

Procesos de selección algorítmica y discriminación (I)

Algorithmic selection and discrimination processes (I)

Gemma Fabregat Monfort

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

doi: 10.20318/labos.2024.9035

Resumen: El presente trabajo es la traslación escrita de la conferencia cuya temática compartí con la profesora Ginès i Fabrellas en el Congreso denominado La IA en el mundo del trabajo que se desarrolló en la Facultad de Derecho de la Universitat de València bajo la brillante dirección de los profesores Todolí y Beltrán. Su objetivo es analizar las posibles vulneraciones que a la prohibición de discriminación pueden generarse en el procedimiento de selección algorítmica de las personas trabajadoras. Tras fijar el marco normativo aplicable, ciertamente disperso, se determinan los pormenores de estas situaciones discriminatorias planteando, especialmente, si ante las dificultades que genera su detección, el actual marco legal posibilita su tutela efectiva.

Palabras clave: Selección algorítmica, prohibición de discriminación, tipos de discriminación, tutela legal.

Abstract: This paper is the written translation of the conference whose theme I shared with Professor Ginès i Fabrellas at the Congress entitled 'AI in the world of work', which was held at the Faculty of Law of the University of Valencia under the brilliant direction of Professors Todolí and Beltrán. Its objective is to analyse the possible violations of the prohibition of discrimination that may arise in the procedure for algorithmic selection of workers. After establishing the applicable legal framework, which is certainly scattered, the details of these discriminatory situations are determined by considering, in particular, whether, given the difficulties that generate their detection, the current legal framework makes effective protection possible.

Keywords: Algorithmic selection, prohibition of discrimination, types of discrimination, legal protection.

Introducción

El presente artículo recoge las ideas centrales expuestas en la conferencia que, con el mismo título, tuve la posibilidad de impartir junto con la profesora Ginès i Fabrellas en el Congreso denominado *La IA en el mundo del trabajo* que se desarrolló en la Facultad de

Derecho de la Universitat de València bajo la brillante dirección de los profesores Todolí y Beltrán.

Los profesores Goerlich y Mercader, ponentes también en el Congreso, han tenido a bien poner a nuestra disposición una edición especial de la revista que dirigen junto con la profesora De la Puebla, dedicando un monográfico al tan importante como novedoso tema de la IA en el mundo laboral.

Cuanto sigue, así, es el resultado de la investigación o estudio realizado *ad hoc* para el mencionado Congreso. La temática, como decía, fue compartida con la profesora Ginès. Nuestras intervenciones, tras coordinarnos, creo que se complementaron sin solaparse. Me ciño pues, en cuanto sigue, al mismo esquema que seguí en la intervención oral. La pretensión no es tanto ser fiel a lo que en su día expuse, que también, como no reiterar en el tratamiento escrito de la ponencia posibles cuestiones abordables en el artículo que por su parte firma la profesora Ginès i Fabrellas.

1. La gestión algorítmica en el acceso a la empresa

Una de las cuestiones que más preocupan en el ámbito jurídico laboral de un tiempo a esta parte es la del impacto de la IA en el mundo del trabajo. Especialmente, aunque no exclusivamente, dada su efectividad estadística, en lo referente a los procedimientos de gestión de las personas y, entre estos, a los de selección de personal¹.

¹ Al respecto, véase, por todos, *Big data, algorithms and discrimination*, 2018, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2018-in-brief-bigdata-algorithms-discrimination.pdf>; Recomendación CM/Rec(2020)1 de 8 de abril de 2020, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre impacto en los derechos humanos de los sistemas algorítmicos, disponible en https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154. También de mucho interés es la Recomendación CM/Rec(2021)8, sobre protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de datos en el contexto de la elaboración de perfiles, disponible en https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a46147.

Por parte de la doctrina, entre otros, GINES I FABRELLAS, A., “Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica”. En RIVAS VALLEJO, P., *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*. Aranzadi. Pamplona, 2022; GINÉS I FABRELLAS, A., *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2023; OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo. Impacto sobre el derecho a la no discriminación”. Documentación Laboral, n.º 119, 2020, págs. 95-97; MERCADER UGUINA, J. R., “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del Big data”. LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social, n.º 2, 2021, págs. 4-10; RODRIGUEZ CARDO, I., “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?”. Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 253, 2022, págs. 135-188; PEYRONNET, M., “El uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en la selección de personal: ¿una ocasión para eliminar la discriminación”. En MOLINA NAVARRETE, C., y VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Aranzadi. Pamplona, 2021; VIOLLIER, P., y VELASCO, P., “El uso de toma de decisiones automatizadas para la selección de personal”. En SEVERÍN CONCHA, J.P. (Ed.), *Derechos fundamentales de la persona del trabajador*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.

Sin duda no puede negarse que efectivamente la IA y ciertos algoritmos² pueden ser muy útiles en el proceso de *cribado* que puede exigir en determinados casos elegir quien, entre las personas candidatas a ocupar un puesto de trabajo, parece ser la persona que mejor encajaría en el perfil buscado por la empresa.

Con todo, la eficacia o la efectividad de la IA a estos efectos, poco discutible fundamentalmente en determinados sectores y puestos de trabajo, debe coordinarse con las garantías constitucionales que para con las personas trabajadoras reconoce nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en todo lo que tiene que ver con la tutela de los derechos fundamentales y la prohibición de la discriminación.

Para empezar, hay que resaltar un hecho tan evidente como en ocasiones silenciado, cual es, que la selección algorítmica es una decisión empresarial³.

Es la empresa la que decide o no instrumentalizar el proceso de selección recurriendo a la IA o al algoritmo. Pero la decisión de contratar o no, o de seleccionar a una persona y no a otra, no es del algoritmo, es de la empresa. Aunque ésta la adopte siguiendo las pautas, las indicaciones o los resultados de un algoritmo o de un sistema de IA más complejo⁴.

Lo anterior debe ser el punto de partida. Pues en la medida en que, por mucho que se recurra a un algoritmo, se tenga claro que la decisión de seleccionar, o no, es en realidad una decisión que forma parte de la potestad empresarial, los límites a aplicar también lo serán.

Conviene subrayar que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce en el art. 38 CE la libertad de empresa dentro de una economía de mercado. De esa libertad de em-

² En definición de la RAE el algoritmo es “el conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”; y la inteligencia artificial, por su parte, es definida como la “Disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”.

³ Y ello aun y cuando la decisión se adopte de manera prácticamente automatizada, esto es, en procedimientos con poca o nula intervención humana. En cualquier caso, y con independencia de lo anterior y del control humano o humano al mando hoy expresamente exigido por el 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) -en adelante, RGPD- y el 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.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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). -en adelante, RIA-, en los procesos de selección en los que intervenga la IA, lo cierto es que en el ámbito de la relación laboral el que responde ante el candidato es el empleador. El algoritmo es un instrumento del empleador, a su disposición para hacer más eficiente, en ocasiones, la selección de las personas a contratar. Pero el que responde ante el derecho es el empleador, el sujeto, no el algoritmo, que es el instrumento del que se vale este para, como digo, seguramente ser más eficaz eligiendo a quien contratar.

⁴ El algoritmo no tiene personalidad jurídica, por lo que difícilmente puede ser titular de derechos y obligaciones. La decisión es, pues empresarial, aunque se base en la opción seleccionada por el algoritmo. Cuestión distinta, como se verá, es que se prevean una serie de garantías para evitar daños en las decisiones automatizadas, entendiendo como tales aquellas que acata el empresario siguiendo las sugerencias del algoritmo sin básicamente cuestionarlas o reconsiderarlas.

presa emanan, entre otras, la decisión empresarial de contratar a quien se desee contratar, la decisión de no hacerlo, o la decisión de contratar a una persona y no a otra. Cualquiera de estas opciones forma parte de la discrecionalidad empresarial. Discrecionalidad, que no arbitrariedad, ante la existencia de unos límites muy concretos: el respeto a los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación de las personas implicadas.

La ubicación física y numérica en el texto constitucional de los mencionados derechos evidencia, por sí misma, la relevancia de lo primero respecto lo segundo. O lo que es igual, el obligado sometimiento de cualquier decisión adoptada en base al art. 38 CE, a los mandatos constitucionales que lo preceden, tal y como desde hace tiempo ya desarrolla la conocida como teoría de la triple proporcionalidad y que solamente acepta la afectación sin vulneración de un derecho fundamental por parte de la empresa en los casos en los que la decisión resulte ser idónea, necesaria y proporcional entre el agravio individual y el beneficio de la colectividad⁵.

Nada de eso se da de manera *apriorística* en un proceso de selección. Con o sin algoritmo, no se puede acometer un proceso de selección vulnerando derechos fundamentales de las personas candidatas tales como pueden ser, por ejemplo, la intimidad o la dignidad de la persona candidata, ni tampoco valorar a esos efectos determinadas causas discriminatorias. Solo excepcionalmente, y de concurrir justificación objetiva en función del puesto a ocupar, se podría tener en cuenta, el sexo de las personas a contratar, su estado de salud o cualquier otra de las causas susceptibles de generar discriminación. Lo primero, ocurrirá, por ejemplo, para cumplir con una medida de acción positiva o en aplicación de los porcentajes de Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres⁶ a la que después me referiré.

El sexo de las personas que concurren a un proceso de selección solamente será un elemento a ponderar, cuando (por decirlo en palabras de la ley⁷) *debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*. Lo que, de forma más extensiva para cualquier otra causa susceptible de generar discriminación, se reproduce en lo esencial en el art. 4.2⁸ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con especial mención al estado de salud en el art. 2.3. de la misma Ley 15/2022, en el sentido de que *la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones*

⁵ La STC 99/1994, de 11 de abril fue la primera que en el ámbito laboral instó a aplicar el mencionado triple juicio de proporcionalidad a los conflictos entre poder de dirección y derechos fundamentales de las personas trabajadoras.

⁶ En adelante, Ley Orgánica 2/2024, de Paridad.

⁷ En aplicación del art. 5, segundo inciso, de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –en adelante, LOI–.

⁸ No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla.

objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública. Teniendo en cuenta, además, que solamente en el caso de que el puesto de trabajo a desarrollar se incluyese entre los posibles a generar una enfermedad profesional, en aplicación del art. 243.1 LGSS, el estado de salud de la persona candidata podrá ser objeto de vigilancia empresarial de forma previa a la formalización de un contrato de trabajo⁹.

El problema, en el caso de la IA, es que si bien aclarado lo anterior, el mandato de la regulación normativa resulta bastante evidente, y ni la empresa puede *ocultarse* detrás de un algoritmo para obviar el mandato constitucional, ni a la inversa, el volumen de datos, la opacidad del algoritmo, y la eficiencia como finalidad sin la eliminación de sesgos, dificultan considerablemente confrontar el posible cumplimiento o incumplimiento empresarial en el sentido expuesto, fundamentalmente de forma previa a la formalización de la contratación¹⁰.

Producida ésta, desde la perspectiva de la discriminación indirecta, y con el análisis del impacto de los resultados alcanzados, se podrán detectar posibles discriminaciones. Pero de manera previa a la materialización de la selección, a la decisión de seleccionar, no siempre será sencillo identificar la concurrencia de discriminación. La discriminación es un perjuicio por prejuicio(s). Y los mismos prejuicios o sesgos conscientes o inconscientes que pueden influir en la selección u elección de una persona y no de otra en una selección previa a la contratación sin presencia de IA, pueden estar en la mente de quienes han participado en el diseño y elaboración del algoritmo determinante de la selección¹¹ y/o en la selección de los datos de los que se *alimenta* el algoritmo para tomar una de-

⁹ Art. 243 LGSS.1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

¹⁰ “Riesgos que aumentan exponencialmente cuando se da el salto del mero tratamiento de datos al empleo de la inteligencia artificial, ya que ésta comporta la reproducción, mediante una máquina de habilidades cognitivas humanas, generalmente aplicando algoritmos que se basan en modelos diseñados a través de aprendizaje automático a partir de la entrada de información, en muchos casos, de datos personales, no siempre estrictamente profesionales. Aparentemente, la aplicación de IA a los procesos de intermediación laboral y de selección de personal, por su objetividad y asepsia, podría dar lugar a un funcionamiento más eficiente del mercado de trabajo, blindado, además, frente a cualquier forma de discriminación, pero la realidad es bien distinta, ya que no se controla ni se conocen los datos que se suministran, ni de donde se obtienen, ni los perfiles que interesan o se descartan, con el resultado de una exclusión apriorística de personas con las competencias profesionales requeridas; tampoco se conocen las instrucciones que va automatizando la máquina, es decir, los inputs y data input. Por tanto, el avance digital plantea nuevos desafíos jurídicos en la efectividad y tutela del derecho fundamental de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo ya que, por su complejidad técnico-informática, las prácticas discriminatorias se hacen opacas e inextricables, estando además su soporte técnico –generalmente algoritmos– amparado por el secreto industrial (y esto sí constituye una novedad)” (OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia...”, cit. pág. 82).

¹¹ “La evaluación de candidatos mediante inteligencia artificial se articula mediante la priorización de características que se asocian a determinados rasgos o competencias que el diseñador del algoritmo introduce según instrucciones del empleador ofertante de puestos de trabajo (...)” (OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia...”, cit. pág. 82).

cisión y no otra¹². Y, como decía, el inabarcable volumen de datos de los que se nutren y con los que se entrenan los algoritmos y la opacidad de la fórmula matemática que lo conforma, dificultan sustancialmente el control de la no discriminación en su aplicación. Fundamentalmente si el control se quiere ejercer de forma previa a la materialización de la selección, antes de la conclusión del proceso selectivo¹³.

Además, y por si lo anterior fuese poco, que sin duda no lo es, la discriminación no siempre es abstracta. La posible concurrencia de motivos objetivos que excepcionalmente pueden permitir en atención al puesto de trabajo a ocupar, considerar causas en otros casos no permitidas, en otras ocasiones exigiría ajustar los algoritmos a cada empresa y, dentro de esta, a cada proceso selectivo en cuestión, considerando singularmente premisas no generalistas¹⁴.

Y esto es todavía más difícil cuando la selección se hace descansar sobre algoritmos previamente diseñados por un tercero externo a la empresa, que lo adquiere y lo aplica (habitualmente) sin los matices que podría suponer tener en cuenta en cada caso en concreto determinadas circunstancias que, si bien en unos casos pueden ser razonables, por no responder a justificación objetiva, en otros procedimientos selectivos podrían resultar constitutivos de discriminación precisamente por lo contrario, esto es, por no concurrir en ellas causa objetiva de justificación.

¹² “Sin embargo, algoritmo, sesgo y discriminación son términos que se conectan frecuentemente. En efecto, un aspecto crítico de los sistemas de IA es el de la posible existencia de sesgos o “bias”, que serían desviaciones inadecuadas en el proceso de inferencia. Aunque el sesgo de la decisión no es un problema particular de los sistemas de IA, sino que es general de cualquier proceso de toma de decisión, ya sea humano o automático, si es preocupante que la elaboración de perfiles pueda perpetuar los estereotipos existentes y ampliar la segregación social” (SAEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 155, 2020, págs. 42-60).

“Hay numerosas pruebas de que los algoritmos pueden cobijar sesgos ocultos. Por un lado, se corre el riesgo de que, sin pretenderlo deliberadamente, acaben reflejando los de sus programadores. Y, por otro lado, el entrenamiento de datos puede llevarse a cabo con información sesgada. Es lo que se sintetiza con la expresión: ‘entra basura, sale basura’ (o ‘garbage in, garbage out’ – GIGO) (BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Algoritmos psicometría y derechos del yo inconsciente de la persona en el ámbito socio-laboral”. *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 18, 2023 (Ejemplar dedicado a: La tecnología y la digitalización en las relaciones laborales: personas y competitividad), págs. 154-179”.

¹³ Es de sobra conocido el caso del software de Amazon que se entrenó solo con curriculums masculinos, lo que le llevaba a excluir a las mujeres con formación técnica adecuada para puestos técnicos, por considerar el algoritmo que ser varón era requisito determinante para poder ejercer de técnico. Tras intentos por parte de Amazon de modificar el sesgo, tres años más tarde de su creación, eliminó el programa de reclutamiento.

En todo caso, es importante destacar que en realidad lo que discriminaba no era el algoritmo, o no solo. El algoritmo, paradójicamente, aquí permitió evidenciar una práctica que durante mucho tiempo había seguido Amazon, cual era, la de no contratar a mujeres para puestos técnicos.

¹⁴ No podemos ignorar, además, que si bien se ha interpretado de forma restrictiva, los 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, deben tener en cuanto datos personales un tratamiento especial según el art. 9 del RGPD.

Sin olvidar, por lo demás, que los mismos sistemas de IA han evolucionado tanto que son capaces de aprender de sí mismos y alcanzar deducciones o realizar sugerencias presuntamente basadas en la eficacia en base a parámetros muy distintos de aquellos en sobre los que se concibieron en su diseño o programación.

Veamos, por tanto, qué instrumentos normativos pueden resultar aplicables a esta realidad, con el fin de analizar de qué manera desde la ley se puede contribuir a clarificar cuando un proceso de selección empresarial instrumentalizado mediante el recurso a un algoritmo puede resultar constitutivo de discriminación y de qué forma puede minimizarse el riesgo de que así sea.

2. Marco Normativo aplicable

En el elenco de normas aplicables al tema que nos ocupa debe diferenciarse entre normativa supranacional y nacional. Y, en ambos casos, más allá de las genéricas, las específicas tienen que ver bien con la prohibición de discriminación; bien con la regulación de la IA.

2.1. *Ámbito supranacional*

Desde una perspectiva supranacional, al respecto debe tomarse en consideración fundamentalmente lo siguiente:

- El Convenio núm. 111 OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.
- Las Directivas y Reglamentos:
 - Directiva 76/207/ CEE, Directiva del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada parcialmente por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y derogada por 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). Así como la Directiva (UE) 2024/1500 – DUE de 29 de mayo del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad

de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE, y que todavía no ha sido objeto de transposición por nuestro país¹⁵.

- Directiva 79/7/CEE, Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; 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. Su capítulo III, se suprime por Directiva 2024/1499, de 7 de mayo (Ref. DOUE-L-2024-80810). Se transpone por Ley 62/2003, de 30 de diciembre.
- 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. Se transpone por Ley 62/2003, de 30 de diciembre.
- 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. Se suprime el capítulo III, por Directiva 2024/1499, de 7 de mayo (Ref. DOUE-L-2024-80810). Se anula con efectos de 21 de diciembre de 2012, el art. 5.2, por Sentencia de 1 de marzo de 2011 (Ref. DOUE-Z-2011-70005). Se transpone por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (Ref. BOE-A-2007-6115).
- 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.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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).
- 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).

2.2. *Ámbito nacional*

Desde el punto de vista interno, deben considerarse:

- Constitución Española, C.E., especialmente los arts. 9.2, el Título Primero, especialmente arts. 10, 14, 16, 18, 20, 38 CE.

¹⁵ La Directiva, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 29 de mayo de 2024, establece una serie de requisitos mínimos que los Estados Miembros deben cumplir en relación con los organismos de igualdad, las entidades responsables de promover y defender la igualdad en el trabajo.

- Estatuto de los Trabajadores, también con especial consideración art. 4.2, 17, etc.
- LOI, y su art. 5, entre otros
- 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.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022¹⁶.
- La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.
- 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
- Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

3. Tipología de las conductas discriminatorias

De cuanto conforma este marco normativo, sin duda extenso, me centraré, ahora, en lo relativo a las distintas manifestaciones de la discriminación, conceptos a veces novedosos, con el fin de evidenciar qué actuación de los algoritmos y la IA puede resultar discriminatorias incluso sin querer serlo.

De hecho, lo que pretendo en este epígrafe no es tanto señalar las causas que según nuestro ordenamiento jurídico pueden comportar discriminación, sino las conductas que en sí mismas jurídicamente tienen la consideración de discriminatorias.

Tras marcar claramente en los años 80 la diferenciación entre la igualdad formal y la igualdad real del primer y segundo inciso del art. 14 CE en relación con el art. 9.2. CE¹⁷, y la interrelación de esta última con la prohibición de discriminación, el TC¹⁸ dio un paso más en la tutela de las conductas discriminatorias reconociendo expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, junto con el concepto de discriminación directa, el concepto de discriminación indirecta. La distinción entre una y otra manifestación de discriminación desde siempre ha sido relevante. Desde la perspectiva de la discrimi-

¹⁶ Esta norma, aunque a priori no tiene nada que ver ni con la discriminación ni con algoritmos o IA, contempla en su DA 130.^a la creación de una Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, que deberá minimizar los “riesgos significativos sobre la seguridad y salud de las personas, así como sobre sus derechos fundamentales, que puedan derivarse del uso de sistemas de inteligencia artificial”, por eso lo señalo expresamente. La Agencia (AESIA) finalmente inició sus actividades el pasado mes de junio, presentándose, además, al tiempo, a su director general.

¹⁷ STC 83/1984 de 24 de julio.

¹⁸ La primera fue la STC 145/1991, de 1 de julio. Aunque hay algunos autores que afirman que, en realidad, la primera referencia judicial al respecto se contiene en el voto particular del magistrado Rubio Llorente a la STC 103/1983, de 22 de noviembre.

nación indirecta se considera que existe discriminación cuando un criterio o práctica neutra genera un efecto adverso en un colectivo respecto otro sin que exista un motivo objetivo que lo justifique.

La discriminación indirecta es colectiva que no individual (si alguien la sufre es porque forma parte de un colectivo, no por sí mismo); no exige intencionalidad, por cuanto que lo relevante es el efecto adverso y, además, acepta prueba en contra. El efecto adverso en un colectivo no es discriminatorio en cuanto tal, si efectivamente existe una razón objetiva que justifica tal criterio, práctica o prueba.

Estando así las cosas, y siendo hasta la fecha básicamente utilizados por los tribunales los conceptos de discriminación directa e indirecta en materia de discriminación por razón de sexo y de género, la entrada en vigor de la LOI, fijó como mandato legal lo que ya era un consolidado concepto jurisprudencial en el sentido expuesto.

En efecto, con una definición casi idéntica a la que ya jurisprudencialmente se utilizaba, el art. 6 LOI contempla lo siguiente:

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

Además, esa misma ley especifica en su art. 8 un tipo de discriminación directa por razón de sexo, en concreto, **la discriminación por embarazo o maternidad, en los siguientes términos:**

Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad

Años después, y ya no solo vinculado al sexo, sino a otras muchas causas de discriminación, la Ley 15/2022, vuelve a dar un concepto normativo de discriminación directa e indirecta. Lo que ocurre es que la definición de las distintas manifestaciones de la discriminación en la Ley 15/2022 no se limita a esta doble conducta. Junto con estos dos conceptos, esa nueva Ley Integral de Igualdad expresamente contempla otras manifestaciones de discriminación hasta ahora novedosas en nuestro ordenamiento jurídico interno y que, a los efectos que aquí interesan, deben igualmente tutelarse en el proceso de selección, en el momento del acceso a la empresa. Obviamente, también cuando este se mediatiza recurriendo a un algoritmo.

Al margen del acoso discriminatorio o las represalias, el art. 6 de la Ley 15/2022 define la discriminación directa y la indirecta desde una perspectiva causal más general,

la discriminación por asociación y por error; y la discriminación múltiple e interseccional, advirtiendo que también es discriminatoria la inducción, orden o instrucción de discriminar. Lo hace en los siguientes términos:

1. Discriminación directa e indirecta.

- a) La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.
Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.
- b) La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

2. Discriminación por asociación y discriminación por error.

- a) Existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio.
- b) La discriminación por error es aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas.

3. Discriminación múltiple e interseccional.

- a) Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley.
- b) Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.
- c) En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación.

- d) Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva contempladas en el apartado 7 de este artículo deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación.

5. Inducción, orden o instrucción de discriminar.

- a) Es discriminatoria toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley.
- b) La inducción ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria.

4. El acceso a la empresa y la discriminación en conductas omisivas

El marco normativo expuesto, sin duda, supone un avance considerable en el reconocimiento legal de las conductas prohibidas por discriminatorias. Sin embargo, conciliar estos conceptos con un acto omisivo como supone el no contratar o no seleccionar mediante un algoritmo supone, como se decía, cierta complejidad.

Desde siempre, la más difícil demostración de la discriminación se ha dado en las conductas omisivas. En el no hacer, en el no seleccionar, en el no contratar. Demostrar que no se selecciona a una persona en beneficio de otra de forma discriminatoria ha sido siempre uno de los obstáculos de la tutela discriminatoria sancionadora. Solo el concepto de discriminación indirecta aplicado a los resultados de esa acción puede demostrar *a posteriori* que la discriminación ha existido.

De ser así, puede que la persona en concreto ya no pueda ver sus legítimas expectativas colmadas e individualmente obtener una verdadera tutela efectiva. Sin embargo, la colectividad a la que pertenece, las personas en las que concurre esa misma circunstancia por la que se le ha discriminado, como colectivo, sí pueden ver amparados sus derechos.

Esa nueva tutela que, sin renunciar a la sanción, va un paso más allá y se sitúa también en la prevención de la discriminación de una colectividad, es la base del Plan de Igualdad y de la recientemente adoptada Ley Orgánica 2/2024, de Paridad. Por centrarme en lo primero, lo que caracteriza al Plan de Igualdad como instrumento garante de la igualdad de mujeres y hombres es iniciar un diagnóstico con el que se analiza la realidad de la empresa desde la perspectiva de la discriminación indirecta y directa y, de entender que concurre discriminación, y en función de en qué medida se da esa discriminación, adoptar unas medidas u otras para erradicar esa discriminación desde una obligación de hacer en un determinado sentido.

Es decir, si una empresa recurre a un algoritmo y éste nunca selecciona, entre posibles candidatos de ambos sexos y con idénticos conocimientos, a una mujer, siguiendo la empresa en su contratación la sugerencia del algoritmo, esta realidad se podrá evidenciar, de existir, en el Plan de Igualdad. Bien de forma previa a su implantación, en el diagnóstico previo; bien, implantado este, en las reuniones de la comisión de control y

seguimiento del mismo. Se evidenciará la posible discriminación, se analizará la posible existencia o no de una causa objetiva que pueda justificar la ausencia de mujeres entre los candidatos seleccionados y, de no ser así, confirmada la discriminación, se adoptarán medidas para erradicarla.

Del mismo modo, y desde el mismo razonamiento lógico, si aplicando ese mismo algoritmo en la selección de consejeros o personal de alta dirección de las empresas cotizadas o las entidades de interés público en los términos que exige la Ley Orgánica 2/2024, de Paridad, no se cumplen con los porcentajes de presencia equilibrada que marca la ley, habrá que rehacer la selección hasta conseguir la presencia equilibrada en los términos que marca el hoy art. 9 de la mencionada Ley Orgánica 2/2024, de Paridad.

En los ejemplos expuestos, que tienen como común denominador que sea el sexo de los candidatos el motivo por el cual se discrimina, la evolución normativa y los instrumentos jurídicos diseñados en favor de la igualdad real de mujeres y hombres, podrán ayudar a evidenciar que un proceso de selección algorítmica, en un caso determinado, incurre en discriminación. Lo que desde la perspectiva indirecta ocurrirá siempre que genere sin motivo objetivo justificado un efecto adverso en un colectivo respecto otro. Siendo indiferente, a efectos discriminatorios, que el efecto adverso lo produzca la fórmula matemática que ha sido utilizada en el diseño del algoritmo, los datos de los que se nutre el algoritmo o *esa caja negra* a la que difícilmente se tiene acceso¹⁹.

Pero claro, como se ha expuesto en los dos epígrafes anteriores, ni toda la discriminación es solo directa o indirecta; ni tampoco toda discriminación se produce por razón de sexo, aunque muchas sí. Y, en estas otras circunstancias y en estas otras conductas discriminatorias, lo determinante será adquirir conciencia, primero, y demostrar, después, que la selección algorítmica ha incurrido en discriminación.

Pensemos por ejemplo en el concepto de la discriminación por asociación o por error. Fundamentalmente en esta última manifestación de discriminación que, como se exponía, desde el art. 6.2 de la Ley 15/2022 es definida como *aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas*.

Pues bien, una selección mediante algoritmos o sistemas de IA, sin duda, puede generar muchas discriminaciones por error. Piénsese que, en muchas ocasiones, lo que se hace en estos procesos selectivos es atribuir características a unas personas tras realizar un estudio estadístico de probabilidades en función del comportamiento de otras personas distintas. Presumiendo, tras ese análisis estadístico y una cierta correlación de premisas, que, si concurren determinadas cualidades o características en una persona, ésta va a comportarse de una determinada manera. Lo que al final supone que se la elige o no para

¹⁹ En sentido contrario, haciéndose eco de parte de la doctrina norteamericana que cuestiona la aplicabilidad del *disparate impact* a los procedimientos donde intervienen los algoritmos por poner el acento en el parámetro o la causa del efecto adverso, véase, SAEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva...”, cit., págs. 48-49. No obstante, como digo, no considero que esa doctrina sea aplicable a estos efectos, porque en nuestro ordenamiento jurídico también las prácticas que generan un efecto adverso, aunque se desconozcan las concretas causas o parámetros, se incluyen en el concepto legal de discriminación indirecta.

un puesto de trabajo según el algoritmo realice ciertas deducciones en base al comportamiento de otras personas.

Lo anterior es lugar común en el mundo de la IA. Es de sobra conocido que, uno de los recursos del análisis en selección de personal es la filmación de entrevistas de trabajo. En estos casos, se presume que, tras informar de la grabación a la que están siendo sometidos los candidatos, la IA se emplea para evaluar tanto las señales conscientes e inconscientes de las personas candidatas en su entrevista de trabajo²⁰. Y ello pese a que, en nuestro país, la “Carta de Derechos Digitales” limita, aunque ciertamente no prohíbe, los “sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos, o grupos de individuos” (art. V)²¹.

En todo caso, la práctica anterior es algo bastante común. Y aunque las deducciones y presunciones que pueda extraer el algoritmo del estudio del comportamiento humano, basada en el modelo estadístico, en muchas ocasiones serán claramente eficaces, no siempre acertarán en sus presunciones. Cuando erren, pueden ocasionar no solo un perjuicio a la persona afectada, y una vulneración de ciertos derechos fundamentales, sino incurrir en una discriminación por error, lo que evidentemente ocurrirá cuando tras esas deducciones o premisas se excluye de la selección a una persona por otorgarle de forma equivocada, tras un análisis estadístico, unas cualidades en base a ciertos comportamientos propios o ajenos que acaban siendo la causa de la discriminación.

Y claro, lo peor, es que el error en esos casos es también una prueba diabólica. La discriminación por error, en realidad, y en cuanto tal, en un proceso selectivo, aun pudiéndose producir, será difícilmente demostrable y, por tanto, controlable²².

La discriminación en el proceso de selección ha existido desde siempre. De hecho, simplificando mucho el problema, y como se apuntaba, la discriminación genera perjuicios por prejuicios. Y las personas humanas, también las encargadas de los procesos de selección, tenemos ciertos prejuicios. Por lo que el riesgo de que se produzca una discriminación en el proceso de selección existe, con y sin algoritmo. Y, desde luego, la preocupación al respecto es previa a la irrupción masiva de los algoritmos y la IA en los procesos selectivos²³. Además, recurrir al algoritmo y a la IA en el momento de la selec-

²⁰ Uno de esos productos, fabricado por HireVue, está funcionando en más de seiscientas compañías. Cfr. <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/inteligencia-artificial-en-entorno-laboral-desafios-para-trabajadores/> 16 de agosto de 2024.

²¹ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. 17 de agosto de 2024.

²² Cuestión distinta es que la discriminación por error se pudiese detectar gracias a una discriminación indirecta. Por dejar de ser individual y pasar a ser grupal. Pero cuando sea discriminación por error individual, será muy difícil de demostrar.

²³ Recuérdese el desgraciado y famoso incidente que afectó a una compañía de supermercados y en el que se denunciaba que habían aparecido currículos con anotaciones discriminatorias en una bolsa de basura. La compañía negó rotundamente los hechos, y la Inspección de Trabajo de Madrid inició una investigación y la Agencia de Protección de Datos concluyó que la empresa había incurrido en una infracción grave al no proteger datos personales. También es llamativo el caso de la SSTSJ

ción no está prohibido, es lícito y legal. Lo que ocurre es que la preocupación aumenta cuando se adquiere conciencia del riesgo que existe en los supuestos en los que el proceso de selección se instrumentaliza, por cuanto que el algoritmo y la IA pueden aumentar y expandir exponencialmente la discriminación preexistente en la sociedad, incluso a veces sin intencionalidad.

La opacidad que caracteriza a la IA y a los algoritmos incrementa la complejidad de fiscalizar, controlar, si en un procedimiento selectivo en concreto en el que se selecciona a una o unas personas, y no a otra u otras, se ha incurrido o no en discriminación.

Empezando por la difusión de las ofertas de empleo, que puede realizarlas un algoritmo casi de manera automática incurriendo ya, en ese primer momento, en una conducta discriminatoria; pasando por el propio proceso selectivo en lo que a pruebas o exámenes a las personas candidatas se refiere²⁴. Sin ignorar que en estos procesos se pueden valorar conductas conscientes o inconscientes de las personas candidatas de las que se pueden extraer, con razón o sin ella, determinadas conclusiones respecto las que adoptar la discriminatoria decisión de no elegir a alguien por las deducciones algorítmicas²⁵.

Lo anterior partiendo de la premisa de que la empresa que utiliza el algoritmo o recurre a una tercera para un proceso de selección que a su vez utiliza el algoritmo, conoce los parámetros, premisas o reglas de actuación del algoritmo. Pero puede que no sea así. Los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial son cada vez más complejos y no atienden exclusivamente a elementos predefinidos, sino que aprenden por sí mismos²⁶. La persona encargada de la selección, por tanto, puede solicitarle al algoritmo que seleccione a los candidatos en función de su eficacia o idoneidad, pero, no obstante, desconocer las variables que éste ha tenido en cuenta para optar por una persona y no por otra, imposibilitándose así el control de una posible discriminación de forma previa al análisis de sus resultados.

Cataluña de 8 de marzo de 1999, Ar.2552, que aludiendo a la neutralidad de la tercera persona del singular no considera discriminatoria una oferta de empleo que decía lo siguiente “se necesita chico dinámico, libre del servicio militar (...)”.

²⁴ Como se viene apuntando, “hay plataformas muy sofisticadas que recolectan y analizan los datos de quienes se postulan a puestos de trabajo en una o más empresas, y posteriormente automatizan el proceso de seleccionar currículums a partir de criterios que pueden estar determinados. Estas plataformas o PARS suelen ser utilizados por empresas especializadas en el rubro y se enfocan en la elaboración de una lista corta de potenciales candidatos y en la realización de exámenes, juegos o pruebas, dejando, en ocasiones, las etapas finales a cargo de la empresa contratante (CODDOU MCMANUS, A. y PADILLA PARGAR, R., “Discriminación algorítmica en los procesos automatizados de reclutamiento y selección de personal”. Revista chilena de derecho y tecnología, n.º 13, 2024, págs. 186-219)”.

²⁵ Por ejemplo, un comportamiento amanerado o afeminado en un hombre no necesariamente comporta una determinada orientación o identidad sexual. Igual que determinada apariencia no siempre determina una situación socioeconómica, etc. Circunstancias, las expuestas, consideradas como causa de discriminación expresamente en el art. 2.1. de la Ley 15/2022.

²⁶ Cfr. TODOLÍ SIGNES, A. Algoritmos productivos y extractivos. Aranzadi. Pamplona, 2023.

5. Los medios de tutela ante el riesgo de discriminación en la selección algorítmica

Evidentemente la norma no es ajena a todas las posibles discriminaciones expuestas. Y no lo es ni en la norma generalista ni tampoco en la específica referente a la IA.

Si bien hasta ahora me he centrado básicamente en identificar algunos de los riesgos que comporta esta revolución tecnológica y digital desde el punto de vista de la discriminación en la selección por algoritmos o IA, centrándome en los conceptos de discriminación jurisprudencial y normativa, señalado como posibles instrumentos específicos de tutela al respecto los existentes en materia antidiscriminatoria, sobre todo por razón de sexo, como los Planes de Igualdad o las concretas exigencias de presencia equilibrada que exige la Ley Orgánica 2/2024, de Paridad, que, al menos en el caso de la discriminación por sexo, servirán para detectar un posible incumplimiento empresarial en un proceso de selección pese a no conocer la trazabilidad del algoritmo, lo cierto es que también desde el punto de vista estricto de la IA se han intentado establecer en la normativa genérica (ET) y específica (antidiscriminatoria general y de protección de datos e IA) una serie de garantías para mitigar los posibles riesgos discriminatorios que entraña recurrir a un algoritmo o a la IA en los procesos de selección.

Desde un punto de vista más generalista, así, el ET se modificó en su art. 64.4.d²⁷ para reconocer el derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Información que, parece, para cumplir con el mandato legal deberá ser lo suficientemente explícita y accesible. No pareciendo que se cumpla con el mandato legal con la mera puesta a disposición a la RLT de una información ininteligible o incomprensible²⁸.

Mucho se ha escrito al respecto de este deber de informar²⁹. Se discute si es un derecho estático o dinámico. Y, sobre todo, la efectividad práctica que puede tener este derecho a informar como garante de la tutela de los trabajadores individualmente

²⁷ La redacción actual es la del art. único.1 de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, que ratifica la que le dio el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

²⁸ Cfr. GINÈS I FABRELLAS, A., “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”. LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, n.º 1, 2021, p. 38.

²⁹ Por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial” <http://jesucruzvillalon.blogspot.com/2021/05/>; GÓMEZ GORDILLO, R., “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”. Temas laborales, n.º 158, 2021, págs. 178 y ss.

afectados por la aplicación de un algoritmo³⁰. El secreto industrial por parte de la empresa y la en ocasiones difícil trazabilidad de los algoritmos son algunos de los motivos a los que se alude para advertir que la eficacia de esta medida seguramente será, en el sentido expuesto, menor de la originariamente esperada. Por el contrario, parece claro que es una obligación empresarial que no acepta excusas y que la información que se debe trasladar debe permitir conocer a la RLT donde se utiliza el algoritmo y cómo funciona. Seguramente, más que dar a conocer la concreta fórmula matemática que en su caso pudiese estar protegida por el secreto industrial, habrá que informar sobre que variables se toman en consideración en cada caso por los algoritmos para tomar una decisión y no otra.

Con todo, el art. 64.4.d. ET habla de informar al respecto de *los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial*, cuando no hay que olvidar que a los efectos que aquí interesan tan importantes como estos son los datos con los que los algoritmos o el sistema de IA han sido entrenados, o de los que se nutren. Y estos dudosamente quedan incluidos en el mencionado precepto legal³¹.

Por lo demás, desde el punto de vista de la normativa más específica de entre las normas antidiscriminatorias, seguramente por ser la más reciente en el tiempo, es la Ley 15/2022, la que expresamente se refiere a la IA en su art. 23, aunque poco determinante para la empresa privada. La previsión legal para con la empresa privada es mucho menos expansiva que para con las Administraciones Públicas. De hecho, sorprende, cuanto menos, que si bien a las empresas privadas solo se les menciona para exigirles que *promuevan el uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, siguiendo especialmente las recomendaciones de la Unión Europea en este sentido*, a las AAPP se les imponga, además de lo expuesto, otros mandatos más expeditivos como el de transparencia en el diseño y en la implementación así como capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los algoritmos además de *favorecer 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. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio*.

Como mencionaba, resulta llamativo que en una norma tan transversal y con una regulación tan extensa y ambiciosa como la Ley 15/2022, se contengan previsiones para con las AAPP y no para con la empresa privada. Dejando pasar la oportunidad de fijar verdaderos instrumentos de prevención y tutela frente al riesgo que la IA puede generar desde la perspectiva de la discriminación, fundamentalmente, aunque no exclusivamente desde la perspectiva laboral, en el acceso al empleo.

³⁰ RODRIGUEZ CARDO, I. “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica...”, cit., págs. 18 y ss.

³¹ Recuérdese el caso de discriminación por razón de sexo en Amazon, antes mencionado.

En todo caso, como ya se ha expuesto, lo anterior en absoluto debe interpretarse como que la empresa privada queda al margen de la responsabilidad de garantizar los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación cuando seleccionan a los candidatos mediante algoritmos o fórmulas de IA. Aunque no lo diga expresamente la Ley 15/2022, la transparencia o la información de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial ya resulta exigible, al menos respecto la RLT en el art. 64.4.d ET; y la evaluación del impacto que la Ley 15/2022 exige para con las AAPP puede deducirse como obligación para con la empresa privada tanto del Reglamento General de Protección de Datos como del recientemente aprobado y publicado Reglamento de Inteligencia Artificial.

En efecto, así es. De hecho, el primero de ellos, que también fue el primero de los dos desde el mero punto de vista cronológico, en sus arts. 22, 32 y 35 exige que en todo tratamiento automatizado realizado en base a la IA se garantice el “humano al mando”³² además de comportar una evaluación de impacto.

El segundo, más reciente, y un poco más explícito, si bien también menos protector para con la tutela de derechos de los destinatarios de lo que se esperaba, califica la selección de personal y gestión de las relaciones laborales como sistema de alto riesgo, reiterando la exigencia, por tanto, de control humano (humano al mando), del deber de información y de transparencia; y, al responsable del despliegue, de la evaluación de impacto.

Y esta última sí puede ser determinante para verificar si se produce o no la discriminación con un determinado sistema de IA o algoritmo en un proceso de selección, al permitir analizar los resultados.

³² Aunque tras la aprobación del RIA y cuanto allí se exige la discusión puede entenderse superada por la consideración de la gestión de personal como sistema de alto riesgo, es importante señalar que una parte de la doctrina ha concluido que el art. 22 RGPD y el requisito del humano al mando no tiene una aplicación tan automática al ámbito jurídico laboral como se ha dicho. En ese sentido, RODRIGUEZ CARDO, I. “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica...”, cit., defiende “que el art. 22 RGPD pretende en realidad proteger al consumidor o usuario, y no tanto al trabajador, y, lógicamente, no cabe extender sin la debida modulación el marco normativo diseñado para la relación entre un productor o prestador de servicios con un potencial cliente (o usuario o consumidor) a una relación tan distinta como es la que une a empresario y trabajador. El RGPD pretende evitar, por ejemplo, que una compañía de seguros descarte a priori la contratación con determinados perfiles de personas por el hecho de que estadísticamente suponen un riesgo (menor esperanza de vida). En cambio, en el contexto laboral no puede hurtarse al empleador la capacidad de determinar qué habilidades y competencias profesionales resultan más valiosas para desarrollar determinadas funciones, por lo que las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles profesionales son, en principio, opciones lícitas, sin perjuicio de que no resulte admisible el tratamiento de ciertos datos que el empleador no está legitimado para conocer o procesar”. En el mismo sentido, GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, n.º 38, 2018, págs. 107 y ss. En sentido contrario, PRECIADO DOMENECH, C.H., “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”, *Jurisdicción Social*, n.º 223, 2021.

Es verdad, con todo, que la aprobación del RIA es demasiado reciente como para precisar la efectividad que estas garantías van a tener en el destinatario final en cuanto a la protección de la no discriminación. Por lo pronto, se evidencia la preocupación del RIA por poner a disposición del usuario, en este caso, del empleador, el conocimiento, entre otras cosas, de cualquier circunstancia conocida o previsible asociada al uso del sistema de IA conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales; al tiempo que, al candidato afectado, se le informará de que está siendo examinado por un algoritmo o un sistema de IA³³.

³³ Art. 13 RIA. 1. Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de forma que se garantice que su funcionamiento es lo suficientemente transparente como para permitir a los implantadores interpretar los resultados del sistema y utilizarlos adecuadamente. Se garantizará un tipo y un grado de transparencia adecuados con vistas a lograr el cumplimiento de las obligaciones pertinentes del proveedor y del implantador establecidas en la sección 3.

2. Los sistemas de IA de alto riesgo irán acompañados de instrucciones de uso en un formato digital adecuado o de otro tipo que incluya información concisa, completa, correcta y clara que sea pertinente, accesible y comprensible para quienes los desplieguen.

3. Las instrucciones de uso contendrán como mínimo la siguiente información:

(a) la identidad y los datos de contacto del prestador y, en su caso, de su representante autorizado;

(b) las características, capacidades y limitaciones de rendimiento del sistema de IA de alto riesgo, incluyendo:

(i) su finalidad prevista;

(ii) el nivel de precisión, incluidas sus métricas, solidez y ciberseguridad a que se refiere el artículo 15, con respecto al cual se ha probado y validado el sistema de IA de alto riesgo y que cabe esperar, así como cualquier circunstancia conocida y previsible que pueda repercutir en ese nivel previsto de precisión, solidez y ciberseguridad;

(iii) cualquier circunstancia conocida o previsible, relacionada con el uso del sistema de IA de alto riesgo de conformidad con su finalidad prevista o en condiciones de uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 9, apartado 2;

(iv) en su caso, las capacidades técnicas y las características del sistema de IA de alto riesgo para proporcionar información pertinente para explicar sus resultados;

(v) cuando proceda, su rendimiento en relación con las personas o grupos de personas específicos sobre los que se pretende utilizar el sistema;

(vi) cuando proceda, especificaciones de los datos de entrada, o cualquier otra información pertinente en cuanto a los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba utilizados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo;

(vii) en su caso, información que permita a los responsables del despliegue interpretar el resultado del sistema de IA de alto riesgo y utilizarlo adecuadamente;

(c) los cambios en el sistema de IA de alto riesgo y en su funcionamiento que hayan sido predefinidos por el proveedor en el momento de la evaluación inicial de la conformidad, en su caso;

(d) las medidas de supervisión humana contempladas en el artículo, incluidas las medidas técnicas establecidas para facilitar la interpretación de los resultados de los sistemas de IA de alto riesgo por parte de quienes los despliegan;

Con todo, es difícil apreciar la obligación de informar al candidato por parte de la empresa de los parámetros que ha utilizado el algoritmo para seleccionarlo o para no hacerlo. Será informada la RLT; y será informado el empleador como usuario en los términos referidos. Pero no está tan claro, en base al RIA, que la persona cuyo curriculum o comportamiento sea analizada por IA en aras de ser contratado o no, deba ser informado por la empresa de forma precisa y minuciosa de los distintos aspectos que se han baremado para considerarlo o no apto para un puesto de trabajo.

Y lo mismo respecto la evaluación de impacto. Está claro que en base al RIA debe hacerse por el responsable del despliegue una evaluación de impacto, y que esta es positiva para apreciar la posible incurrancia en discriminación, aunque sea a posteriori. Pero la evaluación de impacto, tal y como está prevista, no creo que se traduzca en la obligación de informar fehacientemente, al menos a priori, a personas que son candidatas, pero no trabajadoras, del impacto que ha tenido el algoritmo entre mujeres y hombres, mayores y jóvenes, por estado de salud, por raza, opinión, ideología, origen socioeconómico, etc.

Lo que al final, básicamente, requiere volver a insistir en la relevancia de interpretar integradamente la normativa específica de IA con la antidiscriminatoria. Que, si bien en materia de discriminación por razón de sexo no generará tantos problemas, si la empresa implanta un plan de igualdad o se ve afectada en consejeros y alta dirección por la LO 2/2024, de Paridad, exigirá estar muy pendientes en otro tipo de discriminación como la que se puede dar en caso de que el candidato presente alguna discapacidad, alteración funcional o sea tratado discriminatoriamente por cualquier causa constitucional y legalmente prohibida.

En todo caso, veremos como va avanzando la aplicación de la RIA. Es demasiado pronto, para extraer conclusiones definitivas en un tema tan complejo como fragmentado normativamente.

6. A modo de recapitulación

Llegados a este punto, y siendo el momento de concluir, las ideas que deben destacarse como recapitulación de lo expuesto pueden sistematizarse como sigue:

Primero. La selección mediante algoritmos o IA en nuestro ordenamiento jurídico es una opción empresarial perfectamente lícita. El empleador es quien decide si realiza el proceso de selección mediante métodos tradicionales o recurriendo a algoritmos o IA.

(e) los recursos informáticos y de hardware necesarios, la vida útil prevista del sistema de IA de alto riesgo y las medidas de mantenimiento y cuidado necesarias, incluida su frecuencia, para garantizar el correcto funcionamiento de dicho sistema de IA, incluso en lo que respecta a las actualizaciones de software;

(f) cuando proceda, una descripción de los mecanismos incluidos en el sistema de IA de alto riesgo que permita a los responsables de la aplicación recopilar, almacenar e interpretar adecuadamente los registros de conformidad con el artículo 12.

En todo caso, la opción es empresarial. Por lo que tanto la decisión de contratar a una persona en particular como la de no hacerlo también lo son. La empresa, en caso de incurrir en prácticas ilícitas, no puede escudarse en el recurso al algoritmo, que carece de personalidad jurídica y, en consecuencia, no es titular ni de derechos ni de obligaciones.

Segundo. El proceso de selección y la decisión de contratar a una persona u a otra, mediante o no algoritmo o IA, forma parte de las potestades empresariales que emanan del art. 38 CE. Que, en cuanto tal, y dado que se trata de una potestad discrecional que no arbitraria, deberá someterse al obligado respeto a los derechos fundamentales de las personas candidatas y a la prohibición de incurrir en discriminación.

Tercero. Asentada en los tribunales la interpretación integrada del art. 14 CE y del art. 9.2. CE, en favor del principio de igualdad real y la prohibición de discriminación, la evolución de este último concepto, en la jurisprudencia, primero, y en la ley, después, exige considerar distintas manifestaciones de la prohibición de discriminación a efectos de valorar fehacientemente cuando un algoritmo o un sistema de IA cumple con los parámetros constitucionales y legales. O, cuando, pretendiéndolo o no, estos límites al poder de selección empresarial han sido vulnerados.

Cuarto. Seguramente, los casos de discriminación indirecta serán, por las características del proceso de selección, los más fáciles de detectar y demostrar. Pero no por ello deben dejar de considerarse, en estos procedimientos, la posible incurrancia en otras prácticas discriminatorias. Desde las más evidentes como la discriminación directa o las más fácilmente demostrables como la indirecta, a las más complejas como la discriminación por error, por asociación, múltiple o interseccional.

Quinto. Claro, las características del algoritmo o de la IA –volumen de bancos de datos, secretismo de la fórmula matemática, caja negra, algoritmos no solo deductivos sino inductivos de difícil trazabilidad– incrementan exponencialmente los riesgos de que se produzcan sesgos y decisiones discriminatorias incluso a veces de manera involuntaria. En la realidad existe y persiste la discriminación. Lo que hay que evitar, por tanto, es que el algoritmo o la IA, en lugar de contribuir a erradicarla, la magnifique.

Sexto. Indudablemente la norma no es ajena a lo expuesto. Lo que ocurre es que las garantías previstas para evitar la discriminación en el proceso de selección instrumentalizado mediante un algoritmo o IA no parece que siempre vayan a ser lo eficaces que cabría esperar. Dejando al margen la discriminación por razón de sexo, en el que los propios instrumentos previstos en las específicas normas antidiscriminatorias, sí pueden revelarse como un complemento efectivo en la tutela antidiscriminatoria desde el análisis de los resultados, en el resto de supuestos habrá que confiar fundamentalmente en las previsiones del ET y la normativa específica en IA, esto es, en que al respecto resulten efectivos el deber de información a la RLT en los términos del art. 64.4.d ET, y el control humano o

humano al mando, la transparencia e información y la evaluación de impacto. Todo ello en los términos del RGPD y del muy reciente RIA.

Séptimo. La regulación en esta materia es todavía incipiente. Tanto que, al menos por lo que afecta a la RIA, entiendo contraproducente realizar aseveraciones contundentes y firmes en cuanto a su relativa eficacia en lo que aquí interesa. Seguramente si la AESIA, que tiene apenas un mes de antigüedad, cumple con el papel asignado, la confluencia de todas las medidas empiece a ser relevante en favor de la tutela antidiscriminatoria.

Octavo. En cualquier caso, el objetivo de este trabajo no es en absoluto demonizar la IA ni los algoritmos, sino todo lo contrario. Lo que se pretende con estas reflexiones es contribuir a su verdadera eficacia. Y la mejor forma de hacerlo, en un tema tan complejo como el de la selección de personal para el acceso a la empresa, es señalando el riesgo de incurrir o reproducir ciertos prejuicios preexistentes que, al margen de discriminar a una persona o grupo de personas con un denominador común, ignoren apriorísticamente la potencialidad de una parte de la sociedad cuando pretende acceder a un empleo.

7. Bibliografía

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Algoritmos psicometría y derechos del yo inconsciente de la persona en el ámbito socio-laboral”. *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º.18, 2023.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La participación de los representantes de los trabajadores en el uso de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial” <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/05/>.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”. *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, n.º 38, 2018, págs. 107 y ss.
- GINÈS I FABRELLAS, A., “El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, n.º 1, 2021, págs. 19-42.
- GINÈS I FABRELLAS, A., “Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica”. En RIVAS VALLEJO, P., *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*. Aranzadi. Pamplona, 2022.
- GINÈS I FABRELLAS, A., *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*. Aranzadi. Pamplona, 2023.
- GÓMEZ GORDILLO, R., “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas laborales*, n.º 158, 2021, págs. 178 y ss.

- MERCADER UGUINA, J. R., “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del Big data”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, nº2, 2021, págs.4-10.
- OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo. Impacto sobre el derecho a la no discriminación”. *Documentación Laboral*, n.º 119, 2020, págs. 95-97.
- PEYRONNET, M., “El uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en la selección de personal: ¿una ocasión para eliminar la discriminación”. En MOLINA NAVARRETE, C., y VALLECILLO GÁMEZ, M. R. (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Aranzadi, Pamplona, 2021.
- PRECIADO DOMENECH, C.H., “Algoritmos y discriminación en la relación laboral”. *Jurisdicción Social*, n.º 223, 2021.
- RODRIGUEZ CARDO, I., “Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 253, 2022, págs. 135-188.
- SAEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 155, 2020, págs. 42-60.
- TODOLÍ SIGNES, A. *Algoritmos productivos y extractivos*. Aranzadi. Pamplona, 2023.
- VIOLLIER, P., y VELASCO, P., “El uso de toma de decisiones automatizadas para la selección de personal”. En SEVERÍN CONCHA, J.P. (Ed.), *Derechos fundamentales de la persona del trabajador*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.