

DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA NO EMPREGO E NA RELACIÓN LABORAL

TATIANA RODIÑO DOMINGUES

Persoal Investigador
Universidade de Vigo (España)
tati.rodino16@gmail.com

RESUMO

A proliferación da intelixencia artificial e dos algoritmos no ámbito xurídico laboral, creou un debate xurídico acerca das consecuencias que o seu uso pode conlevar entorno aos dereitos fundamentais. Tamén, no referido as aplicacións destes mecanismos automatizados nos procesos de acceso ao emprego, o dereito a unha intervención humana mínima e o obrigado deber de transparencia. Por iso, tras diversa normativa soft law, a Unión Europea definiu como prioridade, a aprobación dunha futura “Lei de Intelixencia Artificial”, que supondrá un antes e un despois á hora de configurar o uso e os límites da IA.

Palabras chave: Intelixencia artificial; Big Data; Algoritmos; Transparencia; Discriminación Algorítmica; Acceso ao emprego; Decisións automatizadas; Protección de Datos.

ABSTRACT

The proliferation of artificial intelligence and algorithms in the field of labour law, has created a legal debate about the consequences of their use on fundamental rights. Also, with regard to the application of these automated mechanisms in the employment access processes, the right to minimum human intervention and the obligatory duty of transparency. For this reason, after several soft law regulations, the European Union has defined as a priority the approval of the

future “Artificial Intelligence Law”, which will mark a turning point in the definition of the use and limits of AI.

Keywords: Artificial intelligence; Big Data; Algorithms; Transparency; Algorithmic discrimination; Access to employment; Automated decisions; Data protection.

RESUMEN

La proliferación de la inteligencia artificial y de los algoritmos en el ámbito jurídico laboral, ha creado un debate jurídico acerca de las consecuencias que su uso puede conllevar en torno a los derechos fundamentales. También, en lo referido a la aplicación de estos mecanismos automatizados en los procesos de acceso al empleo, el derecho a una intervención humana mínima y el obligado deber de transparencia. Por ello, tras diversa normativa soft law, la Unión Europea ha definido como prioridad, la aprobación de la futura “Ley de inteligencia Artificial”, que supondrá un antes y un después a la hora de configurar el uso y los límites de la IA.

Palabras clave: Inteligencia artificial; Big Data; Algoritmos; Transparencia; Discriminación algorítmica; Acceso al empleo; Decisiones automatizadas; Protección de datos.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. BIG DATA E PROTECCIÓN DE DATOS; 3. USO ALGORÍTMICO NO ACCESO AO EMPREGO; 4. REGULACIÓN DOS SISTEMAS DE INTELIXENCIA ARTIFICIAL?; 4.1. A UNIÓN EUROPEA ANTE OS ALGORITMOS; 4.2. O DEREITO INTERNO ANTE OS ALGORITMOS; 5. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA; 5.1. ESPECIAL MENCIÓN Á DISCRIMINACIÓN NOS PROCESOS DE SELECCIÓN; 6. OBRIGAS DO EMPRESARIO POR USO DE SISTEMAS ALGORÍTMICOS; 7. DIFICULTADE Á HORA DE IMPUGNAR DECISIÓNS ALGORÍTMICAS NUN PROCESO DE SELECCIÓN; 8. CONCLUSIÓNS

1. INTRODUCCIÓN

A aparición da intelixencia artificial provocou grandes cambios na sociedade, isto é indiscutible. A Comisión Europea definiu o termo “intelixencia artificial” como aquel que “se

refire aos sistemas que manifestan un comportamento intelixente, pois son capaces de analizar a súa contorna e pasar á acción -con certo grao de autonomía- co fin de alcanzar obxectivos específicos”¹ En efecto, durante os últimos anos, a implementación do tratamento e procesamento automatizado de datos introduciu un novo factor a ter en conta na sociedade e polo tanto no ordenamento xurídico dos países. Cada vez é máis habitual delegar nos algoritmos funcións que no pasado eran esencialmente humanas e isto débese principalmente á facultade que se lle outorga ao empresario para tomar decisións de forma automatizada, a maior rapidez e o aforro de custos que isto supón. Xorden, en consecuencia, novos supostos de feito e regulacións de carácter novo que teñen ou deben dar resposta a cada vez máis interrogantes.

O presente artigo divídese en seis partes. En primeiro lugar, trátase de establecer as bases sobre as cales funciona a intelixencia artificial: o *big data* e a consecuente regulación dos datos a través do Regulamento xeral de protección de datos. En segundo lugar, explícase o uso algorítmico no acceso ao emprego dende un punto de vista xenérico e traendo a colación a nova Lei 3/2023, do 28 de febreiro, de emprego, e o papel fundamental que os algoritmos van ter no funcionamento do Sistema de Información dos Servizos de Emprego (SISPE). En terceiro lugar, afóndase na regulación existente a día de hoxe tanto a nivel europeo como a nivel estatal e resáltase a ausencia dunha normativa específica en materia laboral. En cuarto lugar, exponse a discriminación algorítmica existente e, en concreto, faise especial mención á devandita discriminación nos procesos de selección e a posible vulneración de dereitos que iso supón. En quinto lugar, resáltanse as obrigas que lle xorden ao empresario pola aplicación da intelixencia artificial no ámbito laboral. Por último, e para concluír, tráese a colación un evidente problema actual en relación coa impugnación das decisións algorítmicas por parte do traballador cando entende

¹ Comunicación da Comisión do Parlamento Europeo, ao Consello Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións. Intelixencia Artificial para Europa, 26 de xuño de 2018, COM (2018) 237.

vulnerados os seus dereitos fundamentais á igualdade e á non discriminación.

2. 'BIG DATA' E PROTECCIÓN DE DATOS

A aparición da intelixencia artificial e a súa aplicabilidade, entre outros, ao ámbito do Dereito do Traballo, constitúe unha realidade sen precedentes. Neste contexto, o *big data* aparece como un elemento esencial para que os algoritmos poidan realizar un tratamento posterior. Sen datos non hai intelixencia artificial. Por iso, estes conceptos que non deberían ser considerados banais en ningunha das súas vertentes, supoñen a base e os cimentos para que normas tan ambiciosas como a Lei 3/2023, de emprego², poidan ter unha visión realmente práctica e efectiva.

Como primeiro asunto de relevancia, é preciso definir que se debe entender por *big data* e por algoritmo. En canto ao primeiro e como concepto amplo cando se trata de intelixencia artificial, consiste en "un conxunto de datos que son tan grandes e complexos que non poden almacenarse ou procesarse eficazmente mediante métodos tradicionais"³. Doutra banda, o algoritmo enténdese como "un conxunto de regras que definen como realizar unha tarefa ou resolver un problema" e que se constitúe no ámbito da IA, como o "código informático que define como procesar os datos".⁴ Isto último é relevante en canto á comprensión do tratamento masivo de datos persoais ou do porqué dos nesgos algorítmicos.

En estreita relación co uso do *big data*, non debe obviarse a necesidade de que exista un equilibrio efectivo entre o interese lexítimo que poida ter un empresario en relación ao tratamento de datos dos seus traballadores e o dereito fundamental á privacidade recollido con carácter xeral no artigo 18 da Constitución española. Así, o dereito á información sobre o tratamento de datos persoais forma parte do contido do artigo 18.4 CE e foi reiterado polo

² Lei 3/2023, do 28 de febreiro, de emprego.

³ BOUCHER, P. "Artificial Intelligence: How does it work, why does it matter and what can we do about it?", Brussels: European Parliament, 2020, páx. 2.

⁴ Idem.

Tribunal Constitucional en numerosas ocasións. A modo ilustrativo, a STC 292/2000 en virtude da cal: “o dereito á protección de datos atribúe ao seu titular un conxunto de facultades consistente en diversos poderes xurídicos cuxo exercicio impón a terceiros deberes xurídicos, que non se conteñen no dereito fundamental á intimidade, e que serven á capital función que desempeña este dereito fundamental: garantir á persoa un poder de control sobre os seus datos persoais, o que só é posible e efectivo impoñendo a terceiros os mencionados deberes de facer. A saber: o dereito a que se requira o previo consentimento para a recollida e uso dos datos persoais, o dereito a saber e ser informado do destino e uso deses datos e o dereito a acceder, rectificar e cancelar os ditos datos. En definitiva, o poder de disposición sobre os datos persoais”, e prosegue “ese poder de disposición sobre os propios datos persoais nada vale se o afectado descoñece que datos son os que se posúen por terceiros, quen os posúe e con que fin”⁵

En efecto, na normativa actual resáltase ese interese como un presuposto necesario que debe concorrer para que o dito tratamento poida efectuarse lexitimamente tal e como reflicte o Ditame 2/2017: “Baseándose na actual Directiva sobre protección de datos, os empresarios só poderán recoller datos para fins lexítimos e o tratamento levarase a cabo en condicións adecuadas (por exemplo, proporcionadas e necesarias, para un interese real e presente, de forma lícita, articulada e transparente), cunha base xurídica para o tratamento de datos persoais recollidos ou xerados a través de comunicacións electrónicas”.⁶

Desta maneira, o Regulamento xeral de protección de datos⁷, no seu afán por establecer normas para a protección do tratamento de datos persoais das persoas físicas, concretou

⁵ Sentenza do Tribunal Constitucional 292/2000, do 30 de novembro (BOE núm. 4, do 4 de xaneiro de 2001), ECLI:ES:TC:2000:292.

⁶ Ditame 2/2017 sobre o tratamento de datos no traballo, WP249, páx. 24. Adoptado o 8 de xuño de 2017. Dispoñible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169>

⁷ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello de 27 de abril de 2016 relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se derroga a Directiva 95/46/CE.

este concepto tan amplo e relevante no artigo 6. Este precepto establece un listado *numerus clausus* das condicións dun tratamento lícito. Pártese da premisa de que, debido á ausencia de igualdade material na que se atopan empresario e traballador para negociar realmente un outorgamento libre do consentimento, non cabería xustificar o dito uso aplicando o apartado a) tal e como se menciona no artigo 7.4 RGPD, en virtude do cal: “Ao avaliar se o consentimento se deu libremente, terase en conta na maior medida posible o feito de se, entre outras cousas, a execución dun contrato, incluída a prestación dun servizo, se supedita ao consentimento ao tratamento de datos persoais que non son necesarios para a execución do dito contrato”.

Así mesmo, o RGPD, que veu substituír á xa derogada, pero relevante e novidosa no seu tempo, Directiva 95/46 CE sobre protección de datos senta, así como o facía a súa antecesora, as bases sobre transparencia e decisións automatizadas. En primeiro lugar, o RGPD define, no seu artigo 4.4, a elaboración de perfís como “toda forma de tratamento automatizado de datos persoais consistente en utilizar datos persoais para avaliar determinados aspectos persoais dunha persoa física, en particular para analizar ou predicir aspectos relativos ao rendemento profesional, situación económica, saúde, (...), da dita persoa física”. En concreto, refírese á acción de tratar datos, pero na medida en que o seu uso supón a intromisión no dereito fundamental á intimidade e privacidade dun determinado particular establécense uns límites. Por este motivo, o artigo 6 RGPD dispón que se pode invocar o interese lexítimo se o tratamento de datos é estritamente necesario para un fin lexítimo e cumpre os principios de proporcionalidade e subsidiariedade. Noutras palabras, debe realizarse unha proba de proporcionalidade antes de utilizar calquera ferramenta de observación⁸ para determinar se realmente eses datos son ou non necesarios, se o tratamento prevalece sobre os dereitos xerais de privacidade que teñen os traballadores, así como que medidas deben adoptarse para garantir que non se producen violacións do dereito á vida privada.

⁸ Op. cit. Ditame 2/2017 sobre o tratamento..., páx.25

3. USO ALGORÍTMICO NO ACCESO AO EMPREGO

No ámbito laboral, observar o uso da intelixencia artificial dende unha perspectiva positiva abriría a posibilidade de alcanzar políticas activas de emprego máis eficaces. Non hai maior proba diso na actualidade que a nova Lei 3/2023, de emprego, que establece o marco de ordenación daquelas e cuxo fundamento se atopa nunha necesaria colaboración público-privada en canto ao intercambio de datos se refire.

A modo introdutorio, o artigo 31 da Lei 3/2023, de emprego, fai mención a unha serie de obxectivos prioritarios, tales como elevar a empregabilidade das persoas demandantes dos servizos de emprego, reducir as fendas de xénero, e conseguir o axuste simultáneo entre oferta e demanda de emprego, a través dunha maior fluidez da información e duns servizos de emprego eficaces e eficientes.

Non obstante, o artigo 17 da Lei exclúe expresamente, como reflexo das garantías que se deben impor neste ámbito, os datos persoais regulados no artigo 9.1 do Regulamento 2016/679, de todo tipo de uso polas ferramentas de apoio referidas nel. É máis, no seu apartado 2º préstase especial atención á necesidade de evitar todo tipo de discriminación directa e indirecta na toma de decisións. Este contido reitérase debido á súa gran transcendencia e relevancia no artigo 39, onde se expresa que se gardará especial coidado coa toma de calquera decisión que poida implicar un nesgo ou estereotipo negativo das persoas. Así mesmo, debe lembrarse que neste contexto, en virtude do artigo 4, recoñécese que debe levarse a cabo unha atención especializada de colectivos prioritarios en canto á aplicación das políticas de emprego; así como eliminarse todo tipo de discriminación no acceso en virtude do artigo 5 da Lei 3/2023 no que se configuran como principios reitores da política de emprego os principios de igualdade e non discriminación. Parece que, con todo iso, a Lei 3/2023 de Emprego se anticipa ao risco de que se produzan nesgos á hora de utilizar sistemas de intelixencia artificial na elaboración de índices de empregabilidade, toma de decisións etc.

Ademais, un aspecto bastante destacable é o recollido no artigo 17.4 da Lei en virtude do cal: "o conxunto de

instrucións que comporarán o algoritmo subxacente ás decisións e recomendacións baseadas na análise de datos e as evidencias estatísticas, desenvolveranse regulamentariamente". Noutras palabras, está a realizarse unha remisión ampla a unha norma regulamentaria, a cal estará suxeita a unha serie de criterios e principios que deberán seguirse no seu desenvolvemento e cuxa competencia será conferida, en virtude da Lei 39/2015, con carácter xeral, ao Goberno ou Consello de Goberno. Non obstante, a pesar de que a remisión poida producir certa inseguridade xurídica, o feito de que se desenvolva por esta vía ten plena intencionalidade por parte do lexislador. Con iso, preténdese dotar á Lei de certa flexibilidade e capacidade de adaptación aos cambios de goberno que poidan ocorrer, evitando unha hipotética derogación do texto legal e asegurando en certa forma a súa permanencia no ordenamento xurídico.

Agora ben, este desenvolvemento regulamentario efectúase dentro duns límites que permiten alcanzar realmente os fins para os que se engade a dita especificación na Lei de emprego 3/2023. En concreto, o artigo 129 da LPAC, establece que se actuará de acordo cos principios de necesidade, eficacia, proporcionalidade, seguridade xurídica, transparencia e eficiencia⁹.

É importante resaltar que a orixe deste "desenvolvemento regulamentario" e a delimitación do concepto non carecían de problemática xurídica tanto a nivel xeral como no ordenamento laboral en particular. Así, reflectíase en xurisprudencia pasada "que a liña fronteiriza entre o que é materia reservada á lei, especialmente no mundo xurídico-laboral e a zona que o Executivo pode e debe ocupar no desenvolvemento da protestade regulamentaria, constitucionalmente conferida, non sempre é fácil de determinar e decidir con perfís inequívocos, porque acaso neste sector do ordenamento, tan complexo e vario e tan difícil de recondución a unidade de tratamento pola súa propia diversidade e dinamismo, é onde o Goberno ha de ter

⁹ Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

unhas maiores posibilidades de exercicio da referida potestade regulamentaria.”¹⁰ En conclusión, a dita norma regulamentaria non poderá vulnerar o establecido nunha norma con rango de lei sexa estatal ou autonómica.¹¹

Sen dúbida, a correcta centralidade que se lle pretende dar na actualidade ao concepto “empregabilidade” pon de relevo o papel do Sistema Público Integrado de Información dos Servizos de Emprego (SISPE). En virtude del, preténdense establecer unha serie de protocolos para o rexistro de datos comúns baseando o seu funcionamento na integración de algoritmos. Noutras palabras, sendo a intelixencia artificial unha realidade nos procesos de procura dun emprego ou na propia definición dunha determinada oferta, constitúese unha rede de información común para o SISPE e impúlsase en gran medida o uso desta IA. En consecuencia directa, resulta evidente que o uso de ferramentas tecnolóxicas e algoritmos é un pilar fundamental para dar cumprimento a todas estas medidas sobre a empregabilidade no ordenamento xurídico-laboral español, que ao ser canto menos ambiciosas, constitúen un cambio fundamental e positivo no modo de entender o concepto actual de emprego e o seu mantemento e cuxa aplicación inclúe as entidades privadas.

Para a consecución dun sistema público eficaz, resulta de gran relevancia una certa colaboración público-privada. E é por iso polo que, en canto á regulación aprobada a través da Lei 3/2023 e, en concreto, aos termos do acceso e mantemento do emprego, cabería facer unha reflexión sobre o funcionamento e encadramento normativo que se lles debe dar a diversos portais dixitais de emprego como Infojobs e LinkedIn, entre outros. Debido á orientación mercantilista que ostentan estas entidades de intermediación, colocación e procura de emprego, resulta evidente que a aplicación da Lei 3/2023, de emprego, ao seu funcionamento interno pode ser considerada certamente controvertida debido ao sometemento a un novo marco legal e á cesión de información que iso suporía.

¹⁰ Sentenza do Tribunal Supremo 25 de xuño 1985, Considerando 4º.

¹¹ Entre outros, destacar os Ditames 33/2010, do 18 de febreiro, 165/2013, do 27 de marzo.

En concreto, a través dun sistema de intelixencia artificial e do uso do *big data* dirixen ofertas e levan a cabo o propio proceso de selección de persoal. Enténdese que o principal problema sería a suxeición ou non da súa actividade a esta nova Lei de emprego xa que, de selo, o intercambio de información entre estes portais e os servizos de emprego públicos, o sometemento aos principios reitores da lei e a propia gratuidade da actividade de intermediación serían de obrigado cumprimento. En efecto, o Convenio 181 da OIT sobre as axencias de emprego privadas do ano 1997¹² establece neste punto a gratuidade dos servizos de intermediación por parte destas axencias para os traballadores, así como a obriga de garantir a protección de dereitos fundamentais.

É tal a relevancia do *big data*, que resulta de especial interese traer a colación un caso mediático que tivo lugar en Estados Unidos e que enfrontou a LinkedIn Corp. contra hiQ Labs¹³. A controversia xorde en 2017 no momento no que LinkedIn exige á parte demandada que se absteña de levar a cabo prácticas de varrido de rede, coñecida como *web scraping*. Neste contexto, HiQ Labs levaba a cabo unha conduta baseada en obter e analizar toda a información pública extraída dos currículos dos demandantes de emprego. Analizábase por parte desta compañía que tipo de traballadores ocupados estaban máis solicitados no mercado e así se lles vendía ás compañías tal información para que tomasen medidas respecto diso á hora de reter os seus talentos máis demandados. Todo iso, explica en certa maneira o relevante que é o *big data* e os algoritmos nestas axencias de intermediación e a problemática que o intercambio de datos coas axencias públicas de emprego pode supor cara á súa economía empresarial.

Desta maneira, resulta imprescindible que se garanta que as entidades de intermediación actúen de maneira coordinada, complementaria e non competitiva cos servizos públicos de emprego compartindo o que se podería denominar o tan

¹² C181- Convenio sobre as axencias de emprego privadas, 1997 (núm. 181)

¹³ Caso HiQ Labs vs. LinkedIn Corp., 938 F.3 985 (9th Cir. 2019), <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2019/09/09/17-16783.pdf>

relevante a día de hoxe *big data*.¹⁴ Este termo cambiou a maneira de obter e procesar información e supón unha fonte de coñecemento de gran valor. Así, é de gran relevo a enorme cantidade de datos que tratan estas entidades e cuxo uso suporía outorgarlles unha eficacia aínda maior no contexto da Lei 3/2023, de emprego, que debe redundar en beneficio do sistema público. En efecto, o seu artigo 43.3 apartado a) establece expresamente que as axencias de colocación deberán fornecer ao servizos públicos de emprego a información que se determine por vía regulamentaria, coa periodicidade e a forma que alí se estableza, sobre as persoas traballadoras atendidas e as actividades que desenvolven, así como sobre as ofertas de emprego e os perfís profesionais que correspondan con esas ofertas.

Para xerar un modelo social de non competencia e no cal o papel dos servizos públicos sexa garantista e eficaz, débese evitar como premisa principal todo tipo de discriminación. Así, o artigo 4 da Lei 3/2023, establece como obxectivos da política de emprego a non discriminación no acceso así como nas accións orientadas a conseguilo. A cuestión é se realmente, á hora de realizar o tratamento de datos, estas entidades de intermediación laboral cumprirían dentro do eixo central da súa actividade cos devanditos propósitos integradores e inclusivos nos que se garanta a igualdade de oportunidades.

Nun principio, a Lei 56/2003¹⁵ establecía unha diferenciación entre as políticas activas de emprego e a propia intermediación resultando esta separación de conceptos certamente controvertida. Non obstante, a presente Lei 3/2023 corrixiuna no seu artigo 31 e a día de hoxe enténdese dentro das políticas públicas e activas de emprego. O artigo 3, apartado c) da Lei expón que debe entenderse por intermediación laboral. En concreto, o conxunto de accións destinadas a proporcionar ás persoas traballadoras un emprego adecuado ás súas características e facilitar ás entidades empregadoras as persoas traballadoras máis

¹⁴ APARICIO TOVAR, J. , BAYLOS G. A e CABEZA PEREIRO J., "Estado social, derecho al trabajo y política de empleo", Revista de Derecho Social, Ed. Bomarzo, nº100, 2022, páx. 29.

¹⁵ Lei 56/2003, do 16 de decembro, de emprego (disposición derogada).

apropiadas aos seus requirimentos e necesidades. Inclúe actividades de prospección e captación de ofertas de emprego, posta en contacto e colocación, recolocación e selección de persoas traballadoras.

Non obstante, o precepto introduce un último parágrafo que induce a erro ou, en certos escenarios, a un caixón de xastre para ver excluída unha determinada actividade empresarial da Lei 3/2023: engade que, para considerarse intermediación ou colocación laboral, o conxunto de accións descritas non deben levarse a cabo exclusivamente por medios automatizados. É relevante o motivo polo cal estas plataformas dixitais de emprego, en principio, parece que se acollerían á devandita excepción, pois se excluíría a súa actuación do ámbito de aplicación da Lei de emprego. Noutras palabras, alegarían como fundamento que a súa actividade se desenvolve sen ningún tipo de intervención humana.

A pesar do exposto, débese concluír cunha rotunda afirmación que destruíría todo argumento en contrario. Unha vez máis, tráese a colación o artigo 22.3 do RGPD no que se regula explicitamente o dereito a obter unha intervención humana por parte do responsable. Se se entende, tal e como se debe facer, que a elaboración de perfís (*profiling*) entra dentro deste precepto, estaríase a excluír por tanto a dita actividade do artigo 3 da Lei de emprego. Noutras palabras, se se pretende excluír a súa actividade do ámbito de aplicación da Lei de emprego, aplicando o RGPD continuaría sendo contrario á regulación existente por non cumprir o disposto no devandito artigo.

4. REGULACIÓN DOS SISTEMAS DE INTELIXENCIA ARTIFICIAL?

4.1. A UNIÓN EUROPEA ANTE OS ALGORITMOS

Como primeira aproximación normativa, debe resaltarse a ausencia a día de hoxe dunha norma tanto europea como estatal que regule e estableza medidas sobre o uso dos algoritmos. A pesar de que non foron escasos os intentos por regular este escenario, a Unión Europea elaborou unha Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello pola que se establecen normas harmonizadas en materia de intelixencia artificial, nun futuro Lei de intelixencia

artificial¹⁶. Debido á idiosincrasia existente entra os países da UE á hora de deseñar un marco normativo, tan só se pode esbozar un marco común cuxo acordo se pretende que chegue antes de que finalice este ano. Débese lembrar respecto diso que este semestre lle corresponde a presidencia do Consello da Unión Europea a España, polo que ostenta gran responsabilidade en canto a conseguir o obxectivo de aprobar coas maiores garantías a dita Proposta. A pesar de que do seu articulado se extráe como prioridade a necesaria transparencia e non discriminación por parte dos sistemas de IA, faise patente unha ausencia de medidas específicas no ámbito laboral ou mesmo dos representantes dos traballadores en atención ao control destes sistemas.¹⁷

A través desta regulación, a Unión Europea clasifica os sistemas de intelixencia artificial en función do risco que poida entrañar para os usuarios. A cualificación do risco terá como consecuencia a maior ou menor regulación: risco inaceptable, risco alto, limitado e mínimo. O relevante aquí é que o emprego se configura dentro do risco alto, ao poder verse vulnerados certos dereitos fundamentais e, por tanto, deben ser avaliados tanto antes da súa comercialización como ao longo do seu ciclo de vida.

Non obstante, en defecto dunha norma aplicable de maneira vinculante e concreta aos procesos de selección, o uso destes algoritmos no Dereito do Traballo límitase a aplicar certos artigos ou disposicións xerais preexistentes. Por outra banda, e máis aló do Libro Branco do ano 2020, a Comisión Europea

¹⁶ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establecen normas harmonizadas en materia de intelixencia artificial e se modifican determinados actos lexislativos da Unión. Presentada o 21 de abril de 2021.

¹⁷ Non obstante, nas recentes emendas efectuadas á Proposta de Regulamento de IA, cabe destacar a nº 408 que se produce sobre o novo artigo 29 -apartado 5 bis, en virtude do cal se establecería: "Antes da posta en servizo ou do uso dun sistema de IA no lugar de traballo, os implementadores consultarán os representantes dos traballadores con vistas a alcanzar un acordo de conformidade coa Directiva 2002/14/UE e informarán os empregados afectados de que estarán expostos ao sistema". Véxase o conxunto de emendas efectuadas en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html

pretende articular máis propostas sobre a intelixencia artificial.

A día de hoxe, en termos de emprego, cabe destacar as Directivas antidiscriminatorias 2000/43/CE¹⁸, 2000/78/CE¹⁹ e 2006/54/CE²⁰. A primeira prohibe a discriminación por orixe racial ou étnica, aplicando o principio de igualdade de trato, entre outros, no acceso e condicións de emprego e traballo. A segunda establece un marco xeral para evitar a discriminación no emprego por motivos de relixión ou crenza, discapacidade, idade e orientación sexual, e ambas son incorporadas posteriormente a través da Lei 62/2003, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, ao ordenamento xurídico español. Por último, a Directiva do 5 de xullo de 2006 é a relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación. No seu articulado protéxese calquera discriminación sexa directa ou indirecta coa excepción, común a todas as causas de discriminación, de que no caso da indirecta cabería xustificación para que a súa existencia sexa lexítima. Ademais, cabe destacar que no ámbito de aplicación das ditas Directivas, inclúense as condicións de acceso ao emprego -os criterios de selección e as condicións de contratación e promoción-.

Así mesmo, próponse a aplicación en certa forma de disposicións da Proposta de Directiva sobre a mellora das condicións laborais no traballo en plataformas dixitais onde se establecen as primeiras regras da UE sobre o uso da IA no seo de aquel. Desta maneira, incorpórase a necesidade de supervisión humana nos procesos algorítmicos, o dereito de información das persoas traballadoras, así como a

¹⁸ Directiva 2000/43/CE do Consello relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica. Presentada o 29 de xuño de 2000.

¹⁹ Directiva 2000/78/CE de Consello relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación. Presentada o 29 de xuño de 2000.

²⁰ Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación (refundición). Presentada o 5 de xullo de 2006.

transparencia do traballo en plataformas dixitais. Está a traballarse tamén con carácter complementario nun Código ético de intelixencia artificial que suporá un complemento adicional á regulación actual.

4.2. O DEREITO INTERNO ANTE OS ALGORITMOS

O Estatuto dos traballadores non foi alleo ao uso de algoritmos no ámbito laboral. A través do RD 9/2021 introduciuse unha modificación no artigo 64, cuxo apartado d) na actualidade expresa: “o comité de empresa, coa periodicidade que proceda en cada caso, terá dereito a ser informado pola empresa dos parámetros, regras e instrucións nos que se basean os algoritmos ou sistemas de intelixencia artificial que afectan á toma de decisións que poden incidir nas condicións de traballo, o acceso e mantemento do emprego, incluída a elaboración de perfís”.

Ademais, debe destacarse que no plano da negociación colectiva tan só uns cuantos convenios colectivos, entre outros o Convenio da Banca, fan mención ao seu uso no ámbito do Dereito do Traballo e as repercusións que iso pode ter. En concreto, o seu artigo 80.5 introduce unha regulación en relación ás garantías dos procesos de decisión empresarial baseados exclusivamente na xestión artificial de datos sen intervención humana ningunha. En certa maneira, a aprobación deste tipo de regulación supón un avance en termos de transparencia e gobernanza sendo evidente o predominio de normativa *soft law*.²¹ Aínda que é certo que a xustificación desas normas convencionais se debe principalmente a que son os sectores nos que a intelixencia artificial ten maior impacto e uso.

Da mesma maneira, no ámbito estatal a Lei 15/2022, integral para a igualdade de trato e a non discriminación, inclúe expresamente no seu ámbito de aplicación o uso da intelixencia artificial, así como regula os mecanismos de toma de decisións automatizados. Concretamente, no seu artigo 23 establécese que: “...as administracións públicas favorecerán a posta en marcha de mecanismos para que os algoritmos

²¹ FERNÁNDEZ VILLARINO, R. “El derecho ante la inteligencia artificial. A propósito de lo dispuesto en el artículo 80.5 del Convenio Colectivo Nacional de la Banca”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 4, 2021.

involucrados na toma de decisións que se utilicen nas administracións públicas teñan en conta criterios de minimización de nesgos, transparencia e rendición de contas (...)"'. A maiores, a Lei 3/2023, de emprego, expresa no seu artigo 17.4 o seguinte: "o conxunto de instrucións que comporán o algoritmo subxacente ás decisións e recomendacións baseadas na análise de datos e as evidencias estatísticas,(...), desenvolveranse regulamentariamente".

Por último, ha de destacarse a Estratexia Nacional de Intelixencia Artificial e a Estratexia Española de I+D+I en IA do ano 2019, cuxo obxectivo é dotar dun marco de referencia para o desenvolvemento destas tecnoloxías, ademais de remarcar a necesidade de que concorran unha vertente ética no seu uso.

5. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

Como en todo avance tecnolóxico, e aínda máis se se fai referencia ao uso da intelixencia artificial no ámbito empresarial, hai que prestar especial atención á finalidade que se lle pode dar. En concreto, o punto 147 do apartado 5.2 da Resolución do Parlamento Europeo, do 12 de febreiro de 2019, sobre unha política industrial global europea en materia de intelixencia e robótica, fai especial mención a que "estas tecnoloxías deben basearse en principios de beneficencia, non maleficencia, autonomía e xustiza; así como, prosegue o lexislador, establecendo a igualdade, non discriminación, transparencia, entre outras"²². En efecto, o relevante e imprescindible neste punto ha de ser establecer unha serie de garantías necesarias para que a aplicación destas novas tecnoloxías non vulnere dereitos fundamentais dos traballadores.

O principal problema non procede, en si mesmo, do mero uso da intelixencia artificial e sistemas algorítmicos, senón do risco de que do seu uso xurdan nesgos entendidos, como erros ou desviacións sistemáticas nas que pode incorrer o

²² Resolución do Parlamento Europeo, do 12 de febreiro de 2019, sobre unha política industrial global europea en materia de intelixencia artificial e robótica (2018/2088 (INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html

algoritmo e que teñen como consecuencia unha determinada decisión discriminatoria. É de tal índole e transcendencia a problemática existente, que na sociedade actual xa se introduciu un novo concepto que lle dá nome: a discriminación algorítmica, que resulta da toma de decisións automatizadas.

Pártese da premisa de que o dito tratamento automatizado de datos vai resultar nunha decisión máis obxectiva que se actuase un ser humano. Non obstante, entender cal é o funcionamento destes algoritmos e como se programan é de gran relevancia. En concreto, o empresario decidirá e introducirá os parámetros e instrucións en base ás cales quere que o algoritmo decida. É dicir, a través destes sistemas de aprendizaxe automática (*machine learning*) que utilizan as empresas, atoparíanse patróns nos datos dos candidatos a un determinado posto de traballo co fin de alcanzar a mellor decisión para o empresario.

A principal consecuencia de todo iso é que a decisión parte de ideas subxectivas que poden conter en si mesmas parámetros discriminatorios ou incluso poden aparecer con posterioridade. Aínda que podería darse o caso dunha discriminación producida involuntariamente (non se poden explicar porque ocorren dentro da “caixa negra” do algoritmo), tamén é importante ter en conta que se pode tratar dunha discriminación directamente perseguida polo empresario, realizada de maneira encuberta e voluntaria. O algoritmo cando busca certos trazos que lle axuden a tomar a mellor decisión, pode valorar información ilexítima da esfera privada do traballador e cuxa decisión, de tomarse con base nesa información, resultaría discriminatoria. É dicir, faise unha revisión inicial das follas de vida baseada en palabras clave introducidas polo empregador e se leva a cabo unha procura de información adicional sobre o solicitante en internet. Mesmo, hai unha serie de sistemas de aprendizaxe automática que analizan, mentres que son gravados, patróns da fala e expresións faciais dos candidatos; proporcionándolle ao empregador millóns de datos que son analizados por estes sistemas.

Sen prexuízo de que, nun futuro se cadra non tan próximo, os algoritmos poidan ofrecer unha resposta non tan ecuánime

aos problemas que se expoñen, son evidentes os casos nos que se produce este tipo de discriminación. A non xa tan recente Sentenza do Tribunal Ordinario de Bolonia do 31 de decembro de 2020²³ ou Caso Deliveroo puxo de manifesto a patente discriminación algorítmica existente. Non só sentou xurisprudencia no ámbito laboral á hora de determinar se se consideraban ou non autónomos ou falsos autónomos senón tamén en canto á existencia dunha discriminación indirecta levada a cabo a través dun algoritmo que afecta a dereitos fundamentais dos traballadores. Neste caso, o algoritmo Frank privilexiaba certos traballadores á hora de acceder á prestación de traballo, ao ter como punto de partida un ranking reputacional. O principal problema é que se transgredía o dereito á saúde, á conciliación, á folga ou mesmo á acción sindical. En concreto, este algoritmo, con base nos parámetros introducidos por Deliveroo Italia, premiaba a aqueles *riders* que estivesen dispoñibles sen ter en conta outro tipo de circunstancias legalmente xustificadas cuxa inobservancia pode resultar en discriminación algorítmica. En efecto, esta Sentenza do Tribunal e Bolonia expresa que “o algoritmo non é neutral á hora de tomar decisións, senón que, conscientemente, podería discriminar, pois reproduce ao infinito a lóxica dos seus programadores”. Non obstante, a pesar de certas críticas doutrinais en relación a esta sentenza²⁴ sobre a base de que o pronunciamento tan só se limita a condenar a Deliveroo en canto á potencialidade lesiva do algoritmo adoptado, sen individualizar situacións de obxectiva e real discriminación, é xurisprudencia xa consolidada na Unión Europea, o feito de que a tutela antidiscriminatoria se dá aínda que non haxa unha vítima identificable²⁵.

²³ Sentenza do Tribunal de Bolonia 2949/2020 -Caso Deliveroo-, do 31 de decembro de 2020. Núm. 29491.

²⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. “Frank, Deliveroo’s conscious algorithm. Commentary on Bologna Court ruling 2949/2020, of 31 December”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 457, páx. 182.

²⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, asunto C-54/07, do 10 de xullo 2008.

5.1. ESPECIAL MENCIÓN Á DISCRIMINACIÓN NOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Como continuación do anterior, se se analiza pormenorizadamente o terreo das relacións laborais, destaca na actualidade o uso de algoritmos na fase precontractual dun proceso de selección. Non é un asunto banal, pois en 2018, o 98% das compañías no ranking Fortune 500 xa introduciran no seu funcionamento interno estes sistemas de IA²⁶. A modo exemplificativo, unha empresa de grandes dimensións recibe todos os días miles de follas de vida con información de todo tipo. Nestes campos, o uso da intelixencia artificial supón que, en cuestión de segundos, un algoritmo valorará toda esa información debido á súa gran capacidade de procesamento e determinará a mellor opción en virtude dos patróns que foron introducidos polo empresario. Así mesmo, pódese dicir que, en certa forma, o feito de que un proceso de selección se desenvolva con sistemas de intelixencia artificial, elimina as inconsistencias e diferenzas que existen entre as entrevistas a diversos candidatos, como pode ser o ánimo do entrevistador ou certos aspectos que se analizan polo ser humano e que moitas veces nada teñen que ver co posto concreto ao que se presenta.

É primordial comprender a forma na que os algoritmos inflúen na toma de decisións, así como que, a pesar de que nun inicio poida parecer que a decisión vai ser plenamente obxectiva ou sen ideas preconcebidas, o problema radica na propia configuración do algoritmo. É un ser humano o que introduce parámetros e define o perfil requirido para un determinado posto de traballo, e é o algoritmo o que, con toda a información, outorga as mellores opcións. Iso provoca que, se se introduce información nesgada, como consecuencia directa o sistema de intelixencia artificial tamén vai producir propostas ou decisións nesgadas.

A enorme cantidade de datos coas que traballa hoxe en día un departamento de recursos humanos provoca que o uso destes algoritmos como filtro resulte de gran utilidade para o

²⁶ SHIELDS J. "Over 98% of Fortune 500 Companies Use Applicant Tracking Systems (ATS)", Jobscan, 2018, <https://www.jobscan.co/blog/fortune-500-use-applicant-tracking-systems/>.

empregador, que ve reducidos os custos ao mesmo tempo que se axiliza o proceso. Non obstante, o seu uso entraña un risco materializado en nesgos discriminatorios que provocan certa preocupación, en canto ao seu tratamento se refire.

Diso é consciente a Unión Europea, que na Proposta de Regulamento sobre IA no artigo 6 fai unha remisión ao Anexo III e no seu apartado 4º expón: “considerarase como risco alto os sistemas de IA destinados a utilizarse para a contratación ou selección de persoas físicas, clasificar e filtrar solicitudes ou avaliar a candidatos no transcurso de entrevistas ou probas”. Iso significa que o propio proceso precontractual, no que se analizan currículos, sería de risco alto. Deben estar suxeitos a unha avaliación de conformidade para minimizar os riscos e para manter os rexistros de transparencia e precisión.

Un dos casos máis polémicos sobre discriminación algorítmica nos procesos de selección é o relacionado coa empresa Amazon.²⁷ Decidiuse introducir no departamento de recursos humanos un algoritmo que permitise analizar con gran rapidez todos e cada un dos currículos que recibían por parte dos candidatos a postos da compañía. O problema xorde cando se detectan fortes nesgos de xénero que o propio algoritmo creou a partir duns parámetros que en principio se consideraban obxectivos²⁸. Iso foi debido a que o adestramento destes algoritmos baseouse nas follas de vida de traballadores de gran éxito nos últimos anos, empregados que en gran medida eran homes. En consecuencia, o algoritmo decidía descartar aos que contiñan a palabra “muller”, entendendo que, por este simple feito, non supuñan a mellor opción para o empregador. En consecuencia, os técnicos tentaron arranxar ese defecto, pero o algoritmo dunha forma ou doutra volvía extraer patróns para detectar o xénero do candidato. Por exemplo, se o algoritmo detectaba certas palabras como “executei” e “capturei”

²⁷ Cremades & Calvo-Sotelo, “Discriminación en el uso de inteligencia artificial”, 22 xuño 2023. Dispoñible en: <https://www.cremadescalvosotelo.com/insights/discriminacion-en-el-uso-de-inteligencia-artificial/>

²⁸ CHANDER, A. “The Racist Algorithm?” Michigan Law Review 115, nº 6, 2017.

maioritariamente utilizadas por enxeñeiros homes, producíase acto seguido unha mellora á hora de puntuar e valorar ao candidato²⁹.

É neste punto no que debe determinarse a responsabilidade dunha hipotética discriminación involuntaria por parte do empregador. Resulta imprescindible ter un coñecemento amplo sobre o funcionamento dos algoritmos, controlar as decisións que se tomen e desenvolver en gran medida mecanismos ou vías que garantan a responsabilidade social do empregador.

6. OBRIGAS DO EMPRESARIO POR USO DE SISTEMAS ALGORÍTMICOS

No marco desta revolución tecnolóxica e do continuo uso de algoritmos nas relacións laborais, o lexislador español aprobou o Real decreto-lei 9/2021³⁰, cuxa exposición de motivos advirte de: “a incidencia das novas tecnoloxías no ámbito laboral e a necesidade de que a lexislación laboral teña en conta esta repercusión (...) nos dereitos colectivos e individuais das persoas traballadoras”. Por iso, a presenza da intelixencia artificial no ámbito empresarial do noso país, materialízase no ordenamento xurídico laboral mediante a imposición dunha serie de obrigas que debe cumprir o empresario sobre o tratamento de datos.

En canto aos dereitos individuais, determinouse en virtude do artigo 22 do RGPD a obriga de levar a cabo unha revisión humana das decisións automatizadas. Noutras palabras, supón este precepto a obriga de informar os traballadores no caso de que as decisións que lles afecten se elaborasen integramente de maneira automatizada, sen intervención humana ningunha. O dito concepto debe concretarse entendendo que a intervención ten que ser “significativa”. É dicir, non resulta suficiente unha actuación parcial nalgunha

²⁹ DASTIN, J. “Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool that Showed Bias against Women”, Reuters, 9 outubro 2018. Dispoñible en <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>.

³⁰ Real decreto 9/2021, para garantir os dereitos laborais das persoas dedicadas á repartición no ámbito de plataformas dixitais, 12 agosto 2021 (Disposición derogada)

parte do proceso, senón que debe ser apreciable en cada unha das decisións que se leven a cabo a condición de que teñan certa relevancia para a toma de decisións.

Por outra banda, dende o punto de vista dos dereitos individuais dos traballadores, é de especial relevancia a modificación efectuada no artigo 64 do Estatuto dos traballadores. No seu apartado 4º, e como consecuencia da entrada en vigor da "Lei rider", introdúcese como obriga a de informar os representantes dos traballadores sobre o uso dos sistemas de intelixencia artificial e algoritmos que afecten á toma de decisións, constituíndo este novo dereito de información unha regra pioneira en Europa³¹.

Por último, o feito de articular unha serie de ferramentas que garantan unha efectiva protección dos dereitos fundamentais fronte á intelixencia artificial, constitúe un factor esencial para a transparencia e explicabilidade.³² De feito, o RGPD promulgou o "dereito a unha explicación" por parte dos prexudicados por unha decisión algorítmica e o dereito a recibir información significativa sobre a lóxica utilizada na decisión concreta. A través dunha guía publicada polo Ministerio de Traballo detállase a información que o empresario debe proporcionar como consecuencia do uso de algoritmos na súa actividade interna. Como síntese do seu contido, cabería destacar a obriga de informar de maneira "significativa, clara e simple" sobre o uso dos algoritmos e o seu funcionamento e lóxica³³. En calquera caso, a doutrina sinalou que se inclúen tanto as decisións tomadas nunha fase máis precontractual, como podería ser a selección de persoal onde se elixe ou descartan candidatos baseándose nun un algoritmo, como decisións en canto a control da produtividade, ascensos, despedimentos, entre outros³⁴. Así mesmo, e como valor engadido ao anterior, débese informar

³¹ GINÉS FABRELAS, A. "El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la Ley Rider", *Iuslabor*, 2021, nº2, páx.3.

³² FERNÁNDEZ VILLARINO, R. "El derecho ante la inteligencia...", *op.cit.*

³³ Wp.251 Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, páx. 28.

³⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J. "Algoritmos y transparencia: ¿pueden mentir los números? Los derechos de información. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº86, 2022, páx. 19.

das consecuencias que unha determinada decisión pode entrañar para unha determinada persoa e resaltar que, cando se fala de uso de algoritmos no marco dun despedimento colectivo ou outras medidas colectivas, se debe levar a cabo un proceso de negociación do algoritmo.

7. DIFICULTADE Á HORA DE IMPUGNAR DECISIONS ALGORÍTMICAS NUN PROCESO DE SELECCIÓN

Na actualidade, estes sistemas automatizados de supervisión e toma de decisións carecen de suficiente transparencia. Consecuentemente, os prexudicados carecen dun acceso eficiente a vías de recurso fronte ás decisións adoptadas polos devanditos sistemas. A xestión algorítmica é un fenómeno da economía de plataformas relativamente novo e en gran medida non regulado que suscita certos retos.

Tal e como se mencionaba anteriormente, o artigo 22.3 RGPD recoñece aos particulares o dereito a obter unha intervención humana por parte do responsable, o dereito a expresar o seu punto de vista e xustificar desta maneira certos aspectos que estime relevantes e, ademais, o dereito a impugnar toda decisión automatizada. Unha interpretación finalista do precepto comportaría que a dita explicación tería lugar *ex post* á toma de decisión. Dende a perspectiva do traballador que pretende exercer este último dereito a impugnar unha decisión aparentemente discriminatoria, destaca tanto a clara opacidade algorítmica como a dificultade para detectar cando e como se produciu tal discriminación. Deste xeito, a non transparencia constitúe un dos principais impedimentos para demostrar se realmente concorre discriminación á hora de elixir ou descartar un ou outro candidato.

E é neste punto no que se fala de opacidade e transparencia onde o denominado “código fonte” ten un papel imprescindible. Defínese como un arquivo ou conxunto de arquivos, que conteñen instrucións concretas, escritas nunha linguaxe de programación e que permiten que calquera programa, sitio web ou app poidan funcionar.³⁵ Por iso, o seu coñecemento suporía unha ferramenta de gran valor á hora

³⁵ Arimetrics, “Que é Código fonte”. Dispoñible en: <https://www.arimetrics.com/glosario-digital/codigo-fuente>

de coñecer se realmente se produciu ou non unha decisión discriminatoria. Non obstante, a colaboración necesaria do sector privado non resulta do todo clara, pois se faculta os empregadores con ferramentas suficientes para negar a cesión dos datos do código fonte. En concreto, alégase na práctica que esa cesión se contrapón ao dereito de propiedade industrial e intelectual do código fonte regulado no artigo 133.2 da Lei de propiedade intelectual, así como ao propio segredo empresarial coa única excepción de que se trate dun procedemento administrativo ou xudicial. Neste sentido, sostense que “en ningún caso non atopamos ante unha obriga de revelar o contido completo e exacto da totalidade do código fonte, senón máis ben ante unha limitada obriga de ilustrar sobre os criterios a partir dos cales opera”.³⁶

Actualmente, a única norma vinculante que polo momento pretende fomentar a transparencia dos algoritmos é o Regulamento 1150/2019, sobre o fomento da equidade e a transparencia para os usuarios profesionais de servizos de intermediación en liña. Nos seus artigos 5 e 7 obrigan a plataformas e motores de busca a dar publicidade aos parámetros principais de funcionamento dos seus algoritmos. Non obstante, se se fala en termos de transparencia, resulta interesante traer a colación a Directiva 2019/1152 relativa a unhas condicións laborais transparentes e previsibles no marco da Unión Europea³⁷, publicada o 11 de xullo de 2019. O principal obxectivo deste texto legal é o de mellorar as condicións laborais mediante a promoción dun emprego transparente e previsible, ademais de establecer uns “dereitos mínimos aplicables a todos os traballadores da Unión que teñan un contrato de traballo ou unha relación laboral” (art. 1). Preténdese ademais asegurar que os

³⁶ BOIX PALOP, A. “Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, when used by the public administration for decision-making, as legal norms in order to guarantee the proper adoption of administrative decisions”, European Review of Digital Administration & Law, Volume 1, Issue 1-2, 2020, páx. 88.

³⁷ Directiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeo e do Consello, do 20 de xuño de 2019, relativa a unhas condicións laborais transparentes e previsibles na Unión Europea. Publicada o 11 de xullo 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81159>

empresarios informen os traballadores sobre as condicións esenciais da súa relación contractual, a calidade do posto de traballo, a xornada laboral habitual, entre outras.

Por último, a carga da proba resulta de especial transcendencia se se fala de impugnar unha determinada decisión algorítmica. En España, a Lei orgánica 3/2007 establece que, en caso de achegar indicios razoables de discriminación, corresponde ao empregador demostrar que non se produciu tal discriminación. Esta proba indiciaria é fundamental xa que, sobre todo se se trata de discriminación algorítmica, existe gran complexidade á hora de probar a súa existencia. De feito, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, no asunto C-395/15³⁸ que tivo por obxecto unha cuestión prejudicial formulada, lembra que “As normas relativas á carga da proba deben modificarse cando haxa un caso de presunta discriminación e no caso en que se verifique tal situación a fin de que a carga da proba recaia na parte demandada. Non obstante, non corresponde á parte demandada probar que a parte demandante pertence a unha determinada relixión, posúe determinadas conviccións, presenta unha determinada discapacidade, é dunha determinada idade ou ten unha determinada orientación sexual”. É máis, se por exemplo se acode ao artigo 10 da Directiva 2000/78 sobre a carga da proba, expónse: “Os Estados membros adoptarán, conforme o seu ordenamento xurídico nacional, as medidas necesarias para garantir que corresponda á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade de trato (...)”.

8. CONCLUSIÓNS

Nos últimos anos, a irrupción da tecnoloxía e a intelixencia artificial na sociedade, supuxo un claro avance sen retorno. Este avance trae consigo consecuencias tanto positivas como negativas. O desafío e a ameaza que supoñen para ambas as partes contractuais (empresario e traballador), fai que sexa

³⁸ Sentenza Tribunal de Xustiza da Unión Europea, Sala 3º, asunto C-395/15, data 1 decembro de 2016. Dispoñible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=18574_3&pageIndex=0&doclang=es&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=792978

necesaria unha regulación exhaustiva con presupostos e medidas de actuación que permitan controlar os riscos do uso da intelixencia artificial. Sobre todo, no ámbito laboral é necesaria unha regulación con medidas que protexan á parte débil no acceso ao emprego e a posterior contratación. Non obstante, o dito proceso reviste complexidade pola rapidez coa que avanza e cambia o propio sistema algorítmico, que está en plena etapa de desenvolvemento e implementación na sociedade.

Como resposta do lexislador a esta nova realidade, a Unión Europea está a traballar nunha Proposta de Regulamento en materia de intelixencia artificial, que suporá nun futuro a nova Lei de intelixencia artificial e que nace con certas carencias en canto a normas e medidas no ámbito laboral. Pero tamén se produciron cambios en importantes textos legais, como o artigo 64 do Estatuto dos traballadores, onde se introduce un novo dereito de información aos representantes dos traballadores. Este dereito que a día de hoxe quizais non conta coas ferramentas necesarias para que sexa garantista e eficaz realmente cos dereitos dos traballadores terá que se desenvolvido e concretado xurisprudencialmente. Así mesmo, preocupan aspectos como as vías existentes para as impugnacións de posibles resolucións algorítmicas discriminatorias xa que actualmente non existe vía legal que outorgue realmente un solución a este problema.

Resulta imprescindible camiñar cara a un futuro, pero un futuro xuridicamente seguro e cunhas pautas a seguir. Por iso, interesará prestar moita atención e valorar pormenorizadamente as posibles continxencias e riscos que supón o uso destes algoritmos. A solución non é tanto a aprobación de textos legais, senón dotar realmente a estas normas de ferramentas para que se poidan aplicar e garantan realmente os dereitos da sociedade en xeral, e máis concretamente do dereito dos traballadores.