecho fundamental a la protección de datos tiene un contenido que se concreta en “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a las personas para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o no” (STC 292/2000, FJ 7º).

El objeto del derecho fundamental a la protección de datos, como ha recogido el Tribunal, incluye todo tipo de datos personales con independencia de su importancia y publicidad, porque lo que protege este derecho son los datos en sentido estricto. De esta forma, los datos protegidos son aquellos que identifiquen o puedan identificar al sujeto, “pudiendo servir para la confección de su perfil [...], sexual, [...] o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo” (*Ibid*, FJ 6º).

En cuanto a sus límites, la STS 292/2000 establece la necesidad de que el motivo de restringir los derechos de los artículos 18.1 y 4 CE se fundamente en bienes y finalidades **constitucionales legítimas**. Se incluyen a modo ejemplificativo la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público o las actividades de control en materia tributaria.

2.2.3. *Desarrollo normativo en España:*

La dimensión constitucional del derecho fundamental a la protección de datos queda recogida en el artículo 1 de la LO 3/2018 (que se analizará más adelante), donde se establece que “la presente ley orgánica tiene por objeto [...], b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución”. Por esto, se puede afirmar que en nuestro país encontramos una dualidad en materia legislativa. Como se presentó anteriormente, la Unión Europea, a su vez, ha

desarrollado normativa aplicable en materia de protección de datos y, España, ha ido adaptando su normativa interna en consonancia.

En particular hay que destacar dos normas: i) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, presentado anteriormente a nivel europeo y ii) Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD).

A pesar de que ambas son directamente aplicables, y que la segunda no puede contravenir a la primera para no incurrir en un incumplimiento del derecho de la Unión, el RGPD se erige como un acuerdo de mínimos, de tal forma que la LOPDGDD establece los estándares nacionales para el derecho fundamental a la protección de datos a cuestiones específicas no reguladas en el RGPD (en materia de videovigilancia, función estadística de la publicidad o de determinadas operaciones mercantiles).

3. DIVERSIDAD: CONCEPTO Y REGULACIÓN:

3.1. Análisis y estudio del concepto diversidad:

El término diversidad podría ser definido como heteróclito. Se trata de una palabra que solamente tiene dos acepciones en el Diccionario de la Real Academia: i) variedad, semejanza, diferencia; ii) Abundancia, gran cantidad de cosas distintas (Real Academia Española, s.f., definición, 1 y 2). Por lo que se trata de un término con escasa polisemia. Sin embargo, esto no debe alejarnos de la complejidad semántica que esconde el término; usado y abusado de manera constante en nuestro lenguaje cotidiano.

La diversidad surge de la propia capacidad de raciocinio, desde el mismo momento en que se poseen aptitudes suficientes para captar y procesar estímulos externos, y emitir juicios de valor sobre aquellos. Sin embargo, con esta afirmación no se desea caer en el principio protagórico que enuncia que “en toda cuestión hay dos razonamientos mutuamente contrapuestos” (Dueso, 1997, p. 98). Estas tesis recogen el relativismo clásico que defiende la inexistencia de un conocimiento de carácter absoluto, sino que este depende del propio sujeto y su posición particular. Por tanto, el concepto de la diversidad implica variedad, pero sin caer en el relativismo. De hecho, el término diversidad, en sí mismo, sería absoluto aun siendo inconcreto.

Esta inconcreción se estima al ser incapaces los individuos, por precisamente nuestra propia capacidad de creación de conceptos y categorías abstractas, de enumerar todas las subdivisiones que recoge el concepto de diversidad. Es decir, se es capaz de comprender el significado de la diversidad, pero no se puede enumerar, rigurosamente, todos los tipos de diversidad que existen en cualquier sociedad de cualquier momento histórico; en caso de que se intente esa enumeración, esta será solo parcial, pudiéndose completar con muchas más divisiones posteriormente.

Asimismo, la diversidad es un concepto de naturaleza social. Surge de la propia comunidad, al no poder haber variedad sin pluralidad. Históricamente, ha sido considerada como causa (o justificación) de conflictos, armados e intelectuales, en diversas organizaciones sociales. En la antigüedad ya encontramos casos de confrontación por las tendencias

homogeneizadoras, por ejemplo, en Roma (prohibición de las Bacanales en el 186 a.C., o el culto al emperador), así como en la modernidad con los casos del nazismo o, más recientemente, la intolerancia religiosa en diversos países orientales. En definitiva, lo que se aprecia es que la diversidad es un concepto esencialmente social, ya que no puede haber diversidad sin alteridad.

También, la diversidad se produce por la libertad de los individuos de expresarse en la comunidad. Es fruto del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, que tiene lugar una vez se ha captado y procesado el estímulo externo, usando nuestra propia razón, para, posteriormente, emitir un juicio de valor. La diversidad por acción, como puede ser la nacida a partir de la elección de un trabajo, de un sabor de helado o una comida en un restaurante, conforman el tipo de diversidad más sensible. Sin embargo, esto no excluye la existencia de otros tipos de diversidad ideal: de creencias religiosas, de opiniones políticas o de decisiones éticas. Asimismo, la restricción de la diversidad no implica la inexistencia de la misma, es por ello que la diversidad existirá, aun limitando al máximo la capacidad de acción del individuo.

Por tanto, recogiendo lo dicho en este apartado, la diversidad es un concepto absoluto, alcanzable por la razón, pero inconcreto, de naturaleza social y que surge como consecuencia del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, es decir, de naturaleza variable.

Sin embargo, este trabajo se centrará en un concepto de diversidad concreto: la diversidad sexual e identidad de género. A pesar de la existencia de numerosos estudios sobre la materia, existe cierta confusión en relación con algunos términos sobre los que se construye este tipo de diversidad (*Cfr.* Casares-García et al., p. 2032) Para una mayor claridad expositiva, y con el fin de entender la problemática presentada en el apartado 4 del presente trabajo, se desarrollarán brevemente los términos que han de conocerse en relación con la diversidad sexual e identidad de género.

- *Sexo*: “es una condición biológica con unas características físicas, orgánicas y corporales con las que nacemos, son naturales, y determinan a machos o hembras, es la construcción de origen biológico” (García, 2011, p. 9).

- *Género*: “construcción social que se refiere a la identidad y la sexualidad como el conjunto de prácticas privadas relacionadas y sus complejidades” (Hernández et al., 2020). El género es una construcción social que viene determinada, incluso, desde antes de nuestro nacimiento, por las expectativas sociales generadas desde el mismo entorno familiar.
- *Identidad de género*: supone la adhesión a las normas sociales previstas para uno u otro género, masculino o femenino, y que nacen del sentir propio de la persona. (*Id.*, p. 2037).
- *Orientación sexual*: se corresponde con la sensación de atracción emocional, romántica y/o sexual que se tenga hacia otras personas (*Id.*, 2039). Aquí se incluyen diversos tipos como son: i) heterosexualidad, ii) homosexualidad, iii) bisexualidad, iv) intersexualidad o v) pansexualidad entre otros.

Dentro de este contexto, las personas que tengan concordancia de sexo-género serán consideradas como cisnormativas. El supuesto en el que el sujeto no se identifica con su sexo biológico se denomina transexualidad; y si no se identifica con su género, el término será transgénero. En cualquier caso, se observa que tanto en el concepto de cisnormatividad como en el de trans se encuentra el sustrato binomial macho-hembra, sin terceros géneros.

Sin embargo, también se han desarrollado las denominadas posturas Queer, que rechazan la cisnormatividad y tampoco se identifican con el colectivo trans al considerar insuficiente el binomio macho-hembra.

Como se observa, el concepto de diversidad sexual e identidad de género es complejo en caso de abordarse profundamente. Sin embargo, y a efectos del objetivo establecido para este trabajo, estos serán los conceptos que se emplearán en los siguientes apartados.

3.2. Regulación de la diversidad sexual e identidad de género en el derecho español:

Como se ha presentado, la complejidad semántica del concepto “diversidad” hace imposible una aproximación holística, siendo necesaria una aplicación al caso concreto. Numerosas normas abordan la diversidad (o el principio de no discriminación) por motivos

raciales, ideológicos, religiosos y, entre ellas, también encontramos normativa relativa a la diversidad sexual e identidad de género.

Primeramente, a **nivel europeo**, la CDFUE reconoce en su artículo 21 la interdicción de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, origen racial, étnico [...], u orientación sexual. Sin embargo, no hace mención de la posible discriminación por razones de identidad de género o identidad sexual.

Entre las normas comunitarias, encontramos una que afecta directamente a nuestro trabajo: la Directiva UE 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Se enumera un conjunto de colectivos susceptibles de ser discriminadas en el ámbito laboral, entre las que se incluyen las personas no heterosexuales. En su artículo 2.2, b) se define el término de discriminación indirecta como aquella que se da “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas [...] con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”. Sin embargo, se reconoce solamente a los Estados la posibilidad de adoptar medidas de acción positivas que tengan como fin garantizar la plena igualdad.

A **nivel nacional**, se deben introducir varias normas relativas a la orientación sexual e identidad de género.

La CE, en su artículo 14, reconoce una igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social. Sin embargo, el TC ha establecido que son dos los supuestos que han de darse para que pueda observarse una discriminación en la aplicación de la ley: i) identidad de supuestos y ii) aplicación desigual sin causa razonable (STC 115/1989, FJ 4º). Sensus contrario, si se aprecia una causa razonable, admitida en derecho y que sea proporcional a la finalidad perseguida (STC 200/2001, FJ 4º), ha lugar a un trato diferenciado. Asimismo, aunque el artículo 14 no enumere la situación de las personas LGTBI, el TC ha reconocido que los supuestos recogidos en el meritado artículo no son *numerus clausus*, sino que simplemente recogen situaciones discriminatorias históricamente arraigadas (STC 200/2001, FJ 4º; STC 75/1983, FJ 3º; STC 128/1987, FJ 5º y STC 19/1989, FJ 4º).

En el texto constitucional (artículo 9.2) también se halla la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Vemos que se trata de una matización realizada por el constituyente al propio contenido, meramente formal, del artículo 14. El artículo 9, a diferencia del 14, hace necesaria una actividad legislativa ulterior tendente a acabar de forma efectiva con las discriminaciones históricas que hayan podido sufrir, tanto los individuos como los grupos a los que pertenecen, en nuestra sociedad. El artículo 9.2 hace frente a la discriminación indirecta pudiendo exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial (STC 19/1988, FJ 9º).

De esta forma, este artículo, se consagra como un mandato constitucional al legislador que no impone un objetivo o resultado concreto, sino que se configura como una forma de actuación. De esto hay que destacar que, debido a esta naturaleza no consecuencialista, no se permite a la autoridad judicial la no aplicación de reglas positivas con el fin de lograr una igualdad efectiva entre los individuos y los grupos a los que pertenecen (STS 557/1991, FJ 3º). Al tenor de lo expuesto, es necesaria una actividad normativa del legislador que permita cumplir con el mandato constitucional del artículo 9.2, siempre que se trate de una desigualdad con causa razonable y fin constitucionalmente legítimo.

Además, la STC 99/2019 relacionó la identidad sexual con el libre desarrollo de la personalidad ex artículo 10 CE, al afectar aquella a la esfera más íntima de la persona que lo configura como ser. De esta forma, también se enlaza con el artículo 18 en su dimensión del derecho a la intimidad.

En el ámbito legislativo, el Código Penal sanciona, en su artículo 510 a los sujetos que “lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a los que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos [...] orientación o identidad sexual, por razones de género [...]”. Asimismo, el artículo 22 del Código Penal, recoge como circunstancia agravante el cometer el delito por discriminación referida a la orientación o identidad sexual o de género o por razones de género. El legislador, de esta forma, protege específicamente a estos colectivos

por la vía del reproche penal, dentro de un proceso de aumento de las garantías de la seguridad e igualdad de las personas LGTBI en nuestra sociedad.

Otra norma relevante fue la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Sin embargo, esta se ha visto modificada tras la reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, de 2 de marzo (en adelante Ley LGTBI). En la actualidad bastará la exclusiva voluntad de la persona trans para que se produzca una modificación del sexo en el Registro Civil, eliminando todas las barreras expresadas anteriormente.

El EBEP menciona en su artículo 14 el derecho de todo trabajador público a verse respetado en su intimidad, orientación sexual y dignidad en el trabajo frente, especialmente, al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral. Asimismo, no cabe discriminación por razón de género, sexo u orientación sexual.

En el ámbito laboral, el ET, en su artículo 4.2, c), los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados ni directa ni indirectamente para el empleo ni, una vez empleados, por razones de orientación sexual o estado civil. Además, serán nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como respuesta a una reclamación efectuada ante la empresa o por acción administrativa o judicial con el fin de exigir un igual trato o la aplicación del principio de no discriminación. Observamos que es recurrente la referencia a evitar cualquier tipo de discriminación, tanto directa como indirecta, lo que supone el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 9.2. De esta forma, se considera que, ante un hecho neutro, la no adopción de medidas discriminatorias en favor de los colectivos LGTBI (por razón de orientación sexual o de género) producirá una discriminación aun mayor, perpetuando las situaciones de desigualdad a las que se refería el TC en sus sentencias, y que permiten la adopción de medidas desiguales para alcanzar cierta igualdad sustancial.

Por último, se mencionarán las leyes autonómicas de defensa de los derechos LGTBI y a la reciente Ley LGTBI, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 2 de marzo. Su contenido aúna las disposiciones que, hasta ahora, se habían realizado en el ámbito autonómico

buscando garantizar la igualdad efectiva de los miembros del colectivo LGBTI. En particular, el comentario a esta Ley Orgánica se realizará en los apartados siguientes, abordando las contradicciones o problemas que pueden surgir en su implementación en relación con la normativa de protección de datos personales.

En cuanto a las leyes autonómicas; estas abordan la cuestión de la igualdad LGTBI de forma parcelaria y en referencia a diversas materias. La propia forma en la que se dividen las leyes ya permite observar que se trata de un intento de abordar todos los supuestos de discriminación de las personas LGTBI en el ámbito autonómico. Esta normativa es la que afectaba en mayor medida al objeto de este trabajo ya que afectan, entre otras materias, al ámbito laboral a través de la promoción de medidas de discriminación positiva en el entorno empresarial, así como en materia de contratación pública y subvenciones,

3.3. La diversidad de orientación sexual e identidad de género afectada por la protección de datos en el ámbito laboral:

La identidad sexual y de género forman parte de la misma esencia de la persona, sustentándose en el libre desarrollo de la personalidad y conectando con el derecho fundamental a la intimidad. Esto hace que merezcan una especial mención y, ante todo, consideración.

Sin embargo, en la sociedad tecnológica actual, la identidad sexual y de género constituyen un dato más de los muchos existentes sobre las distintas facetas de la vida de los ciudadanos. Es clave determinar su naturaleza, con el fin de poder conocer los instrumentos que el ordenamiento jurídico nos facilita para su defensa.

A efectos de conocer la naturaleza de este dato, es decir, si se trata de una categoría especial de dato personal, o no, se ha de acudir al artículo 9 RGPD, en cuyo primer apartado se recoge que:

Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca

a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.

Para abordar este artículo, se debe determinar si los conceptos de identidad sexual y de género quedan subsumidos dentro del de orientación sexual:

- En primer lugar, la orientación sexual y la identidad sexual y de género constituyen elementos completamente diferenciados. Corresponden a esferas distintas de la persona ya que, la primera se concreta en la atracción afectivo-sexual y las otras en la autopercepción. Los conceptos no coinciden y, con menos motivos, deberían ser sinónimos o intercambiables en el ámbito normativo. Intentar incluir dentro del concepto de orientación sexual a la identidad sexual y de género supondría definir a un todo a través de uno de sus elementos; esto es insuficiente e impreciso. Sin embargo, si consideramos a efectos interpretativos del artículo 9.1 que la identidad sexual y de género no se incluyen dentro del concepto de orientación sexual, esto nos conduciría a dar un tratamiento radicalmente opuesto a dos elementos (la orientación sexual y la de género) que, aun siendo distintos materialmente, jurídicamente son tratados de forma similar. Esto se demuestra con la aprobación de leyes relativas a la igualdad de las personas LGTBI, que incluiría tanto a la orientación sexual (Lesbianas, Gais, Bisexuales) y la identidad de género (Transexuales/transgénero). Ejemplo de esto último lo constituyen la Ley 8/2016 de la Región de Murcia; Ley 2/2016 de la Comunidad de Madrid; EBEP o el propio Código Penal.

Por tanto, se puede considerar que por una cuestión de coherencia jurídica y de cumplimiento teleológico de la norma, se deberían incluir los conceptos de identidad sexual y de género dentro de la categoría especial de datos relativos a la orientación sexual.

- La no inclusión del género ni de la identidad sexual y de género presenta la cuestión de cómo interpretar su ausencia. Los términos empleados por el legislador, así como el hecho de que este artículo establezca la excepción y no la regla (todo dato que no sea de categoría especial será tratado por la vía del artículo 6 de forma directa), nos hace pensar que se trata de una enumeración *numerus clausus*. Sin embargo, el Dictamen 2/2020, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, reza que, aun no

recogiéndose expresamente mención a la identidad de género en el listado del artículo 9, “parece evidente que guarda una muy estrecha relación con los datos concernientes a la vida sexual o la orientación sexual”, por ello, el Consejo considera que “no ha de causar extrañeza que un sector influyente de la doctrina europea considere que los datos relativos a la transexualidad se hallan directamente bajo el ámbito de cobertura del reiterado artículo 9.1 RGPD”. En este mismo sentido ha fallado ya algún tribunal como la Corte de Casación italiana, que reconoció el cambio de identidad sexual como categoría de dato especialmente protegido. Debido a esto, se incorporará dentro del dato relativo a la orientación sexual, el referente también a la identidad sexual y de género.

Abordando ahora la cuestión sustancial, nos referiremos solamente a la orientación sexual a lo largo de este apartado con el fin facilitar la lectura, quedando incorporadas las identidades sexuales y de género en aquella.

Es importante tener presente que, en el caso de que concurra alguno de los supuestos del artículo 9.2 RGPD, permitiendo que se levante la prohibición absoluta de tratamiento del artículo 9.1, esto solo supondría eso, la posibilidad de tratar. Sin embargo, de por sí, no legitima para tratar, es decir, además de concurrir los supuestos del artículo 9.2, el responsable debe alegar alguna de las bases jurídicas conforme al artículo 6. Para poder comprender mejor el artículo 9.2 podemos apoyarnos en el propio artículo 6, ya que algunos de los supuestos que recogen ambos artículos son los mismos, o muy similares.

Hecha esta aclaración ex ante, la orientación sexual viene expresamente recogida en el artículo 9, citado supra, por lo que su tratamiento queda prohibido. Sin embargo, el apartado 2, a) del mismo artículo, permite que el interesado dé su consentimiento para que este tipo de datos se puedan tratar por el responsable:

2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:
 - a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado.

Y es precisamente a esto último a lo que el legislador español se ha acogido. Incluso contando con el consentimiento del interesado, el dato relativo a la orientación sexual de

los trabajadores no podrá ser tratado por el empleador. Esta restricción la recoge el artículo 9 LOPD.

Además, hay que destacar que, en el contexto de una relación laboral, el consentimiento no puede constituir la base jurídica sobre la que se fundamente el tratamiento del dato de la orientación sexual. En este caso, se considera que el consentimiento no es una manifestación de voluntad libre (artículo 4, 12) RGPD), al producirse una relación de dependencia empleado-empleador (Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo). De esta forma se aprecia que, aun levantándose la prohibición del artículo 9.1 por cualquier otro motivo recogido en el apartado 2, la base jurídica que ha de alegarse en este contexto, en ningún caso, podrá ser el consentimiento.

Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 9.1 LOPD, permite que la prohibición de tratar el dato relativo a la orientación sexual pueda levantarse si concurre alguno de los supuestos restantes previstos en el artículo 9.2 RGPD. De esta forma, se ha de acudir a este último artículo para ver si pudiera existir otra forma de levantar dicha prohibición.

Existen supuestos de levantamiento de la prohibición que pueden ser rechazados para el caso estudiado en el presente trabajo sin mayor debate porque incluyen: i) el tratamiento cuando es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos; ii) el tratamiento cuando es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública (amenazas transfronterizas o garantizar niveles de calidad de medicamentos); iii) el tratamiento cuando es necesario para fines de medicina preventiva o laboral; iv) el tratamiento cuando es necesario por razones de un interés público esencial (se verá al final del trabajo un posible uso que se le puede dar a este supuesto); v) el tratamiento cuando es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial; vi) el tratamiento cuando es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro; y vii) el tratamiento cuando es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento.

Se observa que todos ellos son imposibles de encajar en el tratamiento del dato relativo a la orientación sexual por parte de la empresa, por lo que pueden excluirse de la cuestión. Sin embargo, existirían dos supuestos restantes.

El primero que se abordará, aunque de forma breve, es el relativo al tratamiento que se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos. Esto, en el cotidiano desarrollo de las relaciones personales-laborales, sin duda sucede. El contacto diario en el puesto de trabajo hace que, no solo se aborden cuestiones puramente profesionales, sino que se desarrollen niveles de confianza que trascienden en muchas ocasiones a lo puramente laboral. Sin embargo, en mi opinión, se debe excluir este supuesto de levantamiento del artículo 9.2. Alegar esto implicaría que las personas LGTBI tuvieran que hacer constante y “manifiestamente pública” su condición, permitiendo a la empresa tratar ese dato que ya sería socialmente conocido. Sin duda, esto no podría superar en ningún caso el juicio de proporcionalidad, dado que estaríamos renunciando al derecho fundamental a la protección de datos sin posibilidad de retorno (pues la información, una vez conocida, no hay forma de desconocerla), con el fin de garantizar una igualdad sustancial, perfectamente alcanzable por vías menos lesivas. Además, si la adopción de los planes de gestión de la diversidad LGTBI en las empresas dependieran de este supuesto, la informalidad y poca seguridad de dichos planes pondría en peligro su eficacia en el largo plazo. Por ello, en mi opinión, es un supuesto descartable como medio de levantar la prohibición de tratamiento del artículo 9.1 RGPD

Y, por último, la obligación legal y la nacida de convenio se erigen como la últimas b) RGPD como forma de levantar la prohibición de tratamiento. Este artículo recoge lo siguiente:

b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del **Derecho laboral** y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros **o un convenio colectivo** con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

A través de este apartado se podría levantar la prohibición de tratar el dato relativo a la orientación sexual de los empleados, siempre y cuando exista una obligación jurídica que lo permita, nacida de la ley nacional o de un convenio colectivo. Observamos, por tanto, necesaria la existencia de una norma con rango de ley que permita per se, o por vía de convenio, el tratamiento del dato relativo a la orientación sexual, pero siempre con las especiales medidas de protección. En caso de que no exista tal norma, nos encontraríamos frente a un muro que las empresas no podrían saltar. Vamos a analizar primeramente la posible existencia de una obligación legal y, después, la posibilidad de adoptar medidas de discriminación positiva por la vía del convenio colectivo.

En relación con la obligación legal, el artículo 6.3 párrafo 1 (lo utilizaremos como criterio interpretativo) recoge que la “finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica”, es decir, en la propia ley que lo autoriza. La obligación legal, por tanto, es aplicable “sobre la base de las disposiciones jurídicas que hacen referencia explícitamente a la naturaleza y al objeto del tratamiento” (Dictamen 06/2014, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, p. 23). De tal forma que no basta con que una ley autorice tácitamente para tratar el dato relativo a la orientación sexual por el empleador, sino que este dato personal deberá ser recogido “con fines determinados, explícitos y legítimos (artículo 5.1, b)). Es oportuno mencionar también la Opinión 03/2013 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, en la que establecía en relación con el artículo 7 de la antigua Directiva 95/46/CE que una medida legislativa creando una obligación legal no sería per se suficiente para permitir el tratamiento, y que “*while the legislator has an essential role to play, it is also subject to a number of strict conditions:*

- *First, the measure must be aimed at safeguarding specific and important public interests.*
- *Second, a qualified test must be applied, to ensure that the legislative measure meets the criteria that allow derogating from a fundamental right: The measure must be sufficiently **clear and precise to be foreseeable**, and it must be necessary and proportionate” (p. 38).*

Asimismo, se insiste en el Dictamen 06/2014, de 9 de abril, que la ley que imponga una obligación legal debe “acatar la legislación de protección de datos, incluido el requisito de necesidad, proporcionalidad y limitación de la finalidad”. Y no se debe dejar al arbitrio del responsable (empresa) si cumple o no la obligación, así como que esta debe ser lo “suficientemente clara en lo que respecta al tratamiento de los datos personales que se requiere” (p. 23)

Sin embargo, algo que cobra especial relevancia a la luz de la ya aprobada Ley LGTBI, es que la norma con rango de ley puede crear una obligación general, pero, al tiempo que “impone también obligaciones más específicas (por ejemplo, por vía reglamentaria) (p. 24). Pero a pesar de que se ha considerado válida esta forma de delegar la creación de obligaciones legales específicas, las redacciones genéricas previstas en las leyes de igualdad LGTBI a nivel autonómico y nacional se muestran, aun así, insuficientes, pues no concretan el contenido de dichas medidas ni por sí, ni por medio de desarrollo reglamentario. En cuanto al contenido de las leyes autonómicas y las medidas de discriminación positiva a las que hacen referencia, se abordarán en el apartado 4.

Un caso similar, y que podría servir para ilustrar esta situación, es el que se da con el descuento de la cuota sindical. El punto V, del preámbulo de la LOPD establece que, “los datos de afiliación sindical podrán ser tratados por el empresario para hacer posible el ejercicio de los derechos de los trabajadores al amparo del artículo 9.2, b) RGDP. La Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, en su artículo 11.2, recoge que “el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de éste”. Observamos un mandato directo, explícito y específico del legislador al empleador que, en cumplimiento del mismo, deberá tratar el dato de afiliación sindical con el fin de pagar la cuota.

Como hemos visto, esto no se da en el ordenamiento jurídico español en relación con el dato relativo a la orientación sexual, por lo que las empresas se encuentran en un callejón sin salida en el caso de que deseen implementar medidas de discriminación positiva en sus planes de gestión de la diversidad LGTBI basándose en la existencia de una obligación legal.

Otra vía que se podría abrir a través del mismo artículo 9.2, b) RGPD, es la de los convenios colectivos. Este representa un camino interesante para las empresas ya que, a pesar de que lo pactado es de obligatorio cumplimiento, surge de un proceso de negociación que permite mayor flexibilidad que una obligación legal.

El convenio colectivo deberá recoger una obligación y derechos específicos del responsable o del interesado, con arreglo al derecho de la Unión o del Estado miembro en cuestión, y estableciendo garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.

Asimismo, el artículo 88 RGPD permite que se determinen normas más específicas mediante convenios colectivos para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales, en el ámbito laboral y, en particular, a efectos de igualdad y diversidad en el lugar de trabajo. A continuación, se exige que se incluyan medidas adecuadas y específicas (como sucede con los tratamientos que nacen de obligaciones legales).

El considerando 155, a su vez, nos clarifica la información con lo siguiente:

“Los convenios colectivos, incluidos los «convenios de empresa», pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador [...], incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la **igualdad** y seguridad en el lugar de trabajo, [...], así como a los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral”.

Tras la lectura de este texto, observamos que, a pesar del camino que habíamos recorrido y que indicaba que podría darse el supuesto del artículo 9.2, b) RGPD, esto no es así. Este considerando permite la creación de normas específicas en relación con las condiciones en las que el tratamiento en cuestión puede tener lugar, siempre que se traten datos cuya base jurídica sea el **consentimiento** del empleado.

Por lo tanto, ni el RGPD, ni la LOPD, así como las consideraciones sobre el consentimiento en la relación empleado-empendedor que tiene la AEPD, permiten tratar los datos relativos a

la orientación sexual e identidad sexual y de género debido no solo a la prohibición legal expresa, sino también a que el consentimiento no se considera libre.

El artículo 9.2, b) RGPD no puede constituir, ni por la vía de la obligación legal ni por la de convenio colectivo, el supuesto de levantamiento de la prohibición de tratamiento del artículo 9.1 RGPD con la actual normativa en vigor.

Por último, no podemos obviar el artículo 16.1, c) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que tipifica como infracción muy grave “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección [...] que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por [...] orientación sexual. Esto supone, además, un obstáculo más en el camino para las empresas que deseen implementar cuotas o programas de discriminación positiva en su organización”.

4. PROBLEMÁTICAS Y CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PLANES DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD:

La búsqueda de la igualdad sustancial ha tenido como resultado una proliferación de leyes y convenios o acuerdos empresariales que abordan esta cuestión. Encontramos una buena voluntad que, sin embargo, puede jugar en contra de los propios sujetos que implementen estas medidas.

En primer lugar, en cuanto a la legislación, ésta se encontraba recogida fundamentalmente, como apuntamos en el punto 3.2, a nivel autonómico. Esto produce un mosaico de normas, a veces con teselas muy similares, y, otras veces, en cambio, con teselas totalmente distintas, provocando una gran diferencia en función del lugar en el que nos encontremos operando como empresa. Sin embargo, tras la entrada en vigor, el 2 de marzo de 2023, de la nueva Ley LGTBI a nivel nacional, esta se ha consagrado como el corpus normativo que contiene las principales disposiciones relativas a la protección y consecución de la igualdad efectiva de los sujetos LGTBI.

Comenzando, primeramente, con las leyes autonómicas en la materia, el hilo conductor de esta normativa en cuanto a las medidas previstas para el ámbito laboral es la adopción de medidas de “acción positiva” o de “discriminación positiva” (Ley 8/2020 de garantía de derechos de las personas LGTBI y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, de Cantabria; Ley 8/2017, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares, de Andalucía o Ley 5/2022, de diversidad sexual y derechos LGTBI, de Castilla la Mancha). Asimismo, el artículo 52.2 de la Ley LGTBI nacional define como prioritaria, la incorporación de medidas de acción positiva en los ámbitos laboral, educativo, sanitario y de vivienda.

De igual forma, las empresas, así como los representantes de los trabajadores, han acordado en convenios, medidas también de acción positiva en los mismos términos que los previstos en las leyes autonómicas (artículo 46 del Convenio colectivo de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; anexo nº 5 Convenio colectivo del sector de harinas panificables y sémolas o el artículo 42.5, b), del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de Madrid).

La cuestión es determinar, a la luz de la legislación y de los convenios, qué se considera medida de acción o discriminación positiva. Para responder a este interrogante se ha de acudir a la definición que las propias leyes autonómicas realizan. La Ley de Castilla–La Mancha define este concepto como “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación en su dimensión colectiva o social”. En Valencia y Andalucía (emplean idéntica definición), se define la acción positiva como aquella que pretenda dar a un determinado grupo social, que históricamente ha sufrido discriminación, un trato preferencial en el acceso a ciertos recursos o servicios. Y en la Ley LGTBI, a nivel nacional, las medidas de acción positiva suponen “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan”. Ejemplo de este tipo de medidas de acción positiva podría ser la incorporación de medidas de apoyo (positivas) para el acceso al empleo y en las convocatorias de ayudas y subvenciones (art. 28.2, e), Ley de Cantabria).

En definitiva, para la aplicación de las medidas de acción positiva que la legislación y los convenios imponen, se ha de producir un trato preferencial o diferenciado que permita acabar con la discriminación, tanto directa como indirecta, que los sujetos LGTBI sufren en el ámbito laboral. Reconocer un trato más ventajoso, con el fin de acabar con la desigualdad, implica conocer a qué sujetos se ha de dar dicho trato, conduciéndonos esto, irremediamente, a la necesidad de saber la situación en cuanto a orientación sexual y de género de los trabajadores, o de parte de ellos.

El conocimiento y uso posterior de esta situación supone el tratamiento relativo al dato de la orientación sexual según la propia definición de tratamiento que el artículo 4 RGPD establece. Sin embargo, como se ha presentado en el apartado 3.3 del presente trabajo, este tratamiento queda totalmente prohibido al considerarse una categoría especial de dato a tenor de lo recogido en el artículo 9 del RGPD y de la LOPD.

Como consecuencia de lo dispuesto en este apartado pueden darse: i) sanciones pecuniarias y ii) pérdidas de oportunidad en materia de subvenciones y contratación pública.

- En materia de sanciones pecuniarias:
 - Supuesto de que se adopte un plan de gestión de la diversidad sexual y de género que contenga medidas de acción positiva: para la adopción de este tipo de medidas es necesario tratar con un dato especialmente protegido por el artículo 9 del RGPD y de la LOPD. Estando prohibido dicho tratamiento en la actualidad, al no darse ninguno de los supuestos del apartado 2 del artículo 9, la LOPD cataloga en su artículo 72.1, e) como infracción muy grave “el tratamiento de datos personales de las categorías a las que se refiere el artículo 9 RGPD, sin que concurra alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto y en el artículo 9 LOPD”. Estas sanciones abarcan desde los 300.000 € a los 20.000.000 € o la cuantía equivalente al 4 %, como máximo, del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior.

Asimismo, se deberá tener en consideración la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en cuyo artículo 16 sanciona como infracción muy grave, como hemos visto, la solicitud de datos de carácter personal al momento del proceso de selección. Esto supondrá la aplicación del artículo 40 de la meritada ley.

- Supuesto de que no se adopte plan de gestión de la diversidad sexual y de género: actualmente, la Ley LGTBI recoge en su artículo 15 la obligatoriedad de la creación de un plan de gestión de la diversidad LGTBI en las empresas de más de cincuenta trabajadores que, a su vez, establezca un protocolo de actuación para los casos de acoso o violencia hacia las personas del colectivo LGTBI. Esto deberá tener lugar antes del 2 de marzo de 2024. Se trata de un procedimiento muy similar al previsto por la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad real entre hombres y mujeres. Sin embargo, la actual Ley LGTBI, no prevé ningún tipo de sanción en caso de incumplimiento de su artículo 15. El legislador no ha incorporado su contravención bajo la calificación de infracción en la propia ley, ni ha modificado la Ley de infracciones y sanciones del orden social, como se

hizo en el año 2007, para tipificar la no elaboración de los planes de igualdad como sancionables. Si bien, el legislador ha previsto que el contenido y alcance de las medidas del artículo 15 se desarrollarán reglamentariamente, por lo que se habrá de estar a la espera de la actuación del legislador para poder determinar las sanciones que la no adopción o negociación de un plan de igualdad LGTBI podría acarrear.

En cuanto a la legislación autonómica, algunas Comunidad Autónomas, han intentado promover la creación de códigos de conducta a través de sus respectivas leyes LGTBI, pero, tras la aprobación de la Ley LGTBI nacional, las disposiciones autonómicas quedarían desplazadas a un segundo plano. La no adopción de planes de gestión de la diversidad LGTBI no conlleva, a la luz de la regulación autonómica, ninguna sanción. Se trata de una medida discrecional que las empresas pueden adoptar si desean mejorar o incrementar la diversidad en su ámbito laboral.

- En materia de la contratación pública y subvenciones: las leyes autonómicas en materia de igualdad LGTBI buscan fomentar la adopción de este tipo de planes, también llamados códigos de conducta, a través de incentivos en materia de subvenciones y de contratación pública.

Así lo recoge el artículo 12 de la Ley 5/2022, de Castilla-La Mancha, en la que se permite que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha incorpore “a las bases reguladoras de las subvenciones públicas la valoración de la efectiva consecución de la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, desarrollo sexual o pertenencia a familias LGTBI”. De forma similar lo expone Madrid, en la Ley 2/2016, en su artículo 43.2; la Ley 8/2020, de Cantabria, en su artículo 35.3; la Ley 23/2018, de la Comunidad Valenciana, en su artículo 44; la Ley 2/2021, de las Islas Canarias, en su artículo 11 o la Ley 11/2014, de Cataluña, en su artículo 21, b), 2º.

Mención especial merece la Ley 2/2014, de Galicia, en cuyo artículo 12.7 establece que, “en colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales, la

consejería competente promoverá la elaboración de un protocolo de igualdad y buenas prácticas en el ámbito empresarial y de las relaciones laborales”. Y en el apartado 8 del mismo artículo, recoge que “en las bases reguladoras de las subvenciones públicas [...] se podrá imponer como condición especial de ejecución el respeto al protocolo establecido en el apartado anterior, de tal modo que su incumplimiento podrá llevar consigo el reintegro de la subvención”. Desde luego, este artículo va un paso más allá en comparación con las otras leyes autonómicas citadas. Sin embargo, tampoco constituye más que otro ejemplo con el que se ilustra que las empresas, ante la ausencia de medios de prueba que demuestren la adopción de medidas antidiscriminatorias de personas LGTBI, podrían verse perjudicadas en materia de subvenciones.

Asimismo, en materia de contratación pública, la Ley LGTBI incorpora en su disposición final decimoséptima, dos, la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, que, a su vez, viene a modificar la redacción que el Proyecto de Ley LGTBI presentaba en su artículo once. El actual texto vigente prevé que: “Las Administraciones públicas incorporarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación dirigidos a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato”. A diferencia de las leyes autonómicas que utilizan expresiones como “promoverá la adopción de medidas” o “podrán incluir en los pliegos” (Ley de Cantabria, artículo 35.1 y 2; Ley de Galicia, artículo 12.8; Ley de las Islas Canarias, artículo 11.1 o la Ley de 2018 de Andalucía en su artículo 45.1), la Ley LGTBI determina que las Administraciones Públicas “incorporarán” este tipo de cláusulas que fomenten la consecución de la igualdad de trato, desapareciendo así la posible discrecionalidad.

Se ha visto, por tanto, que en materia de contratación pública las Comunidades Autónomas también incluyen la posibilidad (que a nivel nacional es obligación) de incluir condiciones en materia de igualdad LGTBI en sus pliegos de contratación. La única forma de determinar que se están realizando esfuerzos en materia LGTBI

por parte de las empresas es a través de la adopción de planes de gestión de la diversidad de las personas LGTBI, o cumpliendo con un convenio que imponga principios o normas a las empresas vinculadas por el mismo.

Al igual que sucedía con las subvenciones, en materia de contratación pública la no adopción de planes de gestión de la diversidad LGTBI que permitan demostrar la consecución de una igualdad sustancial dentro de la empresa, puede suponer una situación de desventaja para la empresa en cuestión respecto a competidores que sí hayan adoptado este tipo de planes.

En conclusión, hemos desarrollado en este apartado cómo la decisión de adoptar o no planes de gestión de la diversidad LGTBI que contengan medidas de discriminación positiva en las empresas tiene importantes consecuencias, tanto pecuniarias como en materia de subvenciones y contratación pública. Irónicamente, la adopción de este tipo de planes puede acarrear una infracción del RGPD y de la LOPD, a pesar de la buena intención que pudiera tener la empresa, pero a su vez, la no adopción puede suponer una desventaja a la hora de concurrir a subvenciones o a procesos de contratación pública en los que se hayan incluido condiciones sobre la igualdad de las personas LGTBI en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

5. BUENAS INTENCIONES ¿INEFICACES?:

5.1. Mención a la Ley LGTBI:

Habiendo considerado la normativa autonómica como insuficiente para dotar de una base jurídica que permita levantar la prohibición de tratamiento del artículo 9.1 RGPD, se presenta como pertinente la cuestión relativa a si existe, tras la publicación el pasado 1 de marzo de 2023 de la Ley LGTBI, dicha base jurídica. Por este motivo, vamos a analizar este cuerpo normativo que busca aunar las diversas normas autonómicas en relación con la igualdad de las personas LGTBI.

Primeramente, la Ley LGTBI sigue la misma estructura que sus normas autonómicas equivalentes. Versan sobre materias relativas a la administración, ámbito de la salud, educación, cultura, ocio y deporte, medios de comunicación social e internet, familia, infancia y juventud, acción exterior y la protección internacional, en el medio rural, en el ámbito turístico y, por último, laboral.

En relación con la protección de datos, la única remisión expresa que hace el cuerpo de la Ley LGTBI a la normativa de protección de datos es en el artículo 7, con el fin de elaborar estudios y encuestas sobre la situación de las personas LGTBI. Encontramos aquí la imposición de una obligación legal que los poderes públicos deberán cumplir (artículo 9.2, b) RGPD) y que les permitirá tratar el dato relativo a la orientación sexual y de género. La finalidad es clara, como exigía el reconocimiento de una obligación legal: elaborar encuestas y estudios a lo largo del tiempo. Como hemos visto, no hay problema en que se establezcan objetivos generales en la norma con rango de ley si, al mismo tiempo, se establecen obligaciones específicas en las normas de desarrollo. Esto deberá verse cómo se desarrolla por el legislador.

En el artículo 14 se reconoce que las Administraciones Públicas adoptarán medidas adecuadas y eficaces que tengan por objeto diversas cuestiones de promoción de los derechos LGTBI, así como la igualdad formal de este colectivo. Sin embargo, hay dos preceptos que merecen especial mención.

- El primero es el correspondiente al apartado d) de este artículo. En él se recoge que se fomentará “la implantación progresiva de indicadores de igualdad que tengan en cuenta la realidad de las personas LGTBI en el sector público y el sector privado”. Esto encuentra su acomodo legal en el artículo 7 de la propia Ley LGTBI, al hacerse los estudios precisamente para esto. La Administración Pública no chocaría con ninguna barrera en este sentido, pero, en la continuación de este apartado d), encontramos “la creación de un distintivo que permita reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad y no discriminación de las personas LGTBI”. Debemos atender, casuísticamente, a si estas medidas pueden suponer una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos, ya que nada impide que se tengan en cuenta, como criterio para otorgar estos distintivos, programas de concienciación de los derechos LGTBI que no vulnerarían la protección de datos, como conferencias o seminarios en el seno de las empresas.

- El apartado g), establece que las Administraciones Públicas promocionarán “medidas para la igualdad de trato y de oportunidades de las personas LGTBI en las convocatorias de subvenciones de fomento del empleo”. Es decir, que, para poder otorgar dichas subvenciones, la situación relativa a la identidad de género de los empleados ha de ser conocida, tanto por la propia Administración, como por su empleador, de cara a solicitar dicha subvención. Sin embargo, no se establece una habilitación legal a los empleadores para poder tratar el dato relativo a la orientación sexual e identidad sexual y de género de sus empleados. Es posible que se reconozca una obligación legal si, la ley crea una general y, al mismo tiempo, se desarrolla en normas reglamentarias. Pero también era necesario para invocar la base jurídica de la obligación legal que su cumplimiento no quedara al arbitrio de los empleadores, cosa que sí sucede en el caso de que el fin del tratamiento sea solicitar una subvención; ninguna organización está obligada a solicitarla. Esta disposición, por tanto, reconoce una subvención pública de fomento del empleo a la cuál nunca podrán aspirar los empleadores, con el fin de contratar a personas LGTBI, ya que no podrán tratar el dato relativo a la orientación sexual e identidad de género. La cuestión radica en concretar el alcance de los términos “igualdad de trato” e “igualdad de oportunidades”. Limitándose la primera a una igualdad formal y la segunda a la consecución de una

igualdad material. El legislador ha empleado la oración compuesta copulativa, por lo que se entiende que ambos tipos de igualdad se deben dar.

Además, la Ley LGTBI modifica en su disposición final sexta el artículo 16.1, c) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que ya hemos mencionado en puntos anteriores, incluyendo expresamente la prohibición de solicitar datos relativos a la identidad sexual, expresión de género o características sexuales al candidato en el proceso de selección.

Más adelante, encontramos el artículo 55 que, además de tratar de nuevo la cuestión que acabamos de desarrollar relativa a las subvenciones, recoge en su apartado 3 que, “en la elaboración de planes de igualdad y no discriminación se incluirá expresamente a las personas trans”: este precepto no presente ninguna incompatibilidad con el respeto a la protección de datos. Sin embargo, ilustra la creación de este tipo de programas en las empresas, que deben prevenirse de adoptar un tratamiento ilegítimo de los datos.

En relación con los planes de igualdad y no discriminación LGTBI en las empresas. Su elaboración no supondría una contravención del RGPD ni de la LOPD, la problemática surge cuando se intente aplicar medidas de discriminación positiva recogidas en dicho plan. A diferencia del Proyecto de Ley LGTBI, la Ley LGTBI sí prevé, en el artículo 15, la obligación de las empresas de más de cincuenta trabajadores de crear un plan de esta naturaleza en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley. Se trata de un recurso similar al empleado en la discriminación que el legislador apreció entre hombres y mujeres en el año 2007, entrando en vigor la Ley Orgánica 3/2007, en la que se recogía la obligatoriedad de elaborar este tipo de planes de igualdad.

Por lo tanto, ¿podría constituir el artículo 15 una obligación legal que permita tratar los datos relativos a la orientación sexual y, consecuentemente, adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas LGTBI? Se debe observar detenidamente.

En caso de que la respuesta fuera afirmativa, la vía empleada para el tratamiento de los datos sería la de la obligación legal. Como se presentó, esta debe ser clara, precisa y la finalidad ha de quedar recogida en la propia base jurídica (artículo 6.3, párrafo 1º). La

AEPD (2022) reconoció que el principio de finalidad del tratamiento implica que los datos han de ser tratados “con una o varias finalidades determinadas, explícitas y legítimas”.

El artículo 15 de la Ley LGTBI recoge que los planes en cuestión deberán contener un “conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI”; no hay mayor concreción, por lo que las medidas a adoptar podrían incluir desde medidas de discriminación positiva (chocando con la normativa de protección de datos personales) hasta medidas como seminarios o formaciones (que no contravendrían dicha normativa). Por el contrario, la Ley Orgánica 3/2007 sí presenta, de forma detallada, las materias concretas sobre las cuales los planes deberán versar (artículo 46), incluyendo el proceso de selección y contratación, la promoción profesional, la infrarrepresentación femenina y las condiciones de trabajo.

Asimismo, el artículo 43 recoge:

“De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

Existe, así, una vía abierta para incorporar medidas de acción positiva a través de los planes de igualdad para cumplir, precisamente, con la obligación de realizar dichos planes de igualdad entre hombres y mujeres que, más específicamente aún queda recogido en el artículo 17.4 ET, que se vio modificado por la meritada Ley en su disposición adicional decimoprimera.

“la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate”.

Asimismo, la Ley Orgánica 3/2007 se encuentra desarrollada, en relación con los planes de igualdad, por el Real Decreto 901/2020, en el que se prevé la posibilidad de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres cuando estas se vieran

infrarrepresentadas o infrarremuneradas en determinados niveles profesionales (artículo 7.4 del Real Decreto 901/2020).

De esta forma, la Ley Orgánica 3/2007 crea una obligación legal (crear planes de igualdad) que es determinada, explícita y legítima, que reconoce la posibilidad para cumplir con la obligación legal la posibilidad de llevar a cabo medidas de acción positiva que encuentran su base en el cumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, y no es baladí, el sexo pertenece a una categoría de datos cuya base de legitimación se regula, solamente, por la vía del artículo 6 del RGPD. A diferencia de la orientación sexual, no está especialmente protegido y, sin embargo, el legislador ha dotado de más garantías al dato relativo al sexo de los trabajadores que al relativo a su orientación sexual.

Esto demuestra que la actual Ley LGTBI impone la obligación de elaborar planes de igualdad del colectivo LGTBI. Sin embargo, no concreta qué medidas se han de adoptar, ni el alcance y contenido de los planes de igualdad. Ciertamente, la propia norma recoge que esto se desarrollará reglamentariamente, lo cual, supone una mayor desprotección que la que una norma con rango de Ley Orgánica pueda otorgar, y más, cuando se trata de un derecho fundamental. Además, la Ley Orgánica 3/2007, sí prevé la adopción, como se ha mostrado, de medidas de acción positiva con finalidades específicas; esto no sucede en la Ley LGTBI. La Ley de igualdad entre hombres y mujeres permite la adopción de medidas de acción positiva en los planes de igualdad para situaciones y materias específicas. En cambio, la Ley LGTBI, no prevé este tipo de medidas, ya que solo menciona la acción positiva para que, irónicamente, las mujeres trans puedan beneficiarse de las acciones positivas derivadas de la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad entre hombres y mujeres.

Mientras que la Ley de igualdad entre hombres y mujeres sí crea una obligación jurídica que se puede cumplir por la vía de acciones positivas, la igualdad de las personas LGTBI no se podrá alcanzar por la vía de dichas acciones, sólo mediante la adopción de planes de comunicación o formación interna en relación con ese colectivo, debido a la inexactitud e indeterminación del artículo 15, que contrasta con los artículos 45-49 de la Ley Orgánica 3/2007 y su reglamento de desarrollo, Real Decreto 901/2020 en relación con los planes de igualdad.

Por último, se puede argüir que la base de la obligación jurídica no se puede alegar en el caso del tratamiento del dato relativo al sexo para el caso de los planes de igualdad entre hombres y mujeres, ya que las medidas de acción positiva no son obligatorias, sino opcionales en determinados supuestos; lo único que hace la ley es afirmar que se podrían adoptar estas medidas de acción positiva, en ningún caso utiliza una terminología imperativa. La obligación propiamente dicha es la elaboración de un plan de igualdad, que tiene como fin la consecución de una igualdad real entre hombres y mujeres; las medidas que se adopten se dejarán al arbitrio de la empresa (negociando con los representantes legales) pero siempre dentro del marco general de la igualdad real. Es decir, se ha de cumplir con la obligación legal, y para ello, el legislador permite la adopción de medidas de discriminación positiva de forma expresa y para casos muy concretos (infrarrepresentación, artículo 7 del Real Decreto 901/2020; o en la formación de los empleados públicos, en el artículo 60 de la Ley Orgánica 3/2007). Luego, para el cumplimiento de la igualdad real se podrá adoptar, para casos concretos y determinados, medidas de acción positiva en beneficio de las mujeres, existiendo una habilitación legal expresa, limitada y concreta, y que tiene como finalidad la resolución de situaciones específicas que se producen en el ámbito laboral en materia de contratación, formación y promoción interna, para cumplir, así, con la obligación legal de elaborar planes de igualdad.

No existe en la Ley LGTBI esta mención. El legislador no ha permitido por la vía del texto legal la adopción de este tipo de medidas expresamente, con el fin determinado en los planes de igualdad. Por el contrario, las empresas en el caso de la igualdad LGTBI se deberán limitar a adoptar medidas de formación o seminarios o canales de denuncia interna, ya que el legislador no ha reconocido expresamente la posibilidad de adoptar este tipo de medidas de discriminación positiva, lo cual, con el fin de cumplir la obligación legal del artículo 15 de la Ley LGTBI, sí podría constituir base de levantamiento de la prohibición del artículo 9 del RGPD.

En conclusión, la obligación legal sería la elaboración de los planes de igualdad que tienen como finalidad conseguir la igualdad del colectivo LGTBI. Debido a que existen diversas formas de conseguir esto, la empresa ha de adecuarse a aquella medida que no contravenga la legislación vigente. Si el legislador hubiera expresado manifiestamente la posibilidad de

adoptar planes de discriminación positiva, concretando las situaciones en las que se pueden adoptar dichas medidas, las empresas sí podrían aplicar este tipo de soluciones a las situaciones de desigualdad. La obligación, por tanto, no se encuentra al arbitrio de los empleadores, porque han de elaborar un plan de igualdad, lo único que queda al arbitrio son las medidas a adoptar que, debido a una manifestación expresa del legislador y para el caso de la igualdad entre hombres y mujeres, sí puede tratarse de medidas de acción positiva. En cambio, para el caso de la discriminación LGTBI, no.

Asimismo, la obligación legal solo operaría como base jurídica y como supuesto de levantamiento de la prohibición cuando realmente constituya una obligación. Las empresas de menos de cincuenta trabajadores no tienen, en virtud del artículo 15 de la Ley LGTBI, la obligación de redactar este tipo de planes de igualdad LGTBI, por lo que se verían imposibilitadas para poder adoptar medidas de acción positiva aun permitiéndose esto expresamente en la Ley LGTBI.

Esta norma, por tanto, no provee a los empleadores de una base jurídica sobre la que puedan sustentar el levantamiento de la prohibición de preguntar sobre la orientación sexual e identidad de género. Esto implica que, aun contando nuestro país actualmente con normativa, tanto nacional como autonómica, esta no es suficiente, o suficientemente precisa en el caso de la legislación nacional, como para permitir implementar políticas o medidas de discriminación positiva con el fin de fomentar la igualdad sustancial de las personas LGTBI en su entorno empresarial.

Asimismo, las medidas adoptadas desde la Administración Pública para fomentar la empleabilidad de las personas LGTBI quedan vacías de contenido, ya que es necesario, en todo caso, que el empleador trate un dato cuyo tratamiento tiene prohibido.

Vemos, entonces, que, ni con la legislación autonómica ni con la ya vigente ley nacional, se podrán implementar planes de gestión de la diversidad sexual en las empresas que **incluyan medidas de discriminación positiva** en favor de las personas LGTBI.

5.2. ¿Callejón sin salida?

La cuestión que se plantea ahora es de qué forma se podrá dar cobertura a este tipo de medidas dentro de las empresas. Sin duda, estos planes buscan la consecución de una igualdad sustancial que queda incardinada como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español. Sin embargo, la forma de encajar dicha igualdad en el ordenamiento se plantea compleja y contradictoria.

Las empresas se encuentran ante un callejón sin salida si desean implementar medidas de discriminación positiva en su organización. Carecen de la cobertura legal para ello, enfrentándose a sanciones considerables, lo que impide que pueda nacer del propio ámbito privado la voluntad de conseguir una igualdad sustancial de las personas LGTBI.

En este apartado vamos a intentar determinar de qué forma sería posible solucionar esta cuestión, o qué vías como sociedad podríamos explorar en relación con la integración de las personas LGTBI en el ámbito laboral. Sin embargo, a pesar de que haya diversos caminos, muchos no resultan satisfactorios para aplicarse en el normal desarrollo de la actividad económica de la empresa.

5.2.1. *Vía del interés público esencial:*

El interés público es considerado uno de los supuestos que permiten levantar la prohibición del tratamiento del artículo 9.1 RGPD (concretamente recogido en el artículo 9.2, g)), y que puede constituir la base jurídica del tratamiento conforme al artículo 6.1, e) RGPD. Sin embargo, la cuestión es determinar el alcance y contenido del concepto de interés público en el ámbito de la protección de datos personales.

El legislador europeo reconoce en el considerando 10 del RGPD, y en relación con la determinación del interés público, un cierto margen de maniobra en favor del legislador nacional para que especifiquen “en mayor grado la aplicación de las normas del presente Reglamento”.

Primeramente, hay que destacar la relevancia de los términos empleados por el legislador. Para levantar la prohibición de tratamiento se exige que el interés público alegado sea esencial, mientras que, para que constituya base jurídica del tratamiento conforme al artículo 6, basta que haya un interés público, sin que este tenga la naturaleza de esencial. Esto responde, lógicamente, a la especial relevancia que tienen los datos protegidos por el artículo 9 RGPD, afectando a derechos fundamentales de gran trascendencia para todos los sujetos, por lo que a la hora de abordar el juicio de proporcionalidad debemos exigir un mayor refuerzo del bien constitucionalmente perseguido. El TC, en su Sentencia 76/2019, recogió que la injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales ha de responder a un fin constitucionalmente legítimo o dirigirse a la protección de un bien constitucionalmente relevante. El problema surge cuando el interés público es esgrimido por el legislador sin concretar más allá su contenido o limitaciones, debiendo entrar la autoridad judicial para controlar el ejercicio público en nombre del interés público.

Para que pueda alegarse el interés público esencial, el RGPD exige que la habilitación se realice sobre una base legal y conforme a los principios de proporcionalidad y adecuada protección. El legislador ha de determinar cuál es el interés público perseguido y cuál es el régimen de tratamiento de los datos. El TC afirma que la ley que establezca o se justifique en el interés público “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 49/1999).

Asimismo, como límites materiales encontramos el principio de proporcionalidad y de adecuada protección. Para ello se debe realizar el triple juicio que recoge la STC 207/1996, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El interés público, sustentado sobre una habilitación legal, ayuda a conseguir la protección de la igualdad sustancial exigida en nuestra constitución. Podemos argüir que, mediante la restricción del derecho fundamental a la protección de datos se ayuda a la consecución del fin constitucionalmente perseguido: la igualdad sustancial. Así, es posible defender que esta medida sería idónea para tal fin.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto; debemos tener presente que el derecho fundamental a la protección de datos no solo se ve afectado per se, sino que el contenido

del dato afectado está especialmente protegido por el legislador. Sin embargo, la propia CE impone el mandato de promover la igualdad real y efectiva entre todos los sujetos y los colectivos a los que pertenezcan. Ambos preceptos deben ser interpretados a la luz del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. En principio, una habilitación legal que permitiera invocar el interés público esencial con el fin de tratar los datos para adoptar planes de gestión de la diversidad de las personas LGTBI, podría pasar razonablemente el juicio de proporcionalidad estricta.

Finalmente, en cuanto al juicio de necesidad encontramos un debate que ha de ser puesto en relación con el resto de los apartados que componen este punto cinco del trabajo, en el que intentamos aportar posibles vías de solución legislativa para permitir tratar el dato de la orientación sexual e identidad de género de los empleados por sus empleadores. Sin embargo, es dudoso que este fin no se pueda conseguir por otros medios más adecuados para ello, como se verá más adelante.

En relación con el principio de adecuada protección. El TC recoge que:

La previsión legal y la legitimidad del fin perseguido son requisitos necesarios, pero no suficientes para fundamentar la validez constitucional de una regulación del tratamiento de datos personales, pues para ello se requieren también “garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático” (FJ 6º, STC 76/2019).

Es necesario destacar que este precepto ha de ser interpretado casuísticamente. Debe adecuarse al caso concreto y a la realidad empresarial en la que se traten los datos. No todas las empresas tratarán el dato de forma totalmente informática, pero no por ello dejará de ser un dato susceptible de protección conforme al artículo 18.4 CE.

La mejor forma de garantizar la adecuada protección del dato es que se establezca un régimen específico, restrictivo y sujeto a plazo temporal que permita delimitar la finalidad del tratamiento y el tiempo durante el que trata el dato relativo a la orientación sexual e identidad sexual y de género de los empleados.

Por lo tanto, para poder alegar un interés público es necesario: i) que exista una base legal; ii) que expresamente invoque el interés público y lo concrete; iii) que sea proporcional y establezca las garantías adecuadas de protección. Las empresas no pueden alegar el interés

público sin base que las legitime para ello. Además, es importante destacar que el interés público en sentido amplio puede coincidir con el interés privado, como en las actividades de fomento, en las que la Administración promueve un tipo de actividad privada que con el tiempo puede beneficiar al interés general (Guía jurídica Wolters Kluwer).

Una vez visto qué supone el interés público, determinar si las empresas pueden alegarlo como supuesto del artículo 9.2 constituye la clave de bóveda de este apartado. Sin duda hay empresas que alegan esta base jurídica al ejercer funciones de interés público (véase una biblioteca u hospital público de gestión privada). Sin embargo, ¿puede constituir interés público que el legislador permita a las empresas preguntar sobre la orientación sexual e identidad sexual y de género de sus trabajadores con el fin de implementar planes de gestión de la diversidad LGTBI? Es razonablemente posible defender que sí.

El Dictamen 06/2014, ya mencionado, reconoce que el cumplimiento del interés público es pertinente alegarlo tanto para el sector público como para el privado, en la que estos tienen una misión de interés público (y no necesariamente una obligación, de esta forma se salva la obligatoriedad general) y el tratamiento es necesario para el cumplimiento de la misión en cuestión.

Esta vía del interés público se articularía como sigue. Una Ley Orgánica LGTBI podría permitir a las empresas, como actores que dotan de un lugar donde las personas se desarrollan y se encuentran durante periodos muy considerables de tiempo, tratar los datos relativos a la orientación sexual y la identidad sexual y de género en cumplimiento de la promoción de la igualdad sustancial de las personas LGTBI, con el único fin de adoptar planes de gestión de la diversidad LGTBI, y siempre que estos estén sometidos a un plazo temporal concreto. Sin embargo, esta vía del cumplimiento de una misión de interés público esencial podría no ser válida si determinamos que existen otras formas más apropiadas para conseguir este fin. De tal forma, se debe poner en relación con el resto de vías que contempla el presente punto cinco pudiendo no superar el juicio de necesidad.

5.2.2. *Imponer obligación legal:*

En primer lugar, y como forma más directa de dotar a los empleadores de una base de tratamiento, encontramos la posibilidad de incluir en una norma con rango de ley la obligación de adoptar planes de gestión de la diversidad LGTBI que **incluya medidas de discriminación positiva**. Sin duda, es posible imponer una obligación legal sin que esta implique la adopción de este tipo de medidas, mas esto se desarrollará en el siguiente apartado.

La imposición de este tipo de medidas supone una forme radical de abordar el problema ya que éstas afectan al derecho fundamental a la protección de datos con el fin de que las empresas adopten medidas que, recordemos, muchas no desean adoptar. Además, esta obligación legal debe ser expresa, específica y sin que quede al arbitrio del empleador su cumplimiento, lo que haría que fueran de obligada adopción las medidas de discriminación positiva en absolutamente todas las empresas.

Asimismo, la posibilidad de que los planes de gestión de la diversidad LGTBI incluyan otras medidas como conferencias sobre la diversidad, talleres, dinámicas de grupo, etc., hacen que la adopción de medidas de discriminación positiva sean otra forma más, voluntaria, pero no la única, de fomentar la igualdad sustancial de las personas LGTBI.

Esta vía estaría claramente inspirada por la que se adoptó en materia de igualdad de género, con la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que imponía la obligación de implementar planes de igualdad en las empresas. Sin embargo, el dato relativo al género es totalmente distinto al relativo a la orientación sexual y la identidad sexual y de género. Ya hemos visto que este último está especialmente protegido y su tratamiento está muy limitado, tanto por el legislador europeo como por el nacional. Mas el dato relativo al género no se encuentra en la enumeración que realiza el artículo 9 RGPD, por lo que, aun mereciendo protección, no reviste de la especial trascendencia de la que puede dotarse a los tipos de datos del meritado artículo 9.

Sin embargo, antes de rechazar esta vía, es necesario realizar el pertinente examen de proporcionalidad exigible al legislador. Primeramente, en relación con la idoneidad. La

consecución de la igualdad material es un fin constitucionalmente defendible. Sin embargo, imponer una obligación legal supondría: i) o bien imponer una carga a absolutamente todas las empresas y empleadores; ii) o excluir del cumplimiento de la obligación a determinados empleadores (normalmente pequeños empleadores), lo que implicaría que estos que deseen adoptar planes de igualdad LGTBI con medidas de acción positiva se verían carentes de una base jurídica que legitimara su tratamiento. Por tanto, la vía de la obligación legal, a mi juicio, no podría superar el examen de idoneidad. En relación con la proporcionalidad en sentido estricto; considero que, como se argumentó en relación con la vía del interés público esencial, la imposición de una obligación legal que tiene como resultado un fin constitucionalmente legítimo ex artículo 9.2 y 14 CE, superaría este examen. Finalmente, en relación con el juicio de necesidad, más concretamente si existen vías menos lesivas que la de la obligación legal, es pertinente decir que sí. Existen vías como la de la modificación de la LOPD, que se desarrollará a continuación, o incluso la del interés pública esencial, que se adecúan mejor al fin propuesto, siendo menos lesivas tanto con el derecho de protección de datos, como con el principio de no discriminación.

5.2.3. Modificación LOPD:

Actualmente, la LOPD no permite tratar el dato relativo a la orientación sexual e identidad sexual y de género de los empleados ni contando con su consentimiento. Es entendible el carácter tuitivo que el legislador ha querido adoptar con el fin de proteger al trabajador de los posibles comportamientos discriminatorios por parte de sus empleadores. Sin embargo, esta prohibición absoluta se erige en una barrera insalvable cuando las empresas desean adoptar planes de gestión de la diversidad LGTBI que contengan medidas de discriminación positiva.

Una de las soluciones sería a través de la modificación de la LOPD, que recogiera supuestos específicos en los que el empleado pudiera válidamente prestar su consentimiento. Esto no es ninguna novedad. Por ejemplo, los datos relativos a la salud se excluyen de la prohibición absoluta del artículo 9.1 LOPD, cuando son igualmente categoría de datos especiales según lo dispuesto en el artículo 9.1 RGPD.

Sin embargo, esta modificación debe ser muy específica y concreta. Es decir, que no se permita una absoluta libertad al empleador para recoger los datos de orientación sexual e identidad sexual y de género, sino que se permita en la medida en la que vaya encaminado el tratamiento a cumplir con la implementación de planes de gestión de la diversidad LGTBI dentro de la organización, durante tiempo determinado y con las garantías exigibles conforme a la propia LOPD y el RGPD.

Considero que esta vía es la más conveniente por diversos motivos:

- Existen diversas formas de conseguir la igualdad del colectivo LGTBI, bien mediante la adopción de un plan de igualdad (conforme a la obligación legal del artículo 15 de la Ley LGTBI) o a través de medidas específicas no adscritas a un plan global (en particular en las empresas de menos de cincuenta trabajadores). Dotaría de mayor flexibilidad al empleador para ajustar sus medidas de igualdad a la realidad que vive su empresa.
- La existencia de una obligación legal no podría ser alegada por todas las empresas. Esto implica que las empresas de menos de cincuenta trabajadores, que no están obligadas a presentar el plan de igualdad LGTBI, no podrían adoptar medidas de discriminación positiva en caso de que se permitan estas con el fin de implementar dichos planes de igualdad. La modificación de la LOPD dotaría de una base general al conjunto de empleadores.
- La modificación de la LOPD supondría incorporar a esta norma una materia que le es propia. La LOPD regula supuestos relativos a la protección de datos de muy variada naturaleza (penal, crediticia, videovigilancia, entre otros). Incorporar un nuevo articulado supondría, simplemente, profundizar en un tema dentro del corpus normativo que le es propio. Por lo tanto, dotar de base del tratamiento en textos ajenos a la LOPD sería abordar una cuestión en un territorio que no le es propio.

Además, para que esta medida pueda llevarse adelante se ha de superar el juicio de proporcionalidad. En este sentido esta medida cumple con el principio de proporcionalidad, en cuanto a la idoneidad (si se desea alcanzar la igualdad material, cierto grado de acciones positivas es necesario) y proporcionalidad en sentido estricto (se persigue un fin

constitucionalmente exigible a la vez que se dota de garantías de protección al derecho fundamental), sino que en relación con el juicio de necesidad considero que también es favorable (por lo expuesto antes, la LOPD es el corpus propio en esta materia y en donde se deben abordar los cambios). Esto se debe a que en una modificación tan sustancial y que afecta a un derecho fundamental se debe concretar en su norma de desarrollo, lógicamente con las garantías que la Ley Orgánica prevé.

La modificación de la LOPD debería ir encaminada, en mi opinión, a excepcionar lo que de por sí ya supone una excepción. Es decir, debería permitir sólo a los efectos de elaborar y cumplir con los planes de igualdad de los empleadores, tratar los datos relativos a la orientación sexual tanto de sus empleados como de los candidatos en los procesos de selección. Para este caso, se podrá incorporar un apartado (o nuevo artículo) en el que se recoja: se presume válido el consentimiento prestado por el empleado o candidato en el proceso de selección para tratar el dato relativo a su orientación sexual e identidad sexual y de género, con el fin de elaborar y cumplir con las medidas de acción positivas previstas en los planes de igualdad conforme al artículo 15 de la Ley 4/2023, así como en los protocolos de consecución de la igualdad de personas LGTBI cuando estos empleadores no se encuentren legalmente obligados a elaborar un plan de igualdad conforme al artículo 15 de la Ley 4/2023 (Ley LGTBI). Esta se trataría de la redacción modelo del nuevo artículo que podría incorporarse en la LOPD y que permitiría:

- A las empresas que tengan obligación de implementar planes de igualdad: tratar el dato relativo a la orientación sexual con el fin de implementar políticas de discriminación positiva que se incluyan en dichos planes de igualdad.
- A las empresas que no tengan dicha obligación legal: implementar programas de igualdad que incluyan medidas de acción positivas sobre la base del consentimiento del empleado que, sola y exclusivamente en este caso, se presume no viciado con el único fin de implementar protocolos de igualdad LGTBI en la empresa.

La modificación de la LOPD dotaría de una excepción a las empresas que las permitiría adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas LGTBI, levantando la prohibición de tratamiento a través del supuesto del consentimiento del empleado.

Asimismo, la adopción de este tipo de medidas sería voluntaria para las empresas, lo que difiere con la obligación legal que puede suponerse excesivamente onerosa para los empleadores. Y, por último, esta medida se encontraría regulada en la LOPD principalmente, quedando incorporada en el corpus normativo básico de esta materia en España.

Sin embargo, y al tratarse de un derecho fundamental que requiere una especial protección, sería conveniente que en el cuerpo normativo de la Ley LGTBI se incorporara, de igual forma que se hizo en el cuerpo normativo de la Ley Orgánica 3/2007, en qué momentos de la relación laboral se pueden adoptar estas medidas de acción positiva. Así, también se limita la discrecionalidad del empleador en la implementación de medidas potencialmente lesivas de derechos y libertades fundamentales.

6. CONCLUSIONES:

En el S. I a.C., durante los turbulentos años finales de la República Romana, encontramos la figura de Sulpicio Rufo, que fue un opositor a Sila, lo que provocó que acabara en las listas de proscripciones de este último. Esto suponía que cualquier individuo le podría ejecutar y que, además, el individuo que lo hiciera sería recompensado. Finalmente, Rufo encontró la muerte a manos de su esclavo. Como recompensa por cumplir con el mandato de las proscripciones, ese esclavo fue manumitido para, posteriormente, ser ejecutado por ingratitud hacia su amo asesinado. Esto es precisamente lo que sucede con la relación entre protección de datos y la igualdad. Al final por cumplir con la estricta legalidad se producen dos muertes insalvables.

La igualdad constituye un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, a la cual nuestra Constitución dedica importantes artículos, como el 14 o el 9.2. Esta igualdad no se limita a una mera igualdad formal, sino que implica alcanzar cierto grado de igualdad sustancial que permita acabar con las situaciones históricamente discriminatorias hacia determinadas personas por su pertenencia a un grupo o colectivo.

En este contexto constitucional, los poderes públicos y también algunas empresas han buscado promover políticas de discriminación positiva en favor de las personas LGTBI. Sin embargo, esto choca de forma directa con el derecho a la protección de datos que, tanto la CE como nuestra legislación, protegen.

Este derecho se erige como una garantía nacida como consecuencia lógica de la aparición de las nuevas tecnologías que permiten un tratamiento y conocimiento de datos nunca antes imaginado.

Esta situación de colisión se produce por una legislación que se da la espalda. Efectivamente, el legislador cumple con el mandato constitucional de remoción de los obstáculos que eviten la consecución de una igualdad real cuando aprueba normas que concretan este objetivo. De igual manera, el derecho fundamental a la protección de datos requiere de una norma con rango de Ley Orgánica que la desarrolle, concretando aspectos

fundamentales de este derecho. Sin embargo, el legislador ha optado por desarrollar estos mandatos constitucionales de forma totalmente paralela e independiente entre sí.

Esto tiene como resultado que, desde el ámbito privado, desde las empresas, sea imposible adoptar medidas que podrían ser consideradas constitucionalmente legítimas. Solo el Estado, a través de disposiciones con rango de ley, se ha acordado de la necesidad de regular el tratamiento de este tipo de datos, con fin estadístico y para sí mismo.

Es necesaria, por tanto, la adopción de una regulación marco que dote a las empresas de la base jurídica, no solo para tratar, sino también, lógicamente, para levantar la prohibición de tratamiento del dato relativo a la orientación sexual e identidad sexual y de género.

El objetivo perseguido en este trabajo era determinar si existe base jurídica que permita tratar los datos relativos a la orientación sexual e identidad sexual y de género de los trabajadores por sus empleadores. Se ha desarrollado que, con la actual legislación, esto no es posible pudiendo incurrir en infracciones tipificadas como muy graves por el RGPD y la LOPD. Y es que, aunque el fin pueda ser loable, e incluso constitucionalmente legítimo en virtud del artículo 9.2 CE, actualmente no hay forma de llevar a cabo medidas de naturaleza positiva sin incurrir en infracción.

Sin embargo, a pesar de la ausencia de base de legitimización, se ha propuesto un enunciado que, por la vía del consentimiento estableciendo una presunción *iuris tantum* permita tratar, sólo con el fin de llevar a cabo políticas de discriminación activa en el contexto de los planes de igualdad, los datos relativos a la orientación sexual de los trabajadores.

La novísima Ley LGTBI no resuelve el problema del conflicto entre la igualdad material y el derecho fundamental a la protección de datos. Se centra en aspectos que, puestos en relación con el derecho a la protección de datos, quedan vacíos de contenido por la imposibilidad jurídica de llevarse a cabo. Pero es que, de igual forma, las actuales normas autonómicas también constituyen un brindis al sol.

La opción propuesta es la de modificar la actual LOPD por la importancia actual del derecho que se ve afectado. A mi juicio esta modificación supera el juicio de

proporcionalidad necesario para implementar este tipo de medidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como persigue un fin constitucionalmente legítimo.

Asimismo, establece una excepción a la prohibición absoluta de emplear el consentimiento como forma de levantar la prohibición de tratamiento de la orientación sexual prevista en el artículo 9.1 de la LOPD. Se erige, pues, como una excepción a la excepción.

Sin embargo, esta modificación implica acotar un caso concreto y específico, lo cual, por una parte, es un añadido de garantía para el derecho fundamental. Sin embargo, tampoco valoro positivamente reducir la legislación a casos concretos, perdiendo la abstracción y generalidad que siempre ha de primar en todas las disposiciones legislativas, escapando, en la medida de lo posible, de disposiciones creadas ad hoc, como sería el caso.

7. BIBLIOGRAFÍA:

Libros:

Casares García, M., Martínez Valderrey, V., Álvarez Marín, I. y Herráiz Gutiérrez, A. (2021). Sexo y género: estudio piloto sobre discriminación entre conceptos con una muestra española. R. Grana, Discursos, mujeres y artes: ¿construyendo o derribando fronteras? (p. 2032-2064

Cazurro Barahona, V. (2020). Origen y evolución del derecho fundamental a la protección de datos. Antecedentes y fundamentos del Derecho a la protección de datos (p. 19-46). J.M. Bosch Editor.

Domínguez Garriga, A. (2016). El derecho fundamental a la protección de datos personales. Nuevos retos para la protección de Datos Personales en la era del Big Data y la computación ubicua (p. 94-101). Dykinson.

Solana Dueso, J. (1997). Sofistas. C. García Gual (ed), Historia de la Filosofía Antigua. (p. 89-112). Trotta.

Artículos:

Bates, A. "Privacy—A Useful Concept?" 42 Social Forces, 429 (1964). Berger, Morroe, et al. Freedom and Control in Modern Society. New York, 1964

Berle, A. A., Jr. "The Protection of Privacy," 79 Political Science Quarterly, 162-68 (1964).

Bishop, J. W., Jr. "The Executive's Right of Privacy: An Unresolved Constitutional Question," 66 Yale Law Journal, 477 (1957).

Fernández Hernández, J., Hurtado Murillo, F., Montoya Castilla, I. y Méndez Platero, L. (2020). Sexo, género y sexualidad. Información psicológica debat, 120, 123-142.

García Hernández, L. (2011). Conflicto sexo-género: el concepto de alteridad en la minoría gitana. Universidad de Salamanca.

Heckscher, August. "The Invasion of Privacy: The Reshaping of Privacy," 28 American Scholar, 13 (1959).

Parents' Magazine (s.f.) "Do You Violate Your Teen-ager's Privacy?" Parents' Magazine, 48 (1960).

Warren, S. y Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, 193-220.

Referencias de internet:

AEPD (2022). Principios. Enlace: [Principios | AEPD](#). Última vez consultada el 4 – IV – 2023

Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 (adoptado el 8 de junio de 2017). Enlace: [ARTICLE29 - Opinion 2/2017 on data processing at work - wp249 \(europa.eu\)](#). Última vez consultado el 9 – XI – 2022.

Dictamen 06/2014, sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, de 9 de abril de 2014. Enlace: [Legitimate interest opinion \(aepd.es\)](#). Última vez consultado el 11 – XI – 2022.

Informe de Enmiendas al Anteproyecto, de 31 de enero de 1978 (no publicado en el Boletín Oficial de las Cortes; se puede hallar en la Página del Congreso en el siguiente enlace: [Elaboración y aprobación de la Constitución española de 1978 \(congreso.es\)](#); última vez consultada el 9 – XI – 2022.

Interés público. Guías jurídicas Wolters Kluwer; [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAyNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAExDNqDUAAAA=WKE#:~:text=El interés público es un concepto jurídico indeterminado,a continuación en relación con la Administración Pública.](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAyNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAExDNqDUAAAA=WKE#:~:text=El%20inter%C3%A9s%20p%C3%BAblico%20es%20un%20concepto%20jur%C3%ADdico%20indeterminado,a%20continuaci%C3%B3n%20en%20relaci%C3%B3n%20con%20la%20Administraci%C3%B3n%20P%C3%BAblica.) Última vez consultado el 9 – I – 2023.

Muñoz, O. (2019). La diversidad LGBT en el contexto laboral en España: Estudio sobre la situación de inclusión de las personas LGBT en el ámbito de trabajo. Enlace: [La-Diversidad-LGBT-en-el-Contexto-Laboral-en-Espana.pdf \(ie.edu\)](#). Última vez consultado el 5 – X – 2022.

Opinión 03/2013 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 2 de abril de 2013 (p. 38). Enlace: [Draft outline for WP29 opinion on “purpose limitation” \(europa.eu\)](#); última vez consultado el 10 – XI – 2022.

Pew Research Center (2013). Enlace: [The Global Divide on Homosexuality | Pew Research Center](#) Estudio sobre la aceptación de la homosexualidad en España y en el mundo. Última vez consultado el 20 – IX – 2022.

Real Academia Española. (s.f.). Diversidad. En *Diccionario de la lengua española*. Enlace: [diversidad | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#). Última vez consultada la página en 27 – XII - 2023.

Sentencias:

Auto del Tribunal Constitucional 257/1985, de 17 de abril, Fundamento Jurídico 2º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio, Fundamento Jurídico 6º y 7º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 6º y 7º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1989, de 22 de junio, Fundamento Jurídico 4º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001, de 4 de octubre, Fundamento Jurídico 4º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1989, de 31 de enero, Fundamento Jurídico 4º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio, Fundamento Jurídico 5º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto, Fundamento Jurídico 3º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1988, de 16 de febrero, Fundamento Jurídico 9º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio, Fundamento Jurídico 4º.

Sentencia del Tribunal Supremo 557/1991, de 8 de octubre, Fundamento Jurídico 3º

Sentencia nº 9875/2015 Corte de Casación Italiana, sección I, de 13 de mayo de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, Fundamento Jurídico 6º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 4º.

Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º

Sentencia del Tribunal Constitucional 272/2006, de 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 8º.

Legislación:

Anteproyecto de Constitución, de 5 de enero de 1978 (Boletín Oficial de Las Cortes de 5 de enero de 1978, Nº 44).

Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de las personas LGTBI, de 12 de septiembre de 2022 (Boletín Oficial de Las Cortes Generales de 2022, Nº 113-1)

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010 (DOUE de 30 de marzo de 2010).

Convenio colectivo de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, de 1 de enero de 2020 (BOE de 9 de marzo de 2022).

Convenio colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, de 1 de enero de 2019 (BOE de 17 de junio de 2020).

Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de Madrid (BOCM-20220813-1, de 13 de agosto de 2022).

Datenschutzgesetz - DSG), de 28 de noviembre de 1978, Bundesgesetzblatt für Die Republik Österreich.

Dictamen de la Comisión Mixta, Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución, de 28 de octubre de 1978 (Boletín Oficial de Las Cortes, Nº 170).

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE de 2 de diciembre de 2000).

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE de 23 de noviembre de 1995).

Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia (BOE de 26 de mayo de 2014).

Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (BOJA de 18 de julio de 2014).

Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE de 9 de julio de 2021).

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE de 16 de marzo de 2007).

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE de 1 de marzo de 2023).

Ley 5/2022, de 6 de mayo, de diversidad sexual y derechos LGTBI en Castilla-La Mancha (BOE de 25 de julio de 2022).

Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE de 25 de junio de 2016).

Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBIfobia de la Comunidad de Madrid (BOE de 30 de junio de 2016).

Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía (BOE de 6 de febrero de 2018).

Ley 8/2020, de 11 de noviembre, de garantía de derechos de las personas lesbianas, gais, trans, transgénero, bisexuales e intersexuales y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, de Cantabria (BOE de 10 de diciembre de 2020).

Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 20 de noviembre de 2014).

Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de la Comunidad Valenciana (BOE de 11 de enero de 2019).

Lei n.º 10/91, de 29 de abril, da Protecção de Dados Pessoais face à Informática (Diário da República n.º 98/1991, Série I-A de 1991-04-29, páginas 2366 – 2372).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (BOE de 21 de junio de 1994).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995).

Loi n° 78-17, de 6 Enero de 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE de 14 de octubre de 2020).

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre de 2015).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE de 4 de mayo de 2016).

Privacy Act de 31 de diciembre de 1974, Public Law 93-579.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 10 de marzo de 2010 (DOUE de 30 de marzo de 2010).

