

# DISCRIMINACIÓN EN EL LUGAR DE TRABAJO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

***Por qué la supervisión de la diversidad cultural en su plantilla europea no contradice el RGPD***

Autor: Prof. Lokke Moerel\*

*A continuación, se incluye la contribución al blog del FPF de Lokke Moerel, profesor de Derecho Global de las TIC en la Universidad de Tilburg y abogado en Morrison & Foerster (Bruselas). Esta entrada es un resumen de un artículo académico más extenso que puede descargarse aquí.*

*El blog colaborativo refleja únicamente la opinión del autor. Las entradas del blog no reflejan necesariamente las opiniones del FPF.*

**"Se ha dicho que las cifras gobiernan el mundo. Puede ser. Pero yo estoy seguro de que las cifras nos muestran si se gobierna bien o mal". - Johann Wolfgang von Goeth**

## 1. Introducción

Es un hecho constatado que la discriminación persiste en los mercados laborales actuales,<sup>1</sup> a pesar de que las leyes de la UE contra la discriminación y en favor de la igualdad, tales como la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, prohíben específicamente las prácticas que sitúan a los empleados en una situación de desventaja por motivos de origen racial o étnico.<sup>2</sup> En un mercado en el que hay una gran escasez de talento,<sup>3</sup> vemos que los departamentos de RRHH luchan por eliminar la discriminación en el lugar de trabajo y crear una cultura inclusiva para poder contratar y apoyar a una plantilla cada vez más diversa. En la actualidad, muchas empresas han adoptado políticas destinadas a promover la

---

\* Dña. Moerel agradece a Annabel Gillham, socia de Morrison & Foerster en Londres, su valiosa aportación a una versión anterior de este artículo.

<sup>1</sup> Para estadísticas recientes, véase "Una Unión de la Igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025", [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/a\\_union\\_of\\_equality\\_eu\\_action\\_plan\\_against\\_racism\\_2020\\_-2025\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020_-2025_en.pdf), página 2, en la que se hace referencia a una amplia gama de encuestas realizadas por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y se pone de manifiesto los altos niveles de discriminación en la UE, siendo el nivel más alto el del mercado laboral (29%), tanto en lo que se refiere a la búsqueda de empleo como al trabajo.

<sup>2</sup> Véase, en particular, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico ("**Directiva sobre la Igualdad Racial**"), *Diario Oficial L 180* de 19/07/2000, páginas 0022-0026. La lucha contra la discriminación y otros tipos de intolerancia a escala europea se basa en un marco jurídico comunitario establecido, que a su vez se fundamenta en determinadas disposiciones de los Tratados europeos (artículos 2 y 9 del Tratado de la Unión Europea (TUE), artículos 19 y 67(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y en los principios generales de no discriminación e igualdad, también consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (en particular, los artículos 20 y 21).

<sup>3</sup> WEF, Empleos del Mañana, Trazando el mapa de las oportunidades en la nueva economía, enero de 2020 ("**Informe del WEF**"), [WEF\\_Jobs\\_of\\_Tomorrow\\_2020.pdf](https://www.weforum.org/publications/jobs-of-tomorrow-2020/) (weforum.org). Véase también aquí.

diversidad, la equidad y la inclusión (DEI) en sus empresas y ha surgido la necesidad de supervisar y evaluar sus resultados en materia de DEI.

Sin una supervisión adecuada, los esfuerzos de DEI pueden carecer de sentido o incluso ser contraproducentes.<sup>4</sup> Por poner un ejemplo sencillo, se sabe que la tutoría informal es un factor fundamental para las promociones internas, y que las mujeres y las minorías tienen menos acceso a ella.<sup>5</sup> Las empresas que ponen en marcha un programa formal de tutoría interna para hacer frente a este desequilibrio desearían comprobar si el programa está atrayendo a las minorías para que participen en él y logrando su objetivo de promover la equidad. De no ser así, el programa podría, involuntariamente, exacerbar las desigualdades existentes. Por lo tanto, es necesario supervisar el programa para evaluar si realmente da lugar a promociones más equitativas en toda la plantilla o si deben introducirse cambios en el programa.

La pregunta clave que deben hacerse los directivos de las empresas es la siguiente:  
¿Realmente queremos esperar a que nos demanden para darnos cuenta de que nuestro registro de DEI no es correcto?

*Harvard Business Review,*  
Julio 2022

Las empresas dudan en supervisar estas políticas en la UE basándose en un mito aparentemente persistente de que el Reglamento General de Protección de Datos de la UE 2016/679 (RGPD) prohibiría tales prácticas. Este Artículo pone de manifiesto que en realidad es todo lo contrario. En los casos en que la discriminación, la falta de igualdad de oportunidades o la desigualdad salarial en el lugar de trabajo son generalizadas, la supervisión de los datos de DEI es un requisito previo para que los empresarios puedan cumplir las leyes contra la discriminación y de igualdad de los empleados, y defenderse

adecuadamente frente a cualquier reclamación.<sup>6</sup>

Por razones históricas,<sup>7</sup> la recopilación de datos raciales o étnicos se considera especialmente delicada en muchos Estados miembros de la UE. Las leyes de privacidad de la UE establecen un

<sup>4</sup> Véase una lista de ejemplos por los que las políticas de diversidad pueden fracasar:

<https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>. Véase asimismo *Diversidad basada en datos* (hbr.org): “Según Iris Bohnet, de Harvard Kennedy School, las empresas estadounidenses gastan unos 8.000 millones de dólares al año en formación sobre DEI, pero obtienen muy pocos resultados. El fenómeno no es nuevo: un importante estudio realizado en 2006 por Alexandra Kalev, Frank Dobbin y Erin Kelly reveló que muchos programas de formación en diversidad apenas aumentaban la representación de las mujeres y las minorías en los puestos directivos”

<sup>5</sup> Las investigaciones demuestran que la falta de redes sociales y de tutoría y patrocinio es un factor limitante para la promoción de las mujeres, pero esto es aún más evidente en el caso de la diversidad cultural, debido a la falta de una “red social puente”, una red que permita establecer conexiones con otros grupos sociales, véase Putnam, R.D. (2007) “E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-first Century”, *Scandinavian Political Studies*, 30 (2), pp. 137-174. Si bien los hombres blancos tienden a encontrar tutores por su cuenta, las mujeres y las minorías necesitan más a menudo la ayuda de programas oficiales.

La introducción de tutorías oficiales revela resultados reales: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>.

<sup>6</sup> La cita se ha extraído de <https://hbr.org/2022/03/data-driven-diversity>.

<sup>7</sup> Históricamente, se han dado casos de uso indebido de datos recopilados por las Oficinas Nacionales de Estadística (y otras), con repercusiones extremadamente perjudiciales para los derechos humanos; véase Luebke, D. & Milton, S. 1994, “Locating the Victim: An Overview of Census-Taking, Tabulation Technology, and Persecution in Nazi Germany”, *IEEE Annals of the*

régimen especial para recopilar categorías de datos sensibles, como los que revelan el origen racial o étnico, la discapacidad y la religión, basándose en el supuesto subyacente de que la recopilación y el tratamiento de tales datos aumentan el riesgo de discriminación.

Sin embargo, cuando los orígenes raciales o étnicos son “visibles” como cuestión de hecho para los responsables de la selección de personal y los directivos, las personas pertenecientes a grupos minoritarios pueden ser objeto de discriminación sin que se registre ningún dato. Por lo tanto, únicamente se puede detectar una posible discriminación y eliminar los prejuicios de las prácticas existentes mediante el registro de los datos.<sup>8</sup>

El origen racial, como el género, es una cuestión de hecho... Por lo tanto, los registros étnicos deben considerarse un elemento esencial para lograr la igualdad racial, ya que sin ellos sería difícil determinar la naturaleza o el alcance de la desigualdad, los ámbitos en los que es más necesario actuar y si las medidas destinadas a reducir la desigualdad están teniendo éxito.

Comisión para la Igualdad Racial del Reino Unido, 2020

Se ha planteado un problema similar en relación con el uso de herramientas basadas en inteligencia artificial (IA). A menudo vemos en las noticias que el desarrollo de algoritmos conduce a resultados discriminatorios.<sup>9</sup> Si los algoritmos de aprendizaje automático discriminan, no es porque haya un error en el algoritmo, sino porque los datos utilizados para entrenar el algoritmo están “sesgados”.

Únicamente cuando se sabe qué individuos pertenecen a grupos vulnerables se puede hacer que el sesgo en los datos sea transparente y que los algoritmos se puedan ejercitar adecuadamente.<sup>10</sup> También en

este caso, no es el *registro* de los datos sensibles lo que está mal, son los humanos los que discriminan, y el registro de los datos *detecta* este sesgo. Las empresas deben ser conscientes de que el principio de “imparcialidad” contemplado en el RGPD no puede alcanzarse por desconocimiento. En otras palabras, el **desconocimiento de la raza** no es **neutral con respecto a la raza**, y el **desconocimiento** no equivale a **equidad**. El hecho de que los datos sensibles puedan recopilarse

*History of Computing*, Vol. 16 (3). Véase también W. Seltzer y M. Anderson, “The dark side of numbers: the role of population data systems in human rights abuses”, *Social Research*, Vol. 68, n° 2 (summer 2001), donde los autores informan de que, durante la Segunda Guerra Mundial, varios países europeos, entre ellos Francia, Alemania, Países Bajos, Noruega, Polonia y Rumanía, abusaron de los sistemas de registro de población para contribuir a la persecución nazi de judíos, gitanos y otros grupos de población. La población judía sufrió una tasa de mortalidad del 73% en los Países Bajos. En Estados Unidos, está documentado el uso indebido de datos demográficos sobre los nativos americanos y los japoneses americanos durante la Segunda Guerra Mundial. En la Unión Soviética, los microdatos (incluidos nombres y direcciones concretos) se utilizaron para seleccionar poblaciones minoritarias para la migración forzosa y otros abusos contra los derechos humanos. En Ruanda, las categorías de las tribus hutu y tutsi que la administración colonial belga introdujo en el sistema de registro en la década de 1930 se utilizaron para planificar y colaborar en los asesinatos masivos de 1994.

<sup>8</sup> La cita se ha extraído de la Comisión para la Igualdad Racial (2000), “Why Keep Ethnic Records? Questions and answers for employers and employees” (Londres, Comisión para la Igualdad Racial).

<sup>9</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, las “herramientas de prevención de la delincuencia” resultaron discriminatorias para las minorías étnicas. La policía paraba y registraba a más minorías étnicas y, como consecuencia, este grupo también presentaba más condenas. Si se utilizan estos datos para crear un algoritmo, éste asignará una puntuación de riesgo más alta a este grupo. La discriminación por algoritmos es, por tanto, un reflejo de la discriminación que ya se está produciendo “sobre el terreno”. <https://www.cnsnews.com/news/article/barbara-hollingsworth/coalition-predictive-policing-supercharges-discrimination>.

<sup>10</sup> Véase L. Moerel, “Algorithms can reduce discrimination, but only with proper data,” *Op-ed IAPP Privacy Perspectives*, Nov. 16, 2018, <https://iapp.org/news/a/algorithms-can-reduce-discrimination-but-only-with-proper-data/>.

legítimamente para estos fines con arreglo a la legislación europea en materia de protección de datos<sup>11</sup> está previsto explícitamente en la propuesta de Ley de AI.<sup>12</sup>

Por consiguiente, no es sorprendente que los grupos de interés minoritarios que representan a los grupos cuya privacidad está realmente en juego, aboguen activamente por dicha recopilación de datos y supervisión. Del mismo modo, las instituciones de la UE e internacionales consideran inequívocamente que la recopilación de datos de DEI es indispensable para la supervisión y la elaboración de informes a fin de luchar contra la discriminación. Además, las instituciones de la UE confirman explícitamente que el RGPD no debe considerarse un obstáculo que impida la recopilación de datos de DEI, sino que establece las condiciones en las que se permite la recopilación y el tratamiento de dichos datos.

A partir de 2024, las grandes empresas de la UE estarán sujetas a exigencias de divulgación sobre el cumplimiento de las normas medioambientales, sociales y de gobernanza (**ESG**) en virtud de la próxima Directiva de la UE de Informes de Sostenibilidad Corporativa (**CSRD**). La Directiva CSRD exige a las empresas que informen sobre los impactos adversos reales o potenciales en su mano de obra con respecto a la igualdad de trato y de oportunidades, que son difícilmente medibles sin la recopilación y la supervisión de los datos de DEI.

En la actualidad, la normativa sobre recopilación y tratamiento de datos de DEI se deja principalmente en manos de los Estados miembros. La legislación de la UE en materia de igualdad y lucha contra la discriminación no impone a las empresas la obligación de recopilar datos de DEI con fines de supervisión, pero tampoco prohíbe su recopilación. A falta de un requisito o prohibición específicos, el tratamiento de los datos de DEI está regulado por el RGPD. El RGPD prevé amplias facultades discrecionales para que los Estados miembros establezcan bases jurídicas en sus legislaciones nacionales para el tratamiento de datos de DEI con fines de supervisión. En la práctica, sin embargo, la mayoría de los Estados miembros no han aprovechado la oportunidad que les brinda el RGPD para establecer una base jurídica específica en sus legislaciones nacionales para el tratamiento de datos raciales o étnicos con fines de supervisión (con notables excepciones).<sup>13</sup> En consecuencia, la

---

<sup>11</sup> Véanse también las orientaciones del Comisario de Información del Reino Unido (ICO) sobre IA y protección de datos, “Orientaciones sobre IA y protección de datos | ICO”. En publicaciones anteriores, he argumentado que el tratamiento específico de datos sensibles en virtud del RGPD ya no tiene sentido. Cada vez está menos claro si los elementos de datos específicos son sensibles. Por el contrario, la atención debe centrarse en si el uso de dichos datos es sensible. El tratamiento de datos raciales y étnicos para eliminar la discriminación en el lugar de trabajo es un ejemplo de uso no sensible, siempre que se apliquen medidas técnicas y organizativas rigurosas para garantizar que los datos no se utilicen con otros fines. Véanse <https://iapp.org/news/a/gdpr-conundrums-processing-special-categories-of-data/> y <https://iapp.org/news/a/11-drafting-flaws-for-the-ec-to-address-in-its-upcoming-gdpr-review/>.

<sup>12</sup> El Artículo 10(2) sub. 5 de la propuesta de Ley de AI permite la recopilación de categorías especiales de datos con fines de supervisión sesgada, siempre que se establezcan las salvaguardias adecuadas tales como la seudonimización.

<sup>13</sup> Una excepción reseñable es el Reino Unido, que mucho antes de su salida de la UE, promulgó leyes para la recopilación de datos raciales y étnicos con el fin de cumplir los requisitos de la condición de *interés público sustancial* tanto a efectos de “Igualdad de oportunidades o de trato” como de “Diversidad racial y étnica en los puestos directivos”, y además previó criterios para el tratamiento de datos étnicos con fines estadísticos, véase el Anexo 1 de la Ley de Protección de Datos del Reino Unido de 2018 (heredada de su predecesora, la Ley de Protección de Datos de 1998), y la Guía del Comisionado de Información sobre

recopilación y el tratamiento de los datos de DEI con fines de supervisión se realiza de forma voluntaria, solicitando a los empleados que respondan a encuestas basadas en la autoidentificación. Esto está en consonancia con el RGPD, el cual contempla una excepción general que permite a las organizaciones tratar los datos de DEI basándose en el consentimiento explícito de las personas afectadas, *en la medida en que los Estados miembros no hayan excluido esta opción en sus legislaciones nacionales*. En la práctica, los Estados miembros **no** han hecho uso de esta facultad discrecional; no han excluido la posibilidad de acogerse al consentimiento explícito para la recopilación de datos de DEI. Esto convierte al consentimiento explícito en una opción válida, pero también la única viable en la práctica, para recopilar datos de DEI con fines de supervisión.<sup>14</sup> Tanto las directrices sobre derechos humanos como el propio RGPD facilitan esta supervisión, siempre que existan salvaguardias para proteger el uso indebido de los datos pertinentes de conformidad con el principio de minimización de datos y los requisitos de privacidad desde el diseño.<sup>15</sup> Ahora vemos que se están desarrollando las mejores prácticas sobre cómo supervisar los datos de DEI limitando al mismo tiempo el impacto sobre la privacidad de los empleados, lo que es totalmente acertado. En diversos estudios, la recopilación de datos raciales o étnicos para la supervisión se describe acertadamente como “una necesidad problemática, un proceso que en sí mismo requiere una supervisión constante...”.<sup>16</sup>

## 2. Hacia la obligación efectiva de supervisar la discriminación en el lugar de trabajo

En aquellos casos en los que la discriminación en el lugar de trabajo es generalizada, es fundamental supervisar los datos de DEI para cuantificar la discriminación en dichos lugares de trabajo, a fin de que los empresarios puedan cumplir la legislación en materia de igualdad y antidiscriminación. Tal y como se ha indicado anteriormente, la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico no establece ningún requisito general para recopilar, analizar y utilizar los datos de DEI. Sin embargo, esta Directiva contempla un cambio en la responsabilidad probatoria.<sup>17</sup> Si un demandante establece hechos que permiten presumir *prima facie*

---

datos de categoría especial, 2018. El Anexo 1 contempla asimismo criterios específicos para cumplir los requisitos de la condición de fines estadísticos.

Véase aquí. Otra excepción son los Países Bajos, que permiten el tratamiento limitado de datos raciales y étnicos (limitado al país de nacimiento y a los países de nacimiento de los padres o abuelos) por razones de *interés público sustancial*.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en los Países Bajos, está generalmente aceptado que la recogida de datos sobre DEI pueda realizarse de forma voluntaria. Véase el Consejo Económico y Social neerlandés, “*Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid*”, *Charter Document*, pp. 7-10, diciembre de 2021. Véase también el informe titulado “*Het moet wel werken*”, p. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

<sup>15</sup> El Manual Europeo en materia de Datos sobre Igualdad (2016) ofrece una visión global del modo en que pueden recopilarse los datos sobre igualdad, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-en>; Grupo de Alto Nivel de la UE sobre Igualdad y Diversidad no Discriminatorias, “*Guidelines on improving the collection and use of equality data*”, 2021, [https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance\\_note\\_on\\_the\\_collection\\_and\\_use\\_of\\_equality\\_data\\_based\\_on\\_racial\\_or\\_ethnic\\_origin\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf). Véanse también los informes enumerados en la nota al final anterior.

<sup>16</sup> Bonnett y Carrington 2000, p. 488.

<sup>17</sup> Artículo 8 de la Directiva sobre Igualdad Racial.

la existencia de discriminación, corresponderá al empresario demostrar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. En caso de que la discriminación en el lugar de trabajo sea generalizada, será fácil establecer un caso prima facie, y corresponderá al empresario refutar cualquier alegación de este tipo, lo que será difícil sin ningún tipo de recopilación de datos y supervisión. El argumento de que el RGPD no permite el tratamiento de tales datos no eximirá al empresario de su responsabilidad probatoria. Véase, en un sentido similar, *European Committee of Social Rights, European Roma Rights Centre v. Greece* <sup>18</sup>:

### Recopilación de datos

El Comité observa que, en relación con su intención de evaluar la alegación de discriminación contra los romaníes formulada por la entidad denunciante, el Gobierno ha manifestado hasta hace poco que no podía proporcionar ninguna estimación del tamaño de los grupos afectados. Para justificar su postura, alude a obstáculos legales y, más específicamente, constitucionales. El Comité considera que cuando la recopilación y el almacenamiento de datos personales [están] restringidos por tales razones, pero también se reconoce de forma general que un grupo concreto es o podría ser objeto de discriminación, las autoridades tienen la responsabilidad de encontrar medios alternativos para evaluar el alcance del problema y avanzar hacia su resolución sin estar sometidos a tales restricciones constitucionales”.

Desde 1989,<sup>19</sup> todas las instituciones pertinentes de la UE e internacionales han afirmado, cada vez con mayor urgencia, que la recopilación de datos sobre DEI con fines de supervisión y elaboración de informes es indispensable para luchar contra la discriminación.<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025<sup>21</sup> (el “**Plan de Acción**”), en el que la Comisión Europea manifiesta explícitamente:

Disponer de datos precisos y comparables es esencial para que los responsables políticos y los ciudadanos puedan evaluar la magnitud y la naturaleza de la discriminación sufrida y para diseñar,

<sup>18</sup> Demanda nº 15/2003, decisión sobre el fundamento, 8 de diciembre de 2004, § 27.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la Recomendación núm. 4 de política general de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) relativa a las encuestas nacionales sobre la experiencia y la percepción de la discriminación y el racismo desde el punto de vista de las víctimas potenciales, aprobada el 6 de marzo de 1998.

<sup>20</sup> Véase el Informe elaborado para la Comisión Europea, “Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union Data collection in the field of ethnicity”, 2017, [data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1#:~:text=El%20Manual%20Europeo%20sobre%20Igualdad,para%20lograr%20progresos%20hacia%20la%20igualdad) (europa.eu), <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1#:~:text=El%20Manual%20Europeo%20sobre%20Igualdad,para%20lograr%20progresos%20hacia%20la%20igualdad>. Por ejemplo, el Manual Europeo en materia de Datos sobre Igualdad, que databa inicialmente de 2007, ya señalaba que “La supervisión es quizá la medida más eficaz que puede adoptar una empresa para garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de igualdad.” El manual se actualizó en 2016 y ofrece una visión global del modo en que pueden recopilarse los datos sobre igualdad, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cd5d60a3-094d-11e7-8a35-01aa75ed71a1/language-es>.

<sup>21</sup> Plan de Acción de la UE Antirracismo 2020–2025, p. 15.

adaptar, supervisar y evaluar las políticas. Para ello es necesario desglosar los datos en función del origen étnico o racial.<sup>22</sup>

En el Plan de Acción, la Comisión Europea señala que los datos sobre igualdad siguen siendo escasos, “ya que algunos Estados miembros recopilan dichos datos, *mientras que otros evitan conscientemente este enfoque*”. Asimismo, el Plan de Acción establece medidas significativas para garantizar la recopilación de datos fiables y comparables sobre la igualdad a escala europea y nacional.<sup>23</sup>

Únicamente podemos supervisar los avances si disponemos de datos desglosados por sexo, edad, raza, etnia, ingresos, estatus migratorio, discapacidad y otras características relacionadas con los motivos de discriminación prohibidos por la legislación sobre derechos humanos. Sólo si hacemos un seguimiento de los avances de los distintos grupos de población, en todos los países, podremos garantizar no dejar a nadie atrás.

Zeid Ra'ad Al Hussein,  
Alto Comisionado de las Naciones Unidas para  
los Derechos Humanos (2018)

A nivel internacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adopta un enfoque aún más firme, ya que considera que la recopilación de datos de DEI que permiten desglosar los datos para diferentes grupos de población forma parte de las obligaciones de los gobiernos en materia de derechos humanos. Véase el informe de la ONU de 2018, “Un enfoque de los datos basado en los derechos humanos, no dejar a nadie atrás en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible” (el “Informe de la ONU”):<sup>24</sup>

La recopilación y el desglose de datos que permiten comparar grupos de población son fundamentales para un EBDH [enfoque basado en derechos humanos] de los datos y forman parte de las obligaciones de los diferentes Estados en materia de derechos humanos.<sup>25</sup> Los datos desglosados pueden proporcionar información sobre el alcance de posibles desigualdades y discriminaciones.

El Informe de la ONU señala que esto estaba implícito en tratados anteriores, pero que “los tratados adoptados más recientemente hacen referencia específica a la necesidad de recopilar datos y

<sup>22</sup> Véase una declaración similar, aunque más extensa, en el Informe 2021 de la Comisión Europea sobre la evaluación de la Directiva relativa a la igualdad racial, p. 14, [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report\\_on\\_the\\_application\\_of\\_the\\_racial\\_equality\\_directive\\_and\\_the\\_employment\\_equality\\_directive\\_en](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/report_on_the_application_of_the_racial_equality_directive_and_the_employment_equality_directive_en).

<sup>23</sup> Plan de Acción de la UE Antirracismo 2020-2025, p. 21, en referencia a: Niall Crowley, “Making Europe more Equal: A Legal Duty?” [https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positive\\_equality\\_duties-finalweb.pdf](https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positive_equality_duties-finalweb.pdf), que informa sobre los Estados miembros que ya prevén esta obligación legal positiva. Véase en la pág. 16 una visión general de las obligaciones preventivas explícitas que exigen a las empresas la adopción de medidas no especificadas para prevenir la discriminación, trasladando la responsabilidad de actuar de las personas discriminadas a los empleadores. Estas obligaciones pueden estimular la introducción de nuevas políticas, procedimientos y prácticas organizativas sobre estas cuestiones.

<sup>24</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>

<sup>25</sup> Por ejemplo, el objetivo 17.18 de la Agenda 2030 requiere que los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Social se desglosen por ingresos, sexo, edad, raza, etnia, situación migratoria, discapacidad, ubicación geográfica y otras características pertinentes en los contextos nacionales.

estadísticas desglosadas”. Véase, por ejemplo, el Artículo 31 de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>26</sup>

Muchos de los informes mencionados anteriormente indican explícitamente que el RGPD no debe ser un obstáculo para la recopilación de estos datos. Por ejemplo, en 2021, el Grupo de Alto Nivel de la UE sobre Igualdad, Diversidad y No Discriminación publicó las “Directrices para mejorar la recopilación y el uso de datos sobre igualdad”<sup>27</sup> en las que se establece explícitamente lo siguiente:

A veces se entiende que los requisitos de protección de datos prohíben la recopilación de datos personales como el origen étnico, la religión o la orientación sexual de una persona. Sin embargo, como muestra la siguiente explicación, el Reglamento General de Protección de Datos europeo (RGPD), que es directamente aplicable en todos los Estados miembros de la UE desde mayo de 2018, establece las condiciones en las que [se] permite la recopilación y el tratamiento de dichos datos.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos opinó incluso que la Comisión Europea debería iniciar un procedimiento por infracción cuando un Estado miembro interprete erróneamente las leyes de protección de datos al considerar que no permiten la recopilación de datos por motivos de origen racial y étnico.<sup>28</sup>

El quinto mito es que el RGPD excluye los datos sobre igualdad. Se trata de un mito peligroso, que a veces se instrumentaliza y se utiliza como excusa. En realidad, el RGPD es un instrumento más sofisticado de lo que se supone y es fundamental consultar a las autoridades de protección de datos a la hora de elaborar políticas sobre la recopilación de datos

**Michael O'Flaherty, Director de la  
Agencia de los Derechos  
Fundamentales (FRA) (2021)**

Habida cuenta de lo anterior, los empresarios que aluden a los requisitos del RGPD para evitar la recopilación de datos de DEI con fines de supervisión parecen estar más motivados por el deseo de evitar el escrutinio en el lugar de trabajo que por una verdadera preocupación por la privacidad de sus empleados.<sup>29</sup> Los empleados cuya privacidad está en juego son exactamente los que están potencialmente expuestos a la discriminación. Aun a riesgo de afirmar lo obvio, apelar al RGPD como una prohibición de recopilar datos de DEI a fin de que las empresas eviten o se vean limitadas a la hora de detectar la discriminación de estos grupos es contrario a la finalidad del RGPD. El GDPR trata de

preservar la privacidad de los empleados al tiempo que los protege contra la discriminación.

<sup>26</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, p. 15, nota al pie 27.

<sup>27</sup> Grupo de Alto Nivel de la UE sobre Igualdad y Diversidad sin Discriminación, “Guidelines on improving the collection and use of equality data”, 2021, p.11, [https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance\\_note\\_on\\_the\\_collection\\_and\\_use\\_of\\_equality\\_data\\_based\\_on\\_racial\\_origin\\_ethnic\\_orfinal.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_origin_ethnic_orfinal.pdf).

<sup>28</sup> Naciones Unidas, “End-of-mission statement on Romania”, Profesor Philip Alston, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16737&LangID=E#sthash.42v5AeFT.dpuf>.

<sup>29</sup> Cita de Michael O'Flaherty, Director de la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA), Informe de la mesa redonda sobre datos de igualdad, 30 de diciembre de 2021, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data\\_post-event-report.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data_post-event-report.pdf)

"Sin medir y cuantificar el alcance de la discriminación y las desigualdades en Europa, resulta muy difícil abordarlas con eficacia. Los datos sobre igualdad pueden proporcionar herramientas muy eficaces contra la discriminación y la exclusión, arrojando luz sobre la situación de los grupos que corren riesgo de ser discriminados. Por eso pedimos más datos para medir la discriminación y garantizar la igualdad de resultados"

Red Europea contra el Racismo,  
declaración política en el sitio web

No es sorprendente que los grupos de interés minoritarios, los cuales representan a los grupos cuya privacidad está realmente en juego, aboguen activamente por dicha recopilación de datos y supervisión. Si algo les preocupa en cuanto a la recopilación de datos sobre DEI con fines de supervisión es que estos grupos a menudo no se sienten representados en la **categorización** de los datos recopilados. Si los datos son demasiado genéricos o no permiten separar las desigualdades transversales (como ser mujer y pertenecer a una minoría), los grupos vulnerables específicos pueden quedar fuera del alcance de la supervisión de DEI y, por lo tanto, fuera del alcance de las posibles medidas políticas de DEI. Es un hecho ampliamente reconocido que ya el *establecimiento de las categorías* puede representar un sesgo, y el principio básico de

los marcos de derechos humanos pertinentes para la recopilación de datos de DEI es involucrar a las partes interesadas minoritarias en un proceso ascendente de selección de indicadores (el principio de derechos humanos de *participación*),<sup>30</sup> y además garantizar que la recopilación de datos se basa en el principio de *autoidentificación*, el cual requiere que las encuestas permitan en todo momento respuestas libres (incluida la ausencia de respuestas), e identidades múltiples (véase el apartado 4 relativo al principio de los derechos humanos de autoidentificación)

### 3. Información sobre ESG

En virtud de la próxima Directiva CSRD,<sup>31</sup> las grandes empresas<sup>32</sup> estarán sujetas a exigencias de divulgación sobre cuestiones de ESG a partir de 2024 (es decir, en sus informes anuales publicados en 2025).<sup>33</sup> La Comisión Europea se encargará de establecer las normas de información y ha pedido al Grupo Consultivo Europeo en materia de Información Financiera (**EFRAG**) que proporcione recomendaciones para estas normas. En noviembre de 2022, el EFRAG publicó el primer borrador de normas. Actualmente, la Comisión Europea está realizando consultas a los organismos pertinentes de la UE y a los Estados miembros, antes de aprobar las normas como actos delegados en junio de 2023.

<sup>30</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), "Human Rights Indicators, A Guide to Measurement and Implementation", 2012 (Guía de la ACNUDH), Capítulo III sub. A (Consideraciones éticas, estadísticas y de derechos humanos en la selección de indicadores), p. 46, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf).

<sup>31</sup> Véase la Directiva sobre informes de sostenibilidad de las empresas (10 de noviembre de 2022), en el punto (4) del artículo 1, disponible aquí.

<sup>32</sup> Los nuevos requisitos de información sobre sostenibilidad de la UE se aplicarán a todas las grandes empresas que cumplan dos de los tres siguientes criterios: más de 250 empleados, 40 millones de euros de ingresos netos o más de 20 millones de euros registrados en el balance, coticen o no en bolsa. A las pequeñas y medianas empresas que coticen en mercados públicos se les aplicarán normas de información menos estrictas.

<sup>33</sup> Véase el artículo 1 (Modificaciones de la Directiva 2013/34/UE) subapartado (8), que introduce el nuevo capítulo 6a Normas de información sobre sostenibilidad, en virtud del cual la Comisión Europea adoptará un acto delegado, en el que se especificará la información que las empresas deben divulgar sobre los factores sociales y humanos, que comprenden la igualdad de trato y de oportunidades para todos, incluidas las disposiciones sobre diversidad.

Uno de los borradores de normas de información prevé una norma sobre la información relativa a la propia plantilla de la empresa (Norma Europea de Información sobre Sostenibilidad S1 (**ESRS S1**)).<sup>34</sup> Esta norma exige una explicación general del enfoque de la empresa que identifique y gestione cualquier impacto material, real y potencial sobre su propia plantilla en relación con la *igualdad de trato y de oportunidades para todos*, incluyendo “la igualdad de género y la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor” y la “diversidad”. De las definiciones recopiladas en la ESRS S1 se desprende que la “igualdad de trato” implica que no habrá ninguna discriminación directa o indirecta basada en criterios como el género y el origen racial o étnico; la “igualdad de oportunidades” se refiere a un acceso equitativo y no discriminatorio a las oportunidades de educación, formación, empleo, desarrollo profesional y ejercicio de poder sin que ninguna persona se vea desfavorecida por criterios como el género y el origen racial o étnico.

La ESRS S1 incluye un capítulo específico sobre métricas y objetivos, que establece la obligatoriedad de informar públicamente sobre métricas relativas a una serie de características específicas de la plantilla de una empresa, entre las que se incluye el género, pero no el origen racial o étnico.<sup>35</sup> Sin embargo, al leer todas las normas, es difícil imaginar cómo las empresas podrían informar sobre las normas sin recopilar y supervisar **internamente** los datos de DEI.

Por ejemplo, las exigencias generales de divulgación de la ESRS S1 requieren que la empresa divulgue todas sus políticas relativas a la igualdad de trato y de oportunidades,<sup>36</sup> incluyendo:

d) Si y cómo se aplican estas políticas a través de procedimientos específicos para garantizar que se prevenga, se mitigue y se actúe contra la discriminación una vez detectada, y para fomentar la diversidad y la inclusión en general.

Es difícil imaginar cómo las empresas pueden cumplir con la obligación de información prevista en la cláusula (d), conforme a la cual se exige informar sobre el modo en que se aplican las políticas para **garantizar que se prevenga, se mitigue y se actúe contra la discriminación una vez detectada**, sin recopilar datos de DEI.

La ESRS S1 esclarece, además, el modo en que las divulgaciones en virtud de la S1 se relacionan con las divulgaciones previstas en la ESRS S2, que incluye divulgaciones cuando los impactos potenciales sobre la propia plantilla de una empresa repercuten en la estrategia y el modelo o modelos de negocio de la empresa. Véase:

<sup>34</sup> Véase Grupo Consultivo Europeo en materia de Información Financiera, Borrador de la Norma Europea de Elaboración de Información sobre Sostenibilidad S1 Plantilla, Nov. 2022, aquí.

<sup>35</sup> Norma Europea de Información sobre Sostenibilidad S1 El borrador de trabajo inicial de la ESRS S1 publicado por el EFRAG para consulta pública incluía asimismo un requisito de información pública sobre el número total de “empleados pertenecientes a grupos vulnerables, cuando se a pertinente y esté legalmente permitido informar sobre ello” (véase el requisito de información 11), Descargar (efrag.org). Este requisito se suprimió en el proyecto de normas presentado por el EFRAG a la Comisión Europea.

<sup>36</sup> Véase S1-1 – Políticas relativas a la propia plantilla

**Apéndice B.1** del S1 Requisitos de Aplicación para las divulgaciones relacionadas con la ESRS 2, que incluye:

**“Diversidad.** Representación de mujeres y/o grupos étnicos o minorías en la propia plantilla. Distribución por edades de la propia plantilla. Porcentaje de personas con discapacidad en la propia plantilla”.

**Apéndice B.4** Requisitos de Aplicación para la ESRS S1-5 “Objetivos relacionados con la gestión de los impactos negativos significativos, el fomento de los impactos positivos y la gestión de los riesgos y oportunidades significativos”, que incluye:

**“Diversidad.** Aumento del porcentaje de grupos no representados en la propia plantilla y en la alta dirección”.

De acuerdo con los requisitos de información anteriores, la recopilación y supervisión de datos de DEI será necesaria para las divulgaciones obligatorias, lo que también proporciona una base jurídica en virtud del RGPD para recopilar dichos datos, siempre y cuando se cumplan las demás disposiciones del RGPD, así como los principios más amplios de los derechos humanos. Antes de exponer los requisitos del RGPD, se ofrece un breve resumen de los principios más amplios de los derechos humanos que se aplican a la recopilación de datos de DEI con fines de supervisión.

## 4. Principios de los Derechos Humanos

Los tres principales principios de los derechos humanos en relación con los procesos de recopilación de datos son la autoidentificación, la participación y la protección de datos.<sup>37</sup> El principio de autoidentificación dispone que las personas deben tener la opción de autoidentificarse cuando se les plantee una pregunta sobre información personal sensible que les concierna. Ya en 1990, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sostuvo que la identificación como miembro de un determinado grupo étnico “se basará, si no existe justificación en contrario, en la autoidentificación de la persona correspondiente”.<sup>38</sup>

En principio, el sentimiento personal de identidad y pertenencia no puede verse restringido o socavado por una identidad impuesta por el gobierno y no debe asignarse mediante atribución o representación. Esto implica que todas las preguntas relativas a la identidad personal, tanto en las encuestas como en los datos administrativos, deben permitir respuestas libres (incluida la ausencia de respuesta), e identidades múltiples.<sup>39</sup> Además, debido a la naturaleza sensible de las preguntas de las encuestas

<sup>37</sup> Guía de la ACNUDH, p. 46, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf).

<sup>38</sup> Recomendación General 8, Pertenencia a grupos raciales o étnicos basada en la autoidentificación, 1990, <https://www.legal-tools.org/doc/2503f1/pdf/>.

<sup>39</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, pp. 12-13. Véase también Grupo de Alto Nivel de la UE para la no Discriminación, la Igualdad y la Diversidad, “Guidelines on improving the collection and use of equality data”, 2021, p.11, [https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance\\_note\\_on\\_the\\_collection\\_and\\_use\\_of\\_equality\\_data\\_based\\_on\\_racial\\_or\\_ethnic\\_origin\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf).

sobre las características de la población, los responsables de la recopilación de datos deben tener especial cuidado en demostrar a los encuestados que existen medidas adecuadas de protección de datos y control de la divulgación.<sup>40</sup>

## 5. Requisitos de la ley de protección de datos de la UE

La recopilación de datos raciales o étnicos con fines de supervisión se describe acertadamente en las publicaciones como “una necesidad problemática, un proceso que en sí mismo necesita una supervisión constante”.<sup>41</sup> La recopilación y el uso de datos raciales y étnicos para combatir la discriminación no es una práctica “inocente”.<sup>42</sup> Incluso si se realiza de forma anónima o agregada, puede contribuir a la exclusión y la discriminación. Un ejemplo es el caso de los políticos que argumentan, basándose en estadísticas, que hay “demasiadas” personas de una determinada categoría en un país.<sup>43</sup>

La recopilación y el tratamiento de datos raciales y étnicos no son ilegales en la UE. En general, ningún Estado miembro impone una prohibición absoluta de recopilar estos datos.<sup>44</sup> Asimismo, en virtud de la Directiva sobre Igualdad Racial, no existe una obligación general de recopilar, analizar y utilizar datos sobre igualdad. La obligación de recopilar datos raciales o étnicos tampoco parece estar recopilación en la legislación de los Estados miembros, con notables excepciones en Finlandia, Irlanda y, antes del Brexit, el Reino Unido.<sup>45</sup>

Ante la ausencia de prohibiciones y requisitos específicos en la legislación de la UE y de los Estados miembros, el tratamiento de los datos raciales y étnicos se rige por el RGPD, el cual contempla un

---

<sup>40</sup> Guía de la ACNUDH, p. 48.

<sup>41</sup> Bonnett y Carrington 2000, p. 488.

<sup>42</sup> The Dutch Young Academy, “Recopilación de datos contra la discriminación en el mundo académico: y exploración de las prácticas de metodología de encuestas fuera de los Países Bajos”  
<https://www.dejongeakademie.nl/en/publications/2300840.aspx?t=Antidiscrimination-data-practices-world-wide-and-views-of-students-and-staff-of-colour>.

<sup>43</sup> Véanse ejemplos anteriores en Bonnett y Carrington 2000.

<sup>44</sup> Comisión Europea. “Análisis y revisión comparativa de las prácticas de recopilación de datos sobre igualdad en la Unión Europea”, *Data collection in the field of ethnicity*, p. 14, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf). Incluso en Francia, a menudo considerada como un caso de prohibición absoluta, la recopilación de datos étnicos es posible con ciertas excepciones. Lo mismo ocurre en Italia. El artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores italiano (Ley italiana n° 300/1970) prohíbe expresamente a los empresarios recopilar y utilizar datos étnicos para decidir la contratación de un candidato y cualquier otro aspecto de la relación laboral ya existente (como los censos). La recopilación de dichos datos con fines de control de la discriminación en el lugar de trabajo y la igualdad de oportunidades no está sujeta a la prohibición (siempre que se garantice que dichos datos no pueden utilizarse para otros fines).

<sup>45</sup> Tres notables excepciones, Finlandia, Irlanda y el Reino Unido (antes de abandonar la UE), imponen a los organismos públicos la obligación de recopilar datos sobre igualdad como parte de su planificación en materia de igualdad; véase [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf), p. 16.

régimen especial para el tratamiento de “categorías especiales de datos personales”, como los datos que revelan el origen racial o étnico.<sup>46/47</sup>

El Artículo 9 del RGPD prohíbe el tratamiento de categorías especiales de datos personales, con notables excepciones. La prohibición no se aplica en lo que aquí interesa)<sup>48</sup> cuando:

- 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 UE o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado (Artículo 9, apartado 2, subapartado (a) del RGPD).
- El tratamiento es necesario por razones de un **interés público esencial**, sobre la base del Derecho de la UE o de los Estados miembros (Artículo 9, apartado 2, subapartado (g) del RGPD).
- El tratamiento es necesario con **finestadísticos**, de conformidad con el Artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la UE o de los Estados miembros (Artículo 9, apartado 2, subapartado (g) del RGPD).

La aplicación de estas condiciones requiere la existencia de disposiciones en la legislación de la UE o de los Estados miembros que permitan el tratamiento cuando sea necesario para fines estadísticos o de interés público importantes. En la práctica, la mayoría de los Estados miembros **no** han hecho uso de su facultad discrecional en virtud del RGPD para establecer una base jurídica específica en su legislación nacional para el tratamiento de datos raciales o étnicos a estos efectos.<sup>49</sup> Sin embargo, los

<sup>46</sup> Los datos que revelan el origen racial o étnico se consideran una “categoría especial” de datos personales en virtud del artículo 9 del RGPD. Los datos sobre la nacionalidad o el lugar de nacimiento de una persona o de sus padres no se consideran categorías especiales de datos y, por regla general, pueden recopilarse sin el consentimiento del encuestado. Sin embargo, si se utilizan para predecir el origen étnico o racial, quedan sujetos al régimen del artículo 9 del RGPD para el tratamiento de categorías especiales de datos.

<sup>47</sup> No existe ninguna duda de que el resumen de los requisitos aquí expuesto sea una reflexión acertada de los requisitos del RGPD. Un resumen similar de las disposiciones pertinentes del Grupo de Alto Nivel de la UE para la No Discriminación, la Igualdad y la Diversidad puede encontrarse en sus directrices de 2021, p. 12, <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/en-guidelines-improving-collection-and-use-of-equality-data.pdf> y además en su Nota orientativa de 2021 sobre la recopilación y el uso de datos de igualdad basados en el origen racial o étnico, p. 30, [https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance\\_note\\_on\\_the\\_collection\\_and\\_use\\_of\\_equality\\_data\\_based\\_on\\_racial\\_or\\_ethnic\\_origin\\_final.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf). Véanse además las directrices publicadas por el Consejo Socioeconómico neerlandés en diciembre de 2021, “Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid”, *Charter Document*, pp. 7- 10, dic. 2021; y un informe anterior de PWC por encargo del Gobierno neerlandés, “Onderzoek Vrijwillige vastlegging van culturele diversiteit”, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/12/22/onderzoek-vrijwillige-vastlegging-van-culturele-diversiteit>.

<sup>48</sup> Obsérvese que el artículo 9(2)(b) del RGPD establece una condición para la recopilación de datos raciales y étnicos cuando “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... 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...”. En la actualidad no existe legislación de la Unión o de los Estados miembros que establezca la obligación del empresario de recopilar datos raciales o étnicos con fines de supervisión. Sin embargo, los legisladores de la UE consideraron que se trataba de una excepción válida para que los Estados miembros la aplicaran en sus legislaciones nacionales. El art. 88 del RGPD establece que los Estados miembros podrán establecer, mediante disposiciones legales o convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales en el contexto laboral. En particular, estas normas pueden establecerse, entre otras cosas, con fines de igualdad y diversidad en el lugar de trabajo

<sup>49</sup> Véase nota al final número 13.

Estados miembros **tampoco** han hecho uso de la posibilidad que les ofrece el RGPD de disponer en su legislación nacional que la prohibición contemplada en el Artículo 9 **no** puede suprimirse mediante el consentimiento. Esto deja el consentimiento explícito como una opción válida, pero también la única viable en la práctica, para recopilar datos de DEI con fines de supervisión.<sup>50</sup> Esto se ajusta a los principios de los derechos humanos, siempre y cuando la información se base en la autoidentificación.

Una vez que la Directiva CSRD haya sido implementada en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, la recopilación de datos de DEI será necesaria para las divulgaciones obligatorias en materia de ESG, que estarán permitidas en virtud del Artículo, apartado 2, subapartado (g) del RGPD (razón de interés público). Cuando las empresas recopilen estos datos, deberán observarse los principios de los derechos humanos expuestos anteriormente, en particular, que la información debe basarse en la autoidentificación. En la práctica, la base jurídica del interés público, reflejará en gran medida la base jurídica del consentimiento explícito y se aplicarán igualmente las salvaguardias y medidas paliativas que se exponen a continuación.

## 5.1 Consentimiento explícito

Los requisitos para que el consentimiento sea válido son estrictos, sobre todo en el lugar de trabajo.<sup>51</sup> Por ejemplo, el consentimiento debe ser “otorgado libremente”, lo que se considera problemático teniendo en cuenta el desequilibrio de poder entre el empresario y el individuo.<sup>52</sup> El término “explícito” se refiere a la forma en que el individuo expresa su consentimiento. Significa que el interesado debe declarar expresamente su consentimiento. Una forma obvia de asegurarse de que el consentimiento es explícito sería confirmarlo expresamente en una declaración escrita, un formulario electrónico o un correo electrónico.<sup>53</sup>

Para que el consentimiento de los trabajadores se considere válido, éstos deben tener verdadera libertad de elección para facilitar o no la información sin que ello tenga efectos negativos. Esto incluye que el empleado no tenga ningún inconveniente en negarse a dar su consentimiento, como sería el

<sup>50</sup> Por ejemplo, en los Países Bajos, está generalmente aceptado que la recogida de datos de DEI pueda realizarse de forma voluntaria, véase el Consejo Económico y Social neerlandés, diciembre de 2021, “Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid”, *Charter Document*, pp. 7-10, dic. 2021. Véase también el informe titulado “Het moet wel werken”, p. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

<sup>51</sup> El artículo 4(11) del GDPR define el consentimiento como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen...”

<sup>52</sup> Las orientaciones del Consejo Europeo de Protección de Datos han explicitado en una serie de documentos de orientación que, con respecto a la mayor parte del tratamiento de datos en el ámbito laboral, el consentimiento no es una base jurídica adecuada debido a la naturaleza de la relación entre el empresario y el empleado. Véase también el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo (**WP249**), apartado 3.3.1.6.2, en [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf).

<sup>53</sup> Directrices 05/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679, adoptadas el 4 de mayo de 2020 (**Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el consentimiento**), p. 21, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf).

caso si su negativa, por ejemplo, excluyera al empleado de cualquier iniciativa de acción positiva.<sup>54</sup> Para garantizar que el consentimiento se otorga realmente de forma libre, el carácter voluntario de la información para los empleados debe ser doble: (1) el acto de rellenar una encuesta o cuestionario relacionado con el origen racial o étnico debe ser voluntario y (2) la encuesta o cuestionario debe incluir opciones para que el empleado pueda responder con (un equivalente de) “Prefiero no contestar”. La situación individual de una encuesta o cuestionario (es decir, cumplimentado o no cumplimentado), así como las respuestas facilitadas, no deben ser visibles para el empresario a título individual. En la práctica, esto se consigue mediante medidas de *privacidad desde el diseño* (véase más adelante).

Asimismo, hay que tener en cuenta que, para que el consentimiento se considere válido, debe ir acompañado de información clara sobre los motivos por los que se solicita y el uso previsto (el consentimiento debe ser “*específico e informado*”).<sup>55</sup> Además, debe informarse a los empleados de que el consentimiento puede retirarse en cualquier momento y de que su retirada no afectará a la legalidad del tratamiento anterior a la retirada.<sup>56</sup> Cualquier tratamiento de datos personales (en la medida en que sea identificable) deberá detenerse desde el momento en que se retire el consentimiento. Sin embargo, cuando los datos se recojan y traten de forma agregada (véase el apartado 5.2 sobre los requisitos de privacidad desde el diseño), los empleados ya no serán identificables ni rastreables y, por lo tanto, la retirada del consentimiento no será efectiva en relación con los datos ya recopilados e incluidos en dichos informes.

## 5.2 Principios generales de protección de datos

Obtener este consentimiento no suprime ni reduce en modo alguno las obligaciones del responsable del tratamiento de cumplir los principios de tratamiento contemplados en el RGPD, concretamente el Artículo 5 del RGPD en lo que respecta a la equidad, necesidad y proporcionalidad, así como a la calidad de los datos.<sup>57</sup> Además, los empresarios tendrán que cumplir los principios de privacidad desde el diseño.<sup>58</sup> En la práctica, esto significa que sólo deberán tratar los datos personales estrictamente necesarios para los fines previstos y de la manera más respetuosa de la privacidad. Por ejemplo, los empresarios pueden recopilar datos de DEI sin hacer referencia a empleados individuales (es decir, sin que los empleados faciliten su nombre u otro identificador único, como un número de personal o una dirección de correo electrónico). De esta manera, los empresarios cumplirán con los requisitos de minimización de datos y privacidad desde el diseño, limitando cualquier impacto en la privacidad de sus empleados. En la práctica, también observamos que los empresarios recurren a un proveedor de servicios externo y solicitan a los empleados que envíen la información directamente a

---

<sup>54</sup> WP249, apartado 6.2.

<sup>55</sup> Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el consentimiento, pp. 13–15.

<sup>56</sup> Artículo 7(3) del RGPD.

<sup>57</sup> Directrices del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el consentimiento, p. 5.

<sup>58</sup> Artículo 25 del RGPD.

dicho proveedor. Posteriormente, el proveedor de servicios externo únicamente comparte con el empresario la información agregada.

Desde un punto de vista técnico, es posible lograr una segregación de funciones similar dentro del sistema interno de RRHH de la empresa (como Workday o SuccessFactors), mediante el cual los datos se recopilan de forma desidentificada y solo uno o dos empleados del equipo de diversidad tienen acceso a los datos de DEI desidentificados para realizar análisis estadísticos e informar posteriormente a la dirección de forma agregada (garantizando que los empleados individuales no puedan ser identificados o reidentificados).<sup>59</sup> Esto requiere la adaptación de los sistemas de RRHH que se está llevando a cabo actualmente. En los casos en que los empresarios cuenten con un comité de empresa, éste tendrá que dar su aprobación previa a cualquier política de empresa relacionada con el tratamiento de los datos de los empleados. Como parte del proceso de aprobación del comité de empresa, se pueden verificar las medidas de privacidad desde el diseño.

En aras de la exhaustividad, conviene señalar que cuando la recopilación y el tratamiento de datos se realicen de forma totalmente anónima, no se aplicarán las disposiciones del RGPD.<sup>60</sup> Sin embargo, el umbral contemplado en el RGPD para que los datos sean realmente anónimos es muy elevado y es poco probable que se cumpla cuando los empresarios recopilen estos datos de sus empleados. Por lo tanto, cualquier aplicación de técnicas de anonimización, como la seudonimización (por ejemplo, la eliminación o sustitución de identificadores y nombres únicos) no excluye el tratamiento de datos del ámbito de aplicación del RGPD, sino que son medidas necesarias para cumplir los requisitos de minimización de datos y privacidad desde el diseño.

## 6. El camino a seguir

Ya no es posible esconderse detrás del RGPD para evitar la recopilación de datos de DEI con fines de supervisión. El rumbo a seguir es el de las políticas, supervisión e información significativas sobre DEI (como en el marco de la Directiva CSRD). La recopilación de datos relativos al origen racial y étnico se ha etiquetado como “una necesidad problemática, un proceso que en sí mismo necesita una supervisión constante”. Esta es la forma negativa de calificar la recopilación de datos y la supervisión de DEI. Un enfoque positivo basado en los derechos humanos es que los procesos de recopilación de datos deben basarse en la *autoidentificación*, *la participación* y *la protección de datos*. Si se salvaguardan los tres principios, el proceso estará controlado y se podrá confiar en él sin que sea intrínsecamente problemático o necesite una supervisión constante. El camino a seguir gira en torno al fomento de la confianza de la plantilla (y de sus comités de empresa y sindicatos). Si la confianza aún no es un hecho, la recomendación es empezar poco a poco (en jurisdicciones menos sensibles),

---

<sup>59</sup> Véase el Artículo 29 del Dictamen 05/2014 del Grupo de Trabajo sobre Técnicas de Anonimización, aprobado el 10 de abril de 2014.

<sup>60</sup> El considerando 26 del RGPD establece que los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. El considerando 26 establece además que el RGPD no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación.

comprometerse con los comités de empresa o con los trabajadores en general y, a la luz de la próxima CSRD, empezar ahora.<sup>61</sup>

**Autoidentificación:** Una empresa necesita la plena confianza de sus empleados para poder recopilar de ellos datos representativos de DEI basados en la autoidentificación. Si los empleados perciben la recopilación de datos de DEI como algo brusco y contracultural, o como un ejercicio de marcar casillas que probablemente no produzca cambios significativos, las encuestas no tendrán éxito. Para que los empleados cumplimenten encuestas en las que revelen datos sensibles, es necesario que confíen en que su empresa se toma en serio sus esfuerzos en DEI y que la recopilación y el seguimiento de datos *complementan* estos esfuerzos basándose en el aforismo “Medimos lo que atesoramos”. La práctica pone de manifiesto que, cuando se alcanza un cierto punto de inflexión, los empleados se sienten orgullosos de autoidentificarse y contribuir a las estadísticas de DEI de su empresa

La confianza se verá *minada* si los empleados no se reconocen en ninguna categoría predefinida. Una autoidentificación adecuada implica que las categorías predefinidas sean relevantes para los trabajadores de un país, permitan respuestas libres (incluida la ausencia de respuesta) y permitan identificarse con identidades múltiples. La confianza de los empleados *aumentará* si la empresa ha reflexionado detenidamente sobre las métricas de los informes, asegurándose de que los informes puedan realmente informar sobre dónde puede centrar la empresa sus intervenciones para lograr un cambio significativo. Por ejemplo, es importante asegurarse de que los parámetros de los informes no se *basan únicamente en los resultados* (seguimiento de datos demográficos, sin saber dónde existe un problema), sino que también *se basan en los procesos*. Los indicadores basados en procesos pueden detectar problemas en los procesos de gestión de empleados, como la contratación, la evaluación, la promoción y el patrocinio ejecutivo. Si las métricas de *resultados* indican a una empresa que tiene porcentajes limitados de minorías específicas, las métricas de *procesos* pueden mostrar en qué parte de sus procesos (o parte de un proceso, por ejemplo, qué parte del proceso de contratación) debe centrarse la empresa para lograr un cambio significativo. Ejemplos de estas métricas son la velocidad a la que las minorías ascienden en la escala corporativa y las diferencias salariales entre distintas categorías en puestos comparables.

**Participación:** La confianza requiere un proceso ascendente inclusivo en el que los empleados (y sus comités de empresa) tengan voz y voto en el procedimiento de recopilación y seguimiento de datos. Por ejemplo, al establecer las categorías de una encuesta para garantizar que los empleados pertenecientes a minorías puedan “reconocerse” en esas categorías, al establecer los parámetros de los informes para garantizar que estos puedan generar un cambio significativo, así como al establecer las salvaguardias de protección de datos (véase más adelante).

**Protección de datos:** Para ganar la confianza de los empleados, deben aplicarse íntegramente los principios de protección de datos, como la seguridad de los datos, la minimización de datos y la

<sup>61</sup> Para consultar un artículo informativo sobre los aspectos prácticos de la aplicación de propuestas de diversidad basadas en datos, véase Data-Driven Diversity (hbr.org). La distinción entre métricas basadas en resultados y métricas basadas en procesos procede de este artículo.

privacidad desde el diseño. Una empresa tendrá que presentar un protocolo de recopilación y tratamiento de datos a su comité de empresa para recibir su aprobación, especificando todas las medidas organizativas, contractuales y técnicas que garanticen que los datos se recopilan de forma desidentificada, y que existen controles de acceso para garantizar que el acceso a los datos se limita a uno o dos empleados del equipo de diversidad con el fin de generar estadísticas únicamente.

## Informes por países

A continuación, se ofrece un resumen de la base jurídica disponible en virtud de la legislación de Francia, Alemania, Italia, España y los Países Bajos, y disponible para recopilar datos de origen racial y étnico de sus empleados con fines de supervisión de sus políticas de DEI (**Fines de Supervisión de DEI**). Es preciso señalar que, en todos los casos, también son de aplicación los principios generales de tratamiento de datos (como los requisitos de privacidad desde el diseño) expuestos en el apartado 5.2, pero que no se repiten aquí.

### BÉLGICA

*Olivia Vansteelant y Damien Stas de Richelle, Laurius*

#### Resumen de los requisitos para el procesamiento de datos de antecedentes raciales y étnicos

Según la legislación belga, no existe un requisito legal específico para que los empleadores recopilen datos que revelen el origen racial o étnico de sus empleados, ni existe una prohibición general para que los empleadores recopilen dichos datos.

Las compañías con su domicilio social o al menos una sede operativa en la región de Bruselas-Capital podrán procesar legalmente datos personales de nacionalidad u origen extranjero a efectos de monitorización de DEI sobre la base de la necesidad de ejercer sus derechos y obligaciones respecto de la legislación laboral. Todas las compañías podrán procesar legalmente datos de antecedentes raciales o étnicos a efectos de monitorización de DEI con el consentimiento explícito de sus empleados. Los empleadores con un comité de empresa deberán consultar a su comité de empresa antes de implementar cualquier política relacionada con el procesamiento de datos que revelen el origen racial o étnico de sus empleados, pero la ley no requiere la aprobación del comité de empresa.

La necesidad de ejercer los derechos y obligaciones respecto del derecho laboral (art. 9(2) b) RGPD). La base de esta excepción se encuentra en la Resolución del Gobierno de la Región de Bruselas-Capital de 7 de mayo de 2009 relativa a los planes de diversidad y la etiqueta de diversidad y la Ordenanza del Gobierno de la Región de Bruselas-Capital de 4 de septiembre de 2008 sobre la lucha contra la discriminación y el impulso de la igualdad de trato en el ámbito del empleo.

De acuerdo con esta Resolución, las compañías con domicilio social o al menos una sede operativa en la Región de Bruselas-Capital tienen derecho a elaborar un plan de diversidad para abordar el problema de la discriminación en la contratación y desarrollar la diversidad en el lugar de trabajo. Actualmente no existen regulaciones similares en las regiones flamenca o valona. Muchas ONG

flamencas están instando al gobierno flamenco a trabajar hacia un mercado laboral sostenible e inclusivo con el seguimiento y la presentación de informes como una base importante para la evaluación de la diversidad. Están pidiendo al gobierno flamenco que ponga todo su interés en este tema antes de las elecciones de 2024.

En virtud de esta Resolución, los empresarios podrán analizar el nivel de diversidad de su personal clasificando su plantilla en categorías, incluida la de nacionalidad u origen extranjero. Clasificar a los empleados en esta categoría y, por tanto, recabar datos sobre nacionalidad u origen extranjero. Es posible que los empleadores recopilen indirectamente datos que revelen el origen racial o étnico debido a un posible vínculo o inferencia extraída de información sobre la nacionalidad o el origen. Sin embargo, la Resolución no cubre los datos que revelen el origen racial o étnico y no existiría ninguna condición que permitiera dicha recopilación en virtud del artículo 9, apartado 2, letra b), del RGPD.

*Consentimiento explícito.* La Ley de Implementación belga no excluye expresamente la posibilidad de procesar datos raciales o étnicos basados en el consentimiento de los empleados. Para todos los demás propósitos de procesamiento de datos de antecedentes raciales y étnicos, los empleadores podrán contar con el consentimiento explícito y la notificación voluntaria de los empleados. Nos referimos a las condiciones para el consentimiento explícito establecidas anteriormente en la sección 5.1, ya que se aplican de la misma manera para Bélgica. Para garantizar que el consentimiento se otorgue libremente, la naturaleza voluntaria de los informes para los empleados debe ser doble: (1) el acto de completar una encuesta o cuestionario relacionado con el origen racial o étnico de uno debe ser voluntario y (2) la encuesta o cuestionario deberá incluir opciones para que el empleado responda con (un equivalente de) “*Elijo no decirlo*”.

## FRANCIA

*Hélène Delabarre & Sylvain Naillat, Nomos, Société D’Avocats*

### Resumen de los requisitos para el tratamiento de datos de origen racial y étnico

En virtud de la legislación francesa, el tratamiento de datos de origen racial y étnico está prohibido en principio con arreglo a (i) una disposición general de la Constitución francesa, y (ii) determinadas disposiciones específicas de la legislación francesa en materia de protección de datos, que es asimismo la postura pública de la Autoridad Francesa de Control de Protección de Datos (**CNIL**). La legislación francesa no reconoce ninguna categorización de personas basada en sus (supuestas) razas o etnias, y la prohibición de tratar datos relativos a la raza y la etnia ha sido reafirmada por el Tribunal Constitucional francés en una decisión relacionada con estudios públicos cuyo objetivo era medir la diversidad/grupos minoritarios. Sin embargo, aunque los datos de raza y etnia no pueden ser recopilados ni tratados, los empresarios pueden tener en cuenta criterios objetivos relacionados con los **orígenes** geográficos y/o culturales, como el nombre, la nacionalidad, el lugar de nacimiento, la lengua materna, etc., para medir la diversidad y luchar contra la discriminación

En un documento público de 2012<sup>62</sup> (que no ha sido contradicho desde entonces), la CNIL confirmó que los empresarios pueden recopilar y tratar datos sobre criterios objetivos relativos al “origen”, como el lugar de nacimiento del interesado y de sus padres, su lengua materna, su nacionalidad y la de sus padres, etc., si dicho tratamiento es necesario para realizar estudios estadísticos destinados a medir y combatir la discriminación. La CNIL considera asimismo que pueden formularse preguntas sobre la autoidentificación y la percepción que el interesado tiene de los demás, en caso necesario, teniendo en cuenta la finalidad de la recopilación de datos y cualquier otra pregunta que se formule. Véase el documento de la CNIL:

*De acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2007 y las reflexiones de los Cahiers du Conseil, los estudios relativos a la medición de la diversidad no pueden, sin infringir el Artículo 1 de la Constitución, basarse en el origen étnico o racial de las personas. Por lo tanto, debe evitarse cualquier nomenclatura que pueda interpretarse como una referencia etnoracial. **No obstante, es posible abordar el criterio del “origen” a partir de datos objetivos como el lugar de nacimiento y la nacionalidad de nacimiento del encuestado y de sus padres, pero también, si es preciso, a partir de datos subjetivos relativos al modo en que el encuestado se autoidentifica o al modo en que la persona se siente percibida por los demás.***<sup>63</sup>

De acuerdo con las orientaciones de la CNIL, se han llevado a cabo varios estudios públicos basados en la recopilación de información considerada admisible por la CNIL, es decir, (i) si los encuestados se sentían o no discriminados por su origen o color de piel; (ii) el modo en que el encuestado se autoidentifica; y (iii) estadísticas sobre los *orígenes geográficos y/o culturales* de los encuestados.<sup>64</sup> La provisión de cualquier información debe ser totalmente voluntaria y las normas relativas al consentimiento explícito del apartado 5.1 anterior se aplican del mismo modo a Francia. Todas las preguntas relativas a la recopilación de datos sobre los orígenes geográficos y/o culturales deben ser objetivas y, si no es necesario identificar (directa o indirectamente) a las personas, el proceso de recopilación debe ser totalmente anónimo.

## ALEMANIA

*Hanno Timmer, Morrison & Foerster*

### Base jurídica para el tratamiento de datos de origen racial y étnico

<sup>62</sup> [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_gui\\_20120501\\_egalite\\_chances\\_o.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf).

<sup>63</sup> [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_gui\\_20120501\\_egalite\\_chances\\_o.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf), p. 70.

<sup>64</sup> Este artículo del sindicato de trabajadores “CGT” hace referencia a un estudio realizado por el “Défenseur des droits” (organismo público) que, en particular, colaboró en la elaboración del documento de 2012 de la CNIL mencionado en las notas 80 y 81. <https://www.cgt.fr/actualites/france/interprofessionnel/discriminations/le-defenseur-des-droits-denonce-un-racisme>. Véanse también estudios recientes realizados por las instituciones públicas INED e INSEE: [https://te.o.site.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/29262/te02\\_questionnaire\\_fr.pdf](https://te.o.site.ined.fr/fichier/s_rubrique/29262/te02_questionnaire_fr.pdf).

En virtud de la legislación alemana, no existe un requisito legal específico para que los empresarios recopilen datos sobre el origen racial y étnico de sus empleados, ni tampoco una prohibición general de que los empresarios recopilen dichos datos.

En Alemania, los empresarios pueden tratar legalmente los datos de origen racial y étnico con fines de supervisión de DEI en base a (i) la necesidad de ejercer sus derechos y obligaciones en materia de legislación laboral o (ii) al consentimiento explícito de sus empleados. Si el empresario dispone de un comité de empresa, el comité de empresa goza de un derecho de codeterminación para la realización de encuestas y cuestionarios en materia de diversidad conforme al Artículo 94 de la Ley de Comités de Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz* – “**BetrVG**”) si la información no se recopila de forma anónima y voluntaria. Si la información se recopila electrónicamente, el comité de empresa puede ejercer un derecho de codeterminación de conformidad con el Artículo 87(1), nº 6 de la BetrVG.

*Necesidad de ejercer derechos u obligaciones de la legislación laboral.* De acuerdo con el Artículo 26(3) de la Ley Federal Alemana de Protección de Datos (*Bundesdatenschutzgesetz* – “**BDSG**”), el tratamiento de datos de origen racial y étnico en el contexto laboral sólo está permitido si el tratamiento es necesario para que el empresario ejerza derechos o cumpla obligaciones legales derivadas de la legislación laboral, de seguridad social y de protección social, y no hay razones para creer que el interesado tiene un interés legítimo preponderante para que no se traten los datos. Uno de los derechos del empresario se deriva del Artículo 5 de la Ley General Alemana de Igualdad de Trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* – “**AGG**”), según la cual los empresarios tienen derecho a adoptar medidas positivas para prevenir y poner fin a la discriminación por motivos de raza o etnia. Como condición previa a la adopción de tales medidas, los empresarios pueden recabar datos que les permitan identificar sus necesidades en materia de DEI

*Consentimiento explícito.* Para todos los demás fines del tratamiento de datos de origen racial y étnico, los empresarios tendrán que basarse en el consentimiento explícito y la información facilitada voluntariamente por los empleados. Nos remitimos a las condiciones para el consentimiento explícito expuestas anteriormente en el apartado 5.1, ya que se aplican de la misma manera en Alemania. Además, el Artículo 26(2) de la BDSG especifica que el nivel de dependencia del empleado en la relación laboral y las circunstancias en las que se otorga el consentimiento deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar si el consentimiento de un empleado se otorga libremente. De acuerdo con el Artículo 26(2) de la BDSG, el consentimiento puede darse libremente, en particular, si va asociado a una ventaja jurídica o económica para el empleado, o si el empresario y el empleado persiguen los mismos intereses. Este puede ser el caso si la recopilación de datos también beneficia a los empleados, por ejemplo, si da lugar al establecimiento de una gestión integral de DEI en la empresa.

## ITALIA

*Marco Tesoro, Tesoro and Partners*

### Resumen de los requisitos para el tratamiento de datos de origen racial y étnico

El Código Italiano de Protección de Datos (**IDPC**) regula el tratamiento de datos personales en virtud del artículo 9 del GDPR, y establece que la base jurídica para el tratamiento de dichos datos debe ser el cumplimiento de una ley o reglamento (art. 2-ter(1), IDPC), o por razones de interés público relevante. En virtud de la legislación italiana, no se ha implementado ninguna base jurídica específica para el tratamiento de datos raciales o étnicos por razones de interés público.

*Consentimiento explícito.* Nos remitimos a las condiciones para el consentimiento explícito expuestas anteriormente en el apartado 5.1, ya que se aplican de la misma manera en Italia. El IDPC no excluye expresamente la posibilidad de tratar datos raciales y étnicos basándose en el consentimiento de los empleados. Sin embargo, los empresarios que deseen recopilar y tratar datos raciales y étnicos en base al consentimiento de los empleados en virtud del art. 9 del RGPD, deben asegurarse de que el consentimiento se otorga libremente y, en la medida de lo posible, implicar a los sindicatos a los que están asociados (así como al comité de empresa, si procede). Los sindicatos deben poder i) comprobar y certificar que los empleados han otorgado su consentimiento libremente; y ii) garantizar que los empleados sean plenamente conscientes de sus derechos y de las consecuencias de facilitar dichos datos. En caso de no existir sindicatos asociados, los empresarios pueden informar al representante local de las asociaciones sindicales signatarias del convenio colectivo aplicable (**CBA**) (si lo hubiera). Además, los empresarios deben asegurarse de que se da a los empleados la opción de “*prefiero no contestar*”.

*Estatuto de los Trabajadores.* También cabe señalar que, con arreglo a la legislación italiana, existe la prohibición general de recopilar información que no esté estrictamente relacionada o que no sea necesaria para evaluar la capacidad profesional del trabajador. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley de 23 de mayo de 1970, nº 300 “**Estatuto de los Trabajadores**”, los datos relativos a la raza y la etnia no deben ser recopilados ni utilizados por los empresarios para influir de ningún modo en la decisión de contratar a un candidato o para gestionar ninguno de los términos de la relación laboral.

## ESPAÑA

*Laura Castillo e Isabela Crespo, Gómez-Acebo & Pombo*

### Resumen de los requisitos para el procesamiento de datos sobre antecedentes raciales y étnicos.

De conformidad con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (“LPDP”), existe una prohibición general de recabar información sobre antecedentes raciales y étnicos salvo que: (i) exista una obligación legal para hacerlo (según el artículo 9 de la LPDP); o (ii) los empleados hayan prestado su consentimiento explícito (aunque esto último no está exento de riesgos).

*Cumplimiento de un requisito legal.* La Ley Orgánica 15/2022, de 12 de julio, para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (la “Ley de Igualdad de Trato”) garantiza y promueve el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. Esta Ley establece expresamente que no se pueden realizar limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de la etnia o de la raza, es decir, nadie puede ser discriminado por motivos de raza o etnia. En este contexto, las medidas de discriminación positiva que se implementen como resultado de la Ley de Igualdad de Trato se incluirán en convenios colectivos (CC)\*, según lo acordado con los sindicatos o los representantes de los trabajadores, según corresponda. Cuando exista un requisito en el CC para recopilar datos de raza y etnia de los empleados, los empleadores podrán compilar esta información, ya que esto constituiría un requisito legal. En circunstancias en las que el convenio colectivo no requiera específicamente la recopilación de este tipo de información, los empleadores pueden tratar de incluir dicha disposición en los términos del convenio colectivo y trabajar con los sindicatos o representantes legales para hacerlo, o dar un enfoque alternativo y confiar en el consentimiento explícito, como se establece a continuación.

*Consentimiento explícito.* En principio, el consentimiento de un empleado por sí solo no es suficiente para levantar la prohibición general sobre el procesamiento de datos confidenciales en virtud del LPDP. Sin embargo, uno de los principales objetivos de la prohibición de conformidad con la LPDP es evitar la discriminación. Por lo tanto, si el propósito de la recopilación de estos datos es promover la diversidad, es discutible (aunque esto aún no se ha “testado” en España) que los empleadores puedan ampararse en el consentimiento explícito, y nos referimos a las condiciones para el consentimiento explícito establecidas anteriormente en la sección 5.1, ya que se aplican de la misma manera en España. Además de las condiciones del apartado 5.1, la jurisprudencia española ha determinado que el grado de dependencia del trabajador dentro de la relación laboral y las circunstancias en las que se presta el consentimiento deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar si el consentimiento del trabajador es libre. Por lo tanto, no se recomienda que los empleadores obtengan o procesen datos de raza y etnia de sus personas trabajadoras durante las fases de reclutamiento o contratación o antes de que finalice el período de prueba, a menos que un convenio colectivo regule este tema de manera diferente. Los empleadores también deben garantizar que las personas trabajadoras tengan la opción de “preferir no decirlo” y asegurarse de que puedan probar que el consentimiento es genuinamente voluntario, como se explica en la sección 5.1 anterior.

*\*Entiéndase referido a los instrumentos de la negociación colectiva a lo largo del texto.*

## PAÍSES BAJOS

*Marta Hovanesian, Morrison & Foerster*

### Resumen de los requisitos para el tratamiento de datos de origen racial y étnico

In de Nederlandse wetgeving bestaat noch een specifieke wettelijke verplichting voor werkgevers om  
En virtud de la legislación neerlandesa, no existen requisitos legales específicos que exijan a los empresarios recopilar datos de origen racial y étnico de sus empleados, ni tampoco una prohibición general de recopilar dichos datos.

Los empresarios de los Países Bajos pueden tratar legalmente los datos de origen racial y étnico de sus empleados con fines de supervisión de DEI en base a (i) el interés público sustancial con arreglo a la legislación neerlandesa o (ii) el consentimiento explícito de los empleados. Los empresarios que dispongan de un comité de empresa deben asegurarse de que éste apruebe cualquier política relacionada con el tratamiento de datos sobre igualdad.

*Interés público sustancial.* Los Países Bajos han aplicado las condiciones del Artículo 9(2) del RGPD para el tratamiento de datos de origen racial y étnico en la Ley neerlandesa de aplicación del RGPD (la “**Ley neerlandesa de aplicación**”). Más concretamente, el artículo 25 de la Ley neerlandesa de aplicación establece que los datos de origen racial y étnico (limitados al país de nacimiento y a los países de nacimiento de los padres o abuelos) pueden tratarse (en razón de un interés público sustancial) si el tratamiento es necesario para restablecer la situación de desventaja de un grupo minoritario, y únicamente si la persona no se ha opuesto al tratamiento. La aplicabilidad de esta condición requiere que el empresario, entre otras cosas, (i) demuestre que determinados grupos de personas se encuentran en una situación de desventaja; (ii) aplique una política empresarial más amplia destinada a restablecer dicha desventaja; y (iii) demuestre que el tratamiento de los datos relativos al origen racial y étnico es necesario para aplicar y ejecutar dicha política.

*Consentimiento explícito.* Los empresarios pueden recopilar datos sobre el origen racial y étnico de sus empleados con fines de control de DEI basándose en el consentimiento explícito y la información facilitada voluntariamente por los empleados.

*Barómetro de la Diversidad Cultural.* Los empresarios neerlandeses con más de 250 empleados tienen la opción de solicitar a Statistics Netherlands información de DEI sobre su propia empresa. A petición del Ministerio de Asuntos Sociales y Empleo, Statistics Netherlands creó el “Barómetro de la Diversidad Cultural”. El Barómetro permite a los empresarios facilitar determinados datos personales no sensibles a Statistics Netherlands, que, a su vez, informará a los empresarios pertinentes con una visión estadística y anónima de la diversidad cultural de la empresa (por ejemplo, porcentaje de empleados con (i) origen neerlandés, (ii) origen de migración occidental y (iii) origen de migración no occidental). Statistics Netherlands puede ofrecer información sobre la diversidad cultural con respecto a toda la empresa o a departamentos específicos de la empresa (siempre que los departamentos individuales tengan más de 250 empleados).