

**TRATAMIENTO DE CATEGORIAS ESPECIALES DE DATOS
PARA LA DETECCIÓN Y CORRECCIÓN DE SESGOS
EN SISTEMAS DE IA DE ALTO RIESGO:
¿UNA MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA?**

*PROCESSING SPECIAL CATEGORIES OF PERSONAL DATA
FOR THE PURPOSE OF ENSURING BIAS DETECTION
AND CORRECTION IN RELATION TO THE HIGH-RISK AI SYSTEMS:
AN AFFIRMATIVE ACTION MEASURE?*

ANNA CAPELLÀ I RICART
Universitat Autònoma de Barcelona
<https://orcid.org/0000-0002-9898-8242>

Fecha de recepción: 3-12-24

Fecha de aceptación: 15-6-25

Resumen: *El presente trabajo estudia si la medida planteada en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, que implica la habilitación a proveedores de sistemas de IA de alto riesgo de tratar categorías especiales de datos para la corrección y detección de sesgos, es una medida de acción positiva. Se exploran las normativas que definen la acción positiva tanto en el ámbito de la UE como en el Estado español y se analiza cómo se encuadra la medida objeto de estudio según cada definición. También se estudia la circunscripción de la medida dentro de los límites establecidos a la acción positiva tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Constitucional en asuntos relativos a la igualdad por razón de sexo. Finalmente se presentan algunas conclusiones.*

Abstract: *This article explores whether the measure proposed in article 10(5) of Regulation (EU) 2024/1689 laying down harmonised rules on artificial intelligence, which enables providers of high-risk AI systems to exceptionally process special categories of personal data for the purpose of ensuring bias detection and correction, is a positive action measure. We present the European Union and Spanish' rules that define positive action and we analyse if the measure under*

study can be framed in the aforementioned definitions. Moreover, we study the measure in relation to the limits established for positive action by both the Court of Justice of the European Union and the Spanish Constitutional Court in matters relating to gender equality. Finally, we present some conclusions.

Palabras clave: acción positiva, Reglamento (UE) 2024/1689, antidiscriminación, sesgo, algoritmo

Keywords: positive action, EU AI Act, antidiscrimination, bias, algorithm

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas de promoción de la igualdad real y efectiva se podrían definir como aquellas que se llevan a cabo con el objetivo de mejorar las expectativas de vida de personas que pertenecen a ciertos colectivos sociales discriminados. Si bien tanto la normativa de la Unión Europea (UE) como la española promueven la aplicación de estas medidas, aquellas que implican que se vean afectados intereses de personas no pertenecientes a estos colectivos tienden a ser controvertidas¹.

Después de demostrarse que los sistemas algorítmicos pueden tener sesgos² y arrojar resultados discriminatorios³, se ha planteado la implementación de medidas para mitigarlos y corregirlos⁴. Una de estas medidas es el

¹ En este sentido, adicionalmente a los casos judiciales que planteamos a lo largo del trabajo, hay que tener en cuenta el auge de narrativas politizadas y ataques coordinados para que los valores de diversidad, equidad e inclusión que definen estas medidas se coinviertan en temas inconcebiblemente debatidos. Véase, en este sentido, el informe “Dismantling DEI: A coordinated attack on American Values”, firmado por Movement Advancement Project, Boulder, Colorado, 15 de julio de 2024. Disponible en <https://www.mapresearch.org/file/2024-DEI-report-MAP.pdf>

² Se puede definir un sesgo en los datos como una distorsión sistemática en los datos muestreados que comprometen su representatividad, véase: A. OLTEANU, et. al., “Social Data: Biases, Methodological Pitfalls, and Ethical Boundaries”, *Front Big Data*, vol. 2, num. 13, 2019, pp. 1-33.

³ Por ejemplo, cuando el sistema algorítmico se usa para tomar decisiones evidentemente subjetivas y que implican una predicción futura en base a criterios que han funcionado en el pasado, pero que no por ello han sido justos (véase, por ejemplo, el caso del algoritmo usado por Ofqual, la agencia reguladora del Reino Unido para exámenes y cualificaciones, para determinar las predicciones de acceso a la universidad: D. HEATON, et. al., “The algorithm will screw you”: Blame, social actors and the 2020 A Level results algorithm on Twitter”, *PLoS One*, vol. 18, num. 7, 2023, 1-29.

⁴ D. E. HO y A. XIANG, “Affirmative Algorithms: The legal grounds for fairness as awareness”, *The University of Chicago Law Review Online*, 2020, pp. 134-154; A.

tratamiento de categorías especiales de datos (que revelan información personal como el origen étnico u orientación sexual) para la detección y corrección de sesgos, planteada en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial⁵ (de ahora en adelante, Reglamento (UE) 2024/1689 o Reglamento). Su implementación implica que se tengan en cuenta atributos protegidos por el sistema algorítmico⁶ sin, a primera vista, establecer diferencias de trato en favor de personas pertenecientes a grupos sociales protegidos. Por tanto ¿se trata de una medida de acción positiva?, ¿debería superar un test de proporcionalidad para su implementación?

En este estudio introducimos, en primer lugar, el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 (2). Seguidamente analizamos el encuadre de estas medidas técnicas tanto en la normativa de la UE, que prevé medidas de promoción de la igualdad real y efectiva, como en la jurisprudencia que enmarca los requisitos para su validez en el ámbito de la igualdad por razón de sexo. A continuación, realizamos el mismo estudio en base a la normativa y la jurisprudencia del Estado español (3). Finalmente formulamos unas conclusiones (4).

CHOULDECHOVA y A. ROTH, "A snapshot of the frontiers of fairness in machine learning", *Communications of the ACM*, vol. 63, num. 5, 2020, pp. 82-89; N. MEHRABI, et. al., "A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning", *ACM Computing Surveys*, vol. 54, num. 6, Article 115, 2022, pp. 1-35; H. WEERTS, et. al., "The Neutrality Fallacy: When Algorithmic Fairness Interventions are (Not) Positive Action", *Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FACCT '24)*, 2024, pp. 2060-2070.

⁵ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE, L 2024/1689, 12.7.2024. El artículo 10.5 está relacionado con en 10.2 del Reglamento que establece que los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba se someterán a prácticas de gobernanza y gestión de datos adecuadas para la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo centradas en: f) el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando las salidas de datos influyan en las informaciones de entrada de futuras operaciones.

⁶ Con la expresión sistema algorítmico nos referimos a un sistema que basa su funcionamiento en algoritmos, que a su vez podríamos definir como un conjunto de instrucciones sistemáticas y previamente definidas que se utilizan para realizar una determinada tarea.

2. TRATAMIENTO DE CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PARA LA DETECCIÓN Y CORRECCIÓN DE SESGOS ALGORÍTMICOS

Ha sido reiterada la doctrina que ha planteado que el sistema de equidad a través del desconocimiento (fairness through unawareness) no era una técnica adecuada para abordar la discriminación causada por sistemas algorítmicos⁷, debido a que estos pueden inferir información relativa a los atributos protegidos (por ejemplo, origen étnico o edad) sin disponer de ellos, sino a través de otros datos que igualmente revelan esta información (p. ej. el código postal puede revelar el origen étnico).

Por parte de la UE se ha respondido a las preocupaciones que se planteaban en relación con los sesgos algorítmicos a través del artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689. El artículo 10 del Reglamento versa sobre datos y gobernanza de datos y establece ciertos criterios de calidad que los sistemas de inteligencia artificial (IA) de alto riesgo⁸ deben observar. Dentro de estos criterios, en el apartado quinto se habilita a los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo (por tanto no todos los sistemas de IA sino solo aquellos que se considera por parte de la normativa que pueden generar riesgos para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales⁹) a tratar excepcionalmente categorías especiales de datos con la finalidad de detectar y corregir sesgos, siempre que ofrezcan las garantías adecuadas en relación con los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas y bajo ciertas condiciones.

⁷ M. VEALE y R. BINNS, "Fairer machine learning in the real world: Mitigating discrimination without collecting sensitive data", *Big Data & Society*, vol. 4, num. 2, 2017, pp. 1-17; H. HOFFMANN, et. al., "Fairness by awareness? On the inclusion of protected features in algorithmic decisions", *Computer, Law and Security Review*, vol. 44, 2022, pp. 1-12; M. VAN BEKKUM y F. ZUIDERVEEN, "Using sensitive data to prevent discrimination by artificial intelligence: Does the GDPR need a new exception?", *Computer Law and Security Review*, vol. 48, 2023, pp. 1-12.

⁸ Según el artículo 6 del Reglamento son sistemas de IA de alto riesgo aquellos que estén destinados a ser utilizado como componente de seguridad de un producto o que sean uno de dichos productos (en relación con el anexo I de la norma), y también los sistemas que contemplados en el anexo III (que enumera ciertas áreas: biometría; infraestructuras críticas; educación; empleo; acceso a servicios públicos y privados; garantía de cumplimiento del derecho; migración, asilo y gestión del control fronterizo y Administración de justicia y procesos) cuando planteen un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, o influyan sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones.

⁹ Artículo 6 del Reglamento (UE) 2024/1689.

Estas condiciones se concretan en que no existan otros datos que se puedan utilizar para la misma finalidad (a), que se limite su reutilización (b), que se establezcan controles estrictos y documentación del acceso (c), que no se transmitan, transfieran o se accedan por terceros partes (d), que se eliminen los datos cuando hayan cumplido su finalidad (e) y que se registre el porqué de la estricta necesidad de tratamiento de estos datos y el motivo por el cual no podía alcanzarse el mismo objetivo con otros datos (f).

Este artículo describe una excepción al artículo 9 del Reglamento General de Protección de datos¹⁰ (RGPD) que prohíbe el tratamiento de categorías especiales de datos (siguiendo justamente una estrategia de equidad a través del desconocimiento en el ámbito de la privacidad y de la protección de datos). Este artículo prohíbe específicamente 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.

Según Papageorgiou¹¹, la aplicación del artículo 10.5 del Reglamento (UE) 2024/1689 se basa en la necesidad, de manera que la introducción de esta medida técnica debe superar un test de necesidad, que incluye comparar las alternativas disponibles en base a sus niveles de intrusión en la vida personal, de efectividad y de razonabilidad. La escasez de evidencias en relación con la disponibilidad, efectividad y ventajas y desventajas de diferentes medidas técnicas de equidad en el sistema de IA dificulta la demostración sobre la existencia o no de métodos alternativos menos intrusivos con una efectividad similar que pueden razonablemente alcanzar el objetivo de detección y corrección de sesgos.

Algunos trabajos argumentan que las medidas de equidad aplicadas a los sistemas algorítmicos son acciones positivas¹² y, sin embargo, otros tra-

¹⁰ 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 (Reglamento general de protección de datos). DOUE, L 119/1, 4.5.2016.

¹¹ I. PAPAGEORGIOU, "Proxy Fairness under the European Data Protection Regulation and the AI Act: A perspective of Sensitivity and Necessity", *Proceedings of the Seventh AAAI/ACM Conference on AI, Ethics and Society*, vol. 7, num. 1, 2024, pp. 1116.

¹² A. CHANDER, "The Racist Algorithm?", *Michigan Law Review*, vol. 115, num. 6, 2017, pp. 1025; J. KROLL, et. al., "Accountable algorithms", *University of Pennsylvania Law*

bajos puntualizan que las medidas de intervención en sistemas algorítmicos para mitigar sus efectos discriminatorios no se pueden considerar medidas de acción positiva, ya que los sistemas algorítmicos no pueden considerarse como neutros y se trata únicamente de asegurar que las predicciones para cada grupo poblacional que va a ser objeto de una decisión mediante el sistema algorítmico sean lo más precisas posible¹³.

Más específicamente, Ho y Xiang¹⁴ y Kim¹⁵ han planteado, por ejemplo, que el uso de atributos sensibles con el objetivo de detectar y corregir sesgos en los sistemas algorítmicos no puede considerarse una acción positiva en tanto que el atributo sensible se utiliza en un entorno holístico con otras características contextuales y solo se usa en el entrenamiento de estos sistemas y no en su desarrollo, nivelando las condiciones de los grupos desaventajados sin alterar los derechos de un grupo previamente favorecido.

El debate podría simplificarse en si se trata de medidas que promueven que el sistema algorítmico se abstenga de discriminar (dicho de otro modo, que aplique todas aquellas medidas disponibles para mitigar y corregir aquella discriminación evitable¹⁶) o de medidas de acción positiva. Como veremos, la línea divisoria entre estos dos tipos de medidas está construida artificialmente y depende de la base que elijamos para representar la realidad social¹⁷ y de la norma a la cual nos refiramos. En el artículo 10(5) del Reglamento no se hace mención explícita a que estas medidas sean de acción positiva (tratándose de un artículo con una finalidad claramente antidiscriminatoria, pero sin hacer referencia explícita a un instrumento clave del derecho antidiscriminatorio). En este sentido es interesante observar como en los trabajos citados en los que se discute si se trata o no de una medida de

Review, vol. 165, num. 3, 2017, pp. 687; H. HOCK, et. al., "Discrimination for the sake of fairness by design and its legal framework", *Computer Law & Security Review*, vol. 52, 2024, pp. 13.

¹³ D. HELLMAN, "Measuring algorithmic fairness", *Virginia Law Review*, vol. 106, num. 4, 2020, pp. 848; H. WEERTS, et. al., "The Neutrality Fallacy: When Algorithmic Fairness Interventions are (Not) Positive Action", cit., pp. 2060-2061.

¹⁴ D. E. HO y A. XIANG, "Affirmative Algorithms: The legal grounds for fairness as awareness", cit., p. 134.

¹⁵ P. T. KIM, "Race-Aware Algorithms: Fairness, nondiscrimination, and affirmative action", *California Law Review*, vol. 110, 2022, p. 1545.

¹⁶ Nos referimos con "discriminación evitable" aquella que puede corregirse a través de medidas técnicas (porque se trata de corregir errores técnicos) pero que no inciden en la corrección y mitigación de la discriminación estructural y sistémica.

¹⁷ H. WEERTS, et. al., "The Neutrality Fallacy: When Algorithmic Fairness Interventions are (Not) Positive Action", cit., p. 2067.

acción positiva, se plantea la acción positiva como una categorización jurídica a evitar atendiendo a las limitaciones jurisprudenciales a las que, para su implementación, debe hacer frente.

Nos planteamos entonces, cómo se definen las acciones positivas y si las medidas técnicas planteadas en el artículo 10(5) del Reglamento 2024/1689 se pueden integrar en este concepto.

3. ¿QUÉ MEDIDAS SE CONSIDERAN MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y QUÉ IMPLICACIONES TIENE ESTA CONSIDERACIÓN EN LA APRECIACIÓN DE SU LEGALIDAD?

Doctrinalmente se han definido las medidas de acción positiva de diferentes maneras: “medidas que tienen como objetivo nivelar las situaciones de desequilibrio para mitigar las desigualdades”¹⁸; medidas para la corrección de las desventajas teniendo en cuenta las implicaciones de ostentar un atributo protegido “para establecer criterios de selección en el empleo, promoción y participación en las instituciones de toma de decisión”¹⁹; “conjunto de prácticas encaminadas a impulsar y promover la igualdad real y, en consecuencia, tendentes a eliminar las diferencias fácticas entre grupos sociales”²⁰; “medida[s] diseñada[s] para beneficiar a cualquier miembro de uno o más grupos protegidos en cuanto a tal membresía”²¹; “medidas que tienen el objetivo de aumentar la representación o de abordar las desventajas de los grupos subordinados en un área concreta”²²; medidas que proporcionan “mejores condiciones para las personas que pertenecen a grupos desaventajados,

¹⁸ M. J. RIDAURA MARTÍNEZ, “La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, núm. 2, 2020, p. 340.

¹⁹ E. LOMBARDO, “La política de género de la UE: ¿atrapada en el “dilema de Wollstonecraft”?” en A. GARCÍA INDA y E. LOMBARDO (coords.), *Género y derechos humanos. Terceras Jornadas Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Mira, Zaragoza, 2002, p. 229.

²⁰ M. MACÍAS JARA, “Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva” en A. GARCÍA INDA y E. LOMBARDO (coords.), *Género y derechos humanos. Terceras Jornadas Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Mira, Zaragoza, 2002, p. 172.

²¹ T. KHAITAN, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 216.

²² K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Making Sense of Affirmative Action*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 12.

para acercarse más a la igualdad de oportunidades”²³; o un “amplio espectro de medidas que pueden adoptarse para revertir la discriminación”²⁴.

Ejemplos de medidas de acción positiva según las definiciones anteriormente planteadas incluyen la obligación de las candidaturas a las elecciones de presentar alternancia entre personas de género femenino y masculino, la reserva de plazas para personas con discapacidad en las ofertas de empleo público o los actos de sensibilización sobre la diversidad de orientaciones sexuales que pueden tener las personas.

Los textos normativos, a su vez, presentan diferentes definiciones, como veremos a continuación en relación con la normativa de la UE (3.1) y de España (3.2).

3.1. Ámbito de la Unión Europea

En este apartado estudiamos el alcance de las medidas de acción positiva en base a su configuración normativa (3.1.1) y en base a su configuración jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (3.1.2).

3.1.1. Configuración normativa de la acción positiva en el ámbito de la UE

El artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁵, antiguo artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, establece que, con el objetivo de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, no se impide a ningún Estado “mantener o adoptar *medidas que ofrezcan ventajas concretas* al sexo menos representado para facilitar el ejercicio de actividades profesionales o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. A su vez, el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) afirma que el principio de igualdad no impide “el

²³ A. BENGTON y V. M. L. PEDERSEN, “Affirmative Action, Paternalism, and Respect”, *British Journal of Political Science*, vol. 54, num. 2, 2024, p. 430.

²⁴ WEERTS, et. al., “The Neutrality Fallacy: When Algorithmic Fairness Interventions are (Not) Positive Action”, cit., p. 2060.

²⁵ Art. 157.4 TFUE: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que *ofrezcan ventajas concretas* destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

mantenimiento o la adopción de medidas que supongan *ventajas concretas* en favor del sexo menos representado” (en relación con el artículo 21 CDFUE que establece la prohibición de discriminación por razón de diferentes atributos protegidos entre ellos el sexo).

En el ámbito de la igualdad en relación con el sexo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)²⁶ (de ahora en adelante, Directiva 2006/54/CE) establece en su artículo 3, titulado “Acción positiva” que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”. Del mismo modo, la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma²⁷ (de ahora en adelante, Directiva 2010/41/UE) establece en su artículo 5, titulado “Acción positiva” que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas en el sentido del artículo 157, apartado 4, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, por ejemplo para fomentar iniciativas de actividad empresarial entre las mujeres”.

También, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro²⁸ (de ahora en adelante, Directiva 2004/113/CE), en su artículo 6, titulado “Acción positiva”, dispone que “el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miem-

²⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DOUE, núm. 204, de 26 de julio de 2006.

²⁷ Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. DOUE, núm. 180, de 15 de julio de 2010.

²⁸ Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. DOUE, núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

bros mantener o adoptar *medidas específicas* destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo”.

Este artículo es una reproducción idéntica del artículo 5 de 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 étnico²⁹ (de ahora en adelante, Directiva 2000/43/CE), y del artículo 7³⁰ de la 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 ocupación³¹ (de ahora en adelante Directiva 2000/78/CE), aplicable a características personales relativas a la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual³².

Estos artículos que se refieren a la acción positiva obligan a las personas responsables de la implementación de las medidas a no ignorar el atributo protegido sino a tenerlo específicamente en cuenta (al revés que la mayoría

²⁹ 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. DOCE, núm. 180, de 19 de julio de 2000.

³⁰ Nos referimos al artículo 7 en la versión de la Directiva en inglés que se titula “positive action” ya que en la versión de la Directiva en español se titula el artículo como “Acción positiva y medidas específicas” sin que en el artículo se diferencien unas de otras.

³¹ 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. DOCE, núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

³² En relación con esta última Directiva es particularmente confuso el título del artículo 7 que, por ejemplo, en la versión en español (“Acción positiva y medidas específicas”), francés (“Action positive et mesures spécifiques”) e italiano (“Azione positiva e misure specifiche”) diferencia dos tipos de medidas sin que en el contenido del artículo se diferencien unas de otras. En cambio, en la versión en inglés (“Positive action”) no existe tal dualidad. Se podría interpretar que el primer apartado se refiere a la acción positiva y el segundo a las medidas específicas y, sin embargo, es en el primer apartado en el que se hace referencia a medidas específicas. El artículo dispone:

“1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

de los instrumentos antidiscriminatorios que se basan en la premisa que los atributos protegidos deben ser irrelevantes)³³.

Tanto la Directiva 2000/43/CE (artículo 5) como la Directiva 2000/78/CE (artículo 7) y la Directiva 2004/113/CE (artículo 6) se refieren a “medidas específicas destinadas a evitar o compensar” y en cambio el artículo 157.4 TFUE y por referencia expresa el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE y el artículo 5 de la Directiva 2010/41/UE se refieren a “medidas que ofrezcan ventajas concretas”. Esto significa que en las primeras Directivas el alcance de la acción positiva es mayor que en el artículo 157.4 TFUE, en la Directiva 2006/54/CE y en la Directiva 2010/41/UE, que limitan estas medidas a las que ofrezcan ventajas concretas³⁴. De este modo, una formación en una empresa que ofrece servicios médicos para la promoción de un trato con el público no racista, no sexista y no heteronormativo sería considerada acción positiva en base a las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, y 2004/113/CE, y en cambio no lo sería en base al artículo 157.4 TFUE ni en base a la Directiva 2006/54/CE o a la Directiva 2010/41/UE al no ofrecer ninguna ventaja concreta. Igualmente pasa en relación con las medidas técnicas planteadas en el artículo 10(5) del Reglamento 1689/2024: encajan perfectamente en la definición de acción positiva que establecen las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2004/113/CE, en tanto que medidas específicas destinadas a evitar (no compensar) las desventajas sufridas, y en cambio, no se pueden integrar en la definición de acción positiva del artículo 157.4 TFUE, del artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE o del artículo 5 de la Directiva 2010/41/UE que se refieren al ofrecimiento de ventajas concretas.

Se debe destacar que las acciones positivas tal y como planteadas en la normativa de la UE pueden ser implementadas o no por parte de los Estados

³³ L. WADDINGTON y M. BELL, “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A search for conceptual clarity”, *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 1517.

³⁴ La normativa europea es ambigua en relación con la definición de ciertos instrumentos tendentes a corregir las desigualdades materiales. Por ejemplo, medidas como los ajustes razonables que se exigen para personas con discapacidad (artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE), la recolección de datos estadísticos de grupos sociales concretos para establecer las discriminaciones que sufren o las políticas públicas para promover la inclusión social que impliquen un trato diferencial (p. e. ayudas al transporte a personas mayores de 65 años o exenciones fiscales a personas con discapacidades) encajarían perfectamente en la definición de medidas específicas destinadas a compensar las desventajas sufridas por razón de algún atributo protegido por la legislación. Véase, en este sentido: L. WADDINGTON y M. BELL, “Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A search for conceptual clarity”, cit., p. 1525.

Miembros. En el caso del artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689, los destinatarios de la habilitación de tratamiento de categorías especiales de datos para la corrección y detección de sesgos no son los Estados sino los proveedores de los sistemas de alto riesgo, estableciendo el artículo también un régimen de voluntariedad al referirse a que *podrán* implementar estas medidas en vez de que *deberán* hacerlo. Ahondando en esta cuestión, según la norma cambia el destinatario de la obligación de aplicar la medida de corrección de la desigualdad material siendo en el artículo 157.4 TFUE y las Directivas, los Estados miembros de la UE (poderes públicos), y en el Reglamento (UE) 2024/1689 los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo (actores privados). En cualquier caso, como bien subraya Müller³⁵, la normativa antidiscriminación a la vez que promueve que se implementen técnicas para quitar los sesgos de los algoritmos limita su introducción ya que no pueden causar lo que en la literatura especializada se ha denominado discriminación inversa³⁶, es decir, una afectación desproporcionada a los intereses de otro colectivo social³⁷, como veremos en relación con los límites que establece la jurisprudencia del TJUE.

3.1.2. Límites que establece la jurisprudencia del TJUE a las medidas de acción positiva

El TJUE ha establecido una jurisprudencia relativa a las medidas de acción positiva centrada en aquellas aplicadas al ámbito laboral y por razón de sexo³⁸. Los asuntos dirimidos se centraban en medidas que pretendían

³⁵ J. L. MÜLLER, "Fairness in Machine Learning as "Algorithmic Positive Action"", EWAf'23: European Workshop on Algorithmic Fairness, vol. 7, num., 9, Winterthur, Switzerland, 2023, p. 5.

³⁶ F. REY MARTÍNEZ, "Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018", *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 144.

³⁷ Desde nuestra perspectiva esta es una mala denominación ya que confunde el concepto de discriminación, que debería estar reservado a aquellos colectivos que la han sufrido (minusvaloración por ostentar un atributo protegido) y no a otros colectivos o personas integrantes de ciertos colectivos que, si bien pueden ver afectados sus intereses por una medida de acción positiva, esta afectación será de otra naturaleza, no discriminatoria. Véase, en este sentido: M. A. BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1997, pp. 94-95.

³⁸ No entramos a analizar la jurisprudencia relativa a los ajustes razonables para personas con discapacidad al regularse (y por tanto distinguirse) de las acciones positivas en la Directiva 2000/78/CE (artículo 5 y 7 respectivamente). Hay que apuntar, sin embargo, que el enfoque establecido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78 en referencia a limitar la introduc-

establecer criterios de selección para equilibrar la competición y que las mujeres contasen con más posibilidades (de las que contaban sin la introducción de esta medida) de obtener el bien en disputa (en estos casos un puesto de trabajo concreto) (véase: asunto Kalanke³⁹, Marschall⁴⁰, Badeck⁴¹ y Abrahamsson⁴²).

El TJUE estableció que las medidas de acción positiva en un contexto competitivo de obtención de un puesto de trabajo no eran válidas si concedían preferencia automática a las mujeres (caso Kalanke, párr. 22). Se podía otorgar el puesto a la candidata femenina si existía una equivalencia entre los méritos de las personas candidatas, que podían no ser los mismos, pero no podía haber una diferencia considerable (caso Abrahamsson, párr. 62) y siempre que existiese una cláusula de apertura (preferencia salvo que concudiesen en el candidato varón motivos que inclinasen la balanza a su favor) (caso Marschall, párr. 33).

Asimismo, en otros casos se discutieron medidas de acción positiva que concedían ventajas a mujeres, siempre considerándolas como una excepción a la igualdad formal de trato: los asuntos Lommers⁴³, Briheche⁴⁴, Griesmar and Wa⁴⁵, Alvarez⁴⁶ y Leone⁴⁷.

ción de los ajustes razonables a que estos no supongan una carga excesiva para la empresa, podría aplicarse también a la introducción de medidas de equidad en los sistemas algorítmicos por parte de las empresas.

³⁹ STJUE, Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, 17 de octubre de 1995.

⁴⁰ STJUE, Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, 11 de noviembre de 1997.

⁴¹ STJUE, Georg Badeck y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, C-158/97, 28 de marzo de 2000.

⁴² STJUE, Katarina Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, C-407/98, 6 de julio de 2000.

⁴³ STJUE, H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99, 19 de marzo de 2002, párr. 50.

⁴⁴ STJUE, Serge Briheche contra Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice, C-319/03, 30 de septiembre de 2004.

⁴⁵ STJUE, Joseph Griesmar v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie and Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, C-366/99, 29 de noviembre de 2001.

⁴⁶ STJUE, Pedro Manuel Roca Álvarez v Sesa Start España ETT SA, C-104/09, 30 de septiembre de 2010.

⁴⁷ STJUE, Maurice Leone and Blandine Leone v Garde des Sceaux, ministre de la Justice and Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, C173/13, 17 de julio de 2014.

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que la acción positiva debe ser capaz de superar un test de proporcionalidad⁴⁸, prestando más atención a la legitimidad de la medida que a su efectividad o necesidad⁴⁹. A pesar de que en la normativa europea no se hace ninguna referencia a la temporalidad que debe tener la medida⁵⁰, se entiende que es un factor que debe ser considerado en el momento de determinar la proporcionalidad de esta⁵¹.

Además, la medida debe mantenerse en los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo⁵². El Tribunal se refiere aquí a que los medios utilizados deben ser los adecuados para el objetivo perseguido y que los intereses deben ser ponderados para que las consecuencias estén justificadas en base a la importancia del objetivo perseguido.

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también establece en relación con la acción positiva que una diferencia de trato es discriminatoria a efectos del artículo 14 del Convenio si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue una finalidad legíti-

⁴⁸ T. NOWAK, "Dutch positive action measures in higher education in the light of EU law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, num. 4, 2022, p. 477; L. WADDINGTON y M. BELL, "Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A search for conceptual clarity", cit., p. 1506.

⁴⁹ T. NOWAK, "Dutch positive action measures in higher education in the light of EU law", cit., p. 477.

⁵⁰ No es así, sin embargo, en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que establece que "la adopción de medidas especiales de carácter *temporal* encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación (...)". Del mismo modo, y como veremos más adelante, en el ámbito del Estado español, la Ley15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la 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, en sus artículos 6.7 y 3.f respectivamente, se refieren a que las medidas de acción positiva serán "aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican". La Comisión Europea (2009: 27), sin embargo, establece que algunas formas de exclusión y desventaja están tan arraigadas que sólo las medidas de acción positiva a largo plazo pueden ayudar corregirlas, considerándose, a pesar de no existir un límite en relación con su temporalidad, proporcionadas y justificadas.

⁵¹ L. WADDINGTON y M. BELL, "Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A search for conceptual clarity", cit., p. 1511.

⁵² STJUE, H. Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99, 19 de marzo de 2002, par. 39.

ma o no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁵³. Según la sentencia de 21 de febrero de 1997, Van Raalte contra Países Bajos⁵⁴ las razones para una diferencia de trato basada únicamente en el sexo deben ser de peso para que sea compatible con el Convenio y deben esgrimirse ante el Tribunal poderosas razones para que este pueda considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo compatible con el Convenio.

Las medidas técnicas planteadas en el artículo 10(5) del Reglamento 1689/2024, como ya hemos especificado, el tratamiento de categorías especiales de datos para la detección y corrección de sesgos, si bien están teniendo en cuenta los atributos protegidos no implican el ofrecimiento de ventajas específicas a ninguna persona en concreto, sino que pretenden mejorar la precisión del sistema según grupos sociales determinados y evitar que estos se vean perjudicados por sesgos adquiridos por el sistema que –aun teniendo la posibilidad de evitarse– no se han podido detectar.

Otra cosa sería que el tratamiento de estos datos, eventualmente en la cadena decisoria, sí que estableciese u ofreciese ventajas a las personas pertenecientes a ciertos colectivos sociales, al mejorar el trato que recibiesen por parte del sistema algorítmico debatiéndose entonces su validez en relación con su legitimidad y proporcionalidad. En ese caso, se debería probar que la medida se mantiene dentro de los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo perseguido.

También se debería probar la legitimidad de la medida para evitar los resultados discriminatorios que podría arrojar el sistema algorítmico, y la necesidad de implementarla (por ejemplo, que de no hacerlo disminuirían las posibilidades de detectar y corregir el sesgo algorítmico). La idoneidad de la medida debería medirse bajo el concepto de mejores técnicas disponibles⁵⁵ (existencia o no de una medida alternativa que pueda ser igual o más efectiva con menor incidencia en los derechos fundamentales). Finalmente, debería probarse su proporcionalidad en relación con los medios empleados (uso de datos personales) y la finalidad perseguida (detección y corrección

⁵³ STEDH de 11 de junio de 2002, Willis contra Reino Unido, núm. demanda 36042/97, párr. 39.

⁵⁴ STEDH de 21 de febrero de 1997, Van Raalte contra Países Bajos, núm. demanda 20060/92, párr. 39.

⁵⁵ Este concepto, inspirado en la normativa relativa al ámbito medioambiental, incluye las medidas técnicas disponibles que son mejores para la prevención o minimización del impacto discriminatorio del sistema algorítmico.

de sesgos que de no ser detectados tendrían efectos discriminatorios). En este sentido, es un factor positivo que la medida establecida en el artículo 10(5) del Reglamento 2024/1689 exija garantías adecuadas para la salvaguardia de los derechos y libertades de las personas físicas⁵⁶ y el cumplimiento de las condiciones enumeradas (no reutilización, eliminación de los datos después del uso, no transmisión, entre otros).

En referencia a la temporalidad de la medida relacionada con la proporcionalidad, si bien no se establece en el artículo que cuando ya no sea necesario se dejará de implementar esta medida (siendo improbable que en algún momento deje de ser necesaria al reproducir los sistemas algorítmicos las discriminaciones sociales más arraigadas), sí que se establece que cuando ya no sean necesarios (o se haya llegado al final de su periodo de conservación) los datos se borran y dejen de ser usados de manera que las medidas técnicas ya no serán implementadas.

El artículo, además, obliga a justificar el porqué de la necesidad de utilizar los las categorías especiales de datos. Tal y como argumenta Papageorgiou⁵⁷, se debe justificar por qué razón introducir esta medida teniendo en cuenta que implica una intrusión en los datos personales de las personas afectadas. De este modo, las empresas y organizaciones que apliquen esta medida deberán argumentar las razones concretas por las cuales se justifica su introducción. Deberían poder hacerlo en base a estadísticas que demuestren la situación de discriminación en que se encuentran las personas pertenecientes a un colectivo social específico⁵⁸, sin ser necesarias evidencias en el caso concreto (siendo estas difíciles de recabar dada la complejidad de funcionamiento de los sistemas algorítmicos).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que se debería poder probar que la medida introducida ha producido efectivamente una diferencia de trato y por tanto debería poderse comparar el desempeño del sistema tanto con la aplicación de la medida como sin ella. Esto se puede augurar difícil dada la

⁵⁶ Debería especificarse en el momento de la implementación de las medidas técnicas qué tipo de garantías se están aplicando (por ejemplo, confección de evaluaciones de riesgo o de evaluaciones de impacto o registro de las actividades).

⁵⁷ I. PAPAGEORGIOU, "Proxy Fairness under the European Data Protection Regulation and the AI Act: A perspective of Sensitivity and Necessity", cit., p. 1116.

⁵⁸ *Contrario sensu*, en la sentencia del Tribunal Supremos de los Estados Unidos City of Richmond v. J. A. Croson Co., (488 U.S. 469) de 1989, el tribunal no consideró suficientemente convincente para la introducción de una medida de acción positiva remediar los efectos de la discriminación social en general.

opacidad e inescrutabilidad del sistema algorítmico, que basa sus resultados en la correlación (que no la causalidad) y la difícil determinación del peso de cada factor que se ha tenido en cuenta en el resultado final.

3.2. Ámbito del Estado español

Estudiamos en este apartado, el alcance de las medidas de acción positiva en base a su configuración normativa en España (3.2.1) y en base a su configuración jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional (TC) (3.2.2).

3.2.1. Configuración normativa de la acción positiva en el ámbito del Estado Español

Las medidas de acción positiva encuentran su justificación constitucional en el artículo 9.2 de la Constitución Española (CE)⁵⁹, que afirma que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, en relación con el principio de igualdad enunciado en el artículo 14 CE. También, teniendo en cuenta que la habilitación del tratamiento de categorías especiales de datos para la detección y corrección de sesgos se dirige a los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo, en caso de considerarse acciones positivas basarían su constitucionalidad, tal como plantea Giménez Gluck⁶⁰ en el artículo 38 CE relativo a la libertad de empresa (la persona empresaria tiene la libertad de implementar medidas de acción positiva en su empresa).

El artículo 6.7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁶¹ (de ahora en adelante Ley 15/2022) estable-

⁵⁹ Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

⁶⁰ D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 142.

⁶¹ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE, núm. 167, de 13/07/2022. Esta Ley extiende su protección a más atributos protegidos que aquellos planteados en las directivas europeas antidiscriminación, siguiendo la perspectiva adoptada por el artículo 21 CDFUE –abierta y sin establecer una lista numerus clausus–: al nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado

ce que “se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social (...) [y] serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican⁶² y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan⁶³”.

En relación con esta ley es pertinente señalar que en su artículo 3.o establece dentro de su ámbito de aplicación la Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación⁶⁴. Vinculado directamente con este artículo se desarrolla el artículo 23 que establece que se favorecerá la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente, abordando el potencial impacto discriminatorio que el algoritmo pueda tener⁶⁵.

Por su parte, la 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 LGTBI⁶⁶, en su artículo 3 establece la misma definición de acción positiva que la Ley 15/2022⁶⁷.

serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁶² La idea relativa a la temporalidad de la acción positiva y la razonabilidad y proporcionalidad de los medios de desarrollo y los objetivos perseguidos parece emanar del concepto de “goals and timetables”, desarrollado por el presidente de los Estados Unidos, Nixon, para el establecimiento en el ámbito laboral de planes de acción positiva en base al establecimiento de ciertos objetivos y la concreción de los períodos de tiempo en los que estos objetivos debían ser conseguidos.

⁶³ Del mismo modo, pero solo en el ámbito de la discriminación por razón de sexo, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se establece que las medidas específicas para corregir situaciones patentes de desigualdad entre mujeres y hombres serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

⁶⁴ Artículo 3.1.o de la Ley 15/2022.

⁶⁵ Artículo 23.1 de la Ley 15/2022.

⁶⁶ 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, núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

⁶⁷ La Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres no define el concepto de acción positiva, refiriéndose, sin embargo, en la exposición de motivos, al artículo 23 CDFUE y 157 TFUE. La finalidad de la ley es en sí una acción positiva al exigir una representación paritaria entre mujeres y hombres en

Estas leyes limitan el ámbito de actuación de las medidas de acción positiva a aquellas *diferencias de trato* con el objetivo de compensar cualquier forma de discriminación (que deberán ser razonables y proporcionadas en relación con los medios utilizados y los objetivos perseguidos). En cambio, el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶⁸ (de ahora en adelante, LO 3/2007) establece que “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán *medidas específicas* en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”. Se utiliza también el concepto “medidas específicas” en el artículo 2.g del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁶⁹ en el cual se definen las medidas de acción positiva como “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”⁷⁰.

Además, en el artículo 30 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁷¹ (de ahora en adelante, Ley 62/2003), relativo a las medidas de acción positiva en relación con el origen

determinados ámbitos y órganos públicos y privados. También artículo 17.4 del Estatuto de los Trabajadores, sin definir el concepto acción positiva dispone que la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, incluyendo la disposición de 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.

⁶⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE, núm. 71, de 23/03/2007.

⁶⁹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE, núm. 289, de 03/12/2013.

⁷⁰ Un ejemplo sería la medida establecida en el artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público que contempla la reserva de un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad en las ofertas de empleo público.

⁷¹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE, núm. 313, de 31/12/2003.

racial o étnico se hace referencia al mantenimiento o adopción de “*medidas específicas* a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten por razón de su origen racial o étnico”. Hay que tener en cuenta que la Ley 62/2003 transpone la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE y la LO 3/2007 transpone la Directiva 2004/113/CE que, como ya hemos referenciado, definen la acción positiva como “medidas específicas...”.

La redacción previa a la Ley 15/2022 se refería a las acciones positivas como “medidas específicas para...” y en cambio posteriormente se utiliza la fórmula precisa de “diferencias de trato”, excluyendo de la identificación como acciones positivas de todas aquellas medidas que todo y considerar los atributos protegidos no implican una diferencia de trato. En relación con la medida técnica planteada en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 1689/2024, justamente, nos encontramos con que si bien la medida encaja perfectamente en la definición de acción positiva previa a la Ley 15/2022, es decir, medidas específicas para evitar o prevenir (que no corregir o compensar) situaciones patentes de desigualdad, no lo hace del mismo modo con la definición de acción positiva de la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023 que implica no cualquier medida sino aquella que específicamente suponga una diferencia de trato para prevenir, eliminar y, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. En este sentido, y del mismo modo que pasa en el caso de la normativa de la UE, en base a ciertas normas se podrían considerar las medidas técnicas del artículo 10(5) del Reglamento como acciones positivas y en cambio en base a otras no.

3.2.2. *Límites que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a las medidas de acción positiva*

El TC ha establecido la inconstitucionalidad del tratamiento diferencial fundado en las categorías del artículo 14 CE, salvo si su finalidad consiste en revertir situaciones de desigualdad material de oportunidades que afectan tradicionalmente a ciertos grupos de personas. Estas medidas implican que el control constitucional devenga más estricto tanto respecto a la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (que recae sobre quien asume la defensa de ésta), como de la ponderación de su carácter proporcional⁷².

⁷² Auto TC 119/2018, de 13 de noviembre, FJ 6.

Fue en la sentencia 128/1987, de 16 de julio⁷³, donde el TC se pronunció por primera vez en relación con la acción positiva en la desestimación del amparo a un varón que alegaba una vulneración del artículo 14 CE, ya que en el hospital donde trabajaba se daba una prestación económica por concepto de guardería para el cuidado de hijos menores de seis años al personal femenino (con independencia de su estado civil) y a hombres viudos⁷⁴. El TC declaró que se trataba de una medida que respondía al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 de la Constitución⁷⁵, y por tanto se podría dar el trato diferenciado. El Tribunal señaló que este tipo de medidas solo venían justificadas si efectivamente existían circunstancias sociales discriminatorias (dificultad de acceso de la mujer con hijos pequeños a su cuidado al mercado de trabajo) y bajo una revisión periódica que pudiese determinar su cese cuando se hubiesen alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato⁷⁶.

Según el Auto TC 119/2018, de 13 de noviembre, hay notas definitorias de las medidas de acción positiva en favor de la mujer en base a las cuales se aprecia su constitucionalidad⁷⁷: que encuentran su fundamento constitucional en el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; que para su exigibilidad existe una concreción normativa previa; que la medida en todo caso resulta proporcionada; que su vigencia se presuponga temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició; y que en el ámbito de procedimientos selectivos en la función pública, no se conculquen los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE).

En relación con la medida planteada en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689, por un lado, el primer requisito no es controvertido ya que la medida encuentra su fundamento constitucional en el artículo 9.2, es decir, promueve la igualdad real y efectiva debido a que la no introducción de

⁷³ STC 128/1987, de 16 de julio.

⁷⁴ Este asunto es muy similar al Caso Lommers (C-476/99) sentenciado por el TJUE, anteriormente referenciado.

⁷⁵ STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 11.

⁷⁶ Ídem, FJ 8.

⁷⁷ El TC también ha apreciado medidas de acción positiva para mitigar o corregir desventajas causadas por razón de discapacidad (véase, por ejemplo, STC 21/2023, de 27 de marzo; STC 5/2022, de 24 de enero; STC 172/2021, de 7 de octubre) que no abordaremos al adaptarse mejor a la medida objeto de estudio la jurisprudencia relativa a las acciones positivas en favor de la mujer.

la medida implicaría que no ha habido una detección y corrección de sesgos (que tienen una incidencia directa en los resultados discriminatorios que arroje el sistema algorítmico). Además, encuentra su límite en el derecho a la no discriminación del artículo 14 en el sentido que la introducción de la medida no tiene ninguna afectación en los otros colectivos sociales que no se ven afectados por los sesgos algorítmicos.

Por otro lado, esto es, sin embargo, discutible en el sentido de que si bien es cierto que la introducción de esta medida puede evitar o mitigar que el sistema algorítmico arroje resultados discriminatorios en relación con ciertos grupos de población, ocasionando, por consiguiente, que en caso de toma de decisiones concretas reciban un trato mejor (menos sesgado) del sistema algorítmico, esto puede conllevar una disminución de las posibilidades que las personas que no ostentan un atributo protegido obtengan el mismo resultado (más favorable para ellas) que si no se hubiese introducido la medida (por ejemplo, la medida de corrección del sesgo influye en la elección que hace el algoritmo en relación a la otorgación de un bien concreto). Sería posible entonces que el tribunal determinase que la medida no respeta el límite establecido en el artículo 14 CE.

En relación con el segundo requisito, la medida se concreta normativamente en artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 y también encuentra su justificación en la normativa antidiscriminación antes referida en tanto que medida específica destinada a evitar (que no compensar) discriminaciones o desventajas por razón de alguna característica personal especialmente protegida por la legislación.

En relación con el tercer requisito, tal como hemos argumentado en el apartado relativo a la jurisprudencia del TJUE, la medida tal como está planteada en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 establece tanto la exigencia de estricta necesidad para su aplicación, como la implementación de garantías y salvaguardias para los derechos y libertades como condiciones de aplicación que facilitan que pueda considerarse proporcionada. A pesar de que estas condiciones están pensadas para apreciar la proporcionalidad de la medida en relación con la injerencia que supone en la protección de datos, también pueden ser útiles para evidenciar la proporcionalidad en relación con la afectación a los intereses de otros colectivos sociales. Del mismo modo que en el apartado relativo al TJUE, se deberá justificar la necesidad, idoneidad y finalidad legítima de la medida (por ejemplo, la detección y corrección de sesgos).

Para apreciar la proporcionalidad en sentido estricto se deben ponderar los bienes constitucionales enfrentados examinando la gravedad o el impacto jurídico de la injerencia en el bien constitucional. Se podría considerar que existen diferentes bienes constitucionales enfrentados, ya sean el derecho a la protección de datos (artículo 18.4 CE) con el derecho a la igualdad y la no discriminación (artículo 14 CE) y el derecho a la igualdad por un lado (artículo 14 CE, primera parte) y a la no discriminación (artículo 14 CE segunda parte)⁷⁸ (en el caso que la implementación de la medida técnica pudiese ser considerada como generadora de un impacto negativo en los colectivos que no ostentan un atributo protegido). En este sentido debería evidenciarse que la medida es adecuada para conseguir el objetivo de la detección de sesgos y que no existe otra menos invasiva que pueda utilizarse⁷⁹.

En relación con la temporalidad de la medida, como hemos estudiado anteriormente, se podría argumentar que en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 se establece como condición para la habilitación del tratamiento de los datos personales que estos sean eliminados una vez que se haya corregido el sesgo o los datos personales hayan llegado al final de su período de conservación, si esta fecha es anterior, de manera que se instaure un límite temporal a la introducción de la medida. Sin embargo, debe considerarse que este límite temporal puede no guardar relación con la necesidad de la medida sino simplemente con el final del período de conservación.

En relación con el último requisito, en caso de utilizar esta medida en sistemas algorítmicos aplicables a procedimientos selectivos en la función pública, se deberá demostrar que la medida no incide en los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE), más allá de si se calcula por parte del sistema algorítmico la obtención de méritos teniendo en

⁷⁸ Véase: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, 1986, Madrid, pp. 65-66; C. M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación un intento de delimitación", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, núm. 50-51, 2005, p. 218. Estos trabajos plantean que el artículo 14 CE tiene dos partes, la primera relativa al principio de igualdad y la segunda relativa al principio de no discriminación, que no puede considerarse como un "añadido", ni una simple especificación del principio, sino que es un mandato especial del principio de igualdad y que va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley.

⁷⁹ En el ámbito de los sistemas algorítmicos se plantea también que una medida que es estrictamente proporcional debería navegar en la situación en que un logro en precisión no es una pérdida en equidad y viceversa, véase: D. E. HO y A. XIANG, "Affirmative Algorithms: The legal grounds for fairness as awareness", cit., p. 143 y 144.

cuenta el contexto (patriarcal, sexista, racista, etc.) en que se han obtenido o no. En cualquier caso, esta disyuntiva se plantea intervengan o no sistemas algorítmicos en los procesos de selección.

4. CONCLUSIONES

En la normativa europea y española encontramos diferentes definiciones de acción positiva. Esta disparidad de definiciones ocasiona que las medidas técnicas planteadas en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 que habilita excepcionalmente a proveedores de sistemas de IA de alto riesgo a tratar categorías especiales de datos a fin de detectar y corregir sesgos (y por ende evitar resultados discriminatorios), concuerden con ciertas definiciones de acción positiva (medidas específicas para evitar o prevenir desventajas) y con otras no (medidas que ofrezcan ventajas concretas o diferencias de trato).

La falta de claridad terminológica y los límites que se han planteado por el TJUE (y en el mismo sentido por el TC) a la aplicación de medidas de acción positiva en el ámbito de la igualdad por razón de sexo han conllevado que en algunos trabajos interdisciplinarios se plantee la acción positiva como una categorización jurídica en la cual sería mejor que no se clasificase una medida que contribuyese a evitar o mitigar los resultados discriminatorios de los sistemas algorítmicos. Sin embargo, son solo aquellas medidas que afectan a intereses de otro colectivo las que pueden ser controvertidas.

En el caso de la habilitación de tratamiento de categorías especiales de datos con la finalidad de detección y corrección de sesgos establecida en el artículo 10(5) del Reglamento (UE) 2024/1689, la medida establecida tiene en cuenta atributos especialmente protegidos para mejorar las expectativas de vida de las personas pertenecientes a colectivos protegidos y mitigar la potencialidad de que sean sujetos a resultados discriminatorios, sin ofrecer ventajas concretas o diferencias de trato. Además, la consideración de los atributos no se circunscribe a un proceso decisorio concreto, sino que se da en un contexto más amplio (entrenamiento del sistema de IA) y bajo unas estrictas condiciones y obligaciones de implementar salvaguardias para los derechos fundamentales y libertades públicas, que en el supuesto caso de ver cuestionada su legitimidad como medida válida de acción positiva ayudarían a superar un test de proporcionalidad.

No obstante, hay que tener en cuenta que eventualmente se podría argumentar que la introducción de una medida con estas características sí que

supone una diferencia de trato ya que la detección y corrección de sesgos mejora las posibilidades del grupo que comparte un atributo protegido a recibir un mejor resultado por parte del sistema algorítmico –perjudicando a otros grupos que hubieran obtenido mejores resultados si no fuese por la introducción de la medida. En este caso, tal como queda establecido por la jurisprudencia del TJUE (y del TC con unos criterios similares) se debería justificar la introducción de la medida en base a su necesidad, idoneidad (en relación con las mejores técnicas disponibles) y proporcionalidad. En este sentido, debería evidenciarse el impacto de la medida en los resultados, comparando cuales hubiesen sido si no se hubiese introducido la medida. Esto puede ser difícil de probar (y de apreciar por parte del tribunal que juzgue el caso) dada la opacidad e inescrutabilidad del sistema algorítmico.

En la redacción de la medida del artículo 10(5) del Reglamento se ha evitado entrar en consideraciones de derecho antidiscriminatorio, si bien para evitar concreciones terminológicas que generan rechazo por parte de ciertos grupos sociales o para tecnificar la medida planteada abstrayéndola del universo (a veces confuso) de las normas antidiscriminatorias. En cualquier caso, la interrelación de este artículo con el derecho antidiscriminatorio hace emerger preguntas relativas a la claridad de la normativa que configura la acción positiva, a la adaptación de este instrumento y su aplicación en sistemas algorítmicos y al enfoque que debe tomar la comunidad jurídica en el desafío que supone traducir cuestiones sociales complejas a criterios claros y concretos sobre como configurar las medidas técnicas para controlar, prevenir, evitar y corregir los resultados discriminatorios que pueden generar los sistemas algorítmicos.

ANNA CAPELLÀ I RICART
Institut de Dret i Tecnologia
Universitat Autònoma de Barcelona
Campus de la UAB
08193 Bellaterra - Cerdanyola del Vallès
e-mail: anna.capella@uab.cat