

LA DIGITALIZACIÓN EN LA LEY DE EMPLEO: EMPLEO, COLOCACIÓN E INTERMEDIACIÓN¹

DIGITALIZATION IN THE EMPLOYMENT ACT: EMPLOYMENT,
LABOUR PLACEMENT AND INTERMEDIATION

Jaime Román Lemos
Doctorando en el Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
Orcid: 0000-0001-6537-647X
jroman1@us.es

RESUMEN: La nueva Ley de Empleo destaca, entre otros aspectos y dados los tiempos que corren, por un marcado acercamiento a la tecnología. Se prevén en ella el uso masivo de datos personales, respetando siempre la normativa de protección de los mismos; el uso de algoritmos para la toma de decisiones y recomendaciones; y se incide constantemente en la evolución tecnológica y la necesidad de adaptabilidad a la misma. Este artículo pretende analizar estas novedades tecnológicas, a la par que criticar algunos aspectos negativos que pueden derivarse de las mismas, para finalizar con una visión negativa de la norma dada su falta de concreción en ciertos aspectos digitales, que dejan el análisis de su contenido muy condicionado a la posterior normativa que lo desarrolle.

PALABRAS CLAVE: Ley de Empleo; datos personales; protección de datos; evolución tecnológica; discriminación.

1. Trabajo desarrollado dentro del marco del Proyecto de Investigación “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00”, de la Convocatoria 2022 - «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

Recibido: 03/01/2024; Aceptado: 09/02/2024; Versión definitiva: 27/02/2024.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

ABSTRACT: The new Employment Act is distinguished, among other issues and given the current situation, by a strong approach to technology. It envisions massive data processing, respecting the data protection regulation; use of algorithms for decisions and recommendations making; and it highlights constantly the technological evolution and the needment of adaptability to that evolution. This article pretends to analyze these technological news, while criticising some negative aspects that may outcome from them, to sum up with a negative vision of the law regarding its lack of detail in some digital aspects, that leave its content analysis pretty conditioned to future regulation that will develop it.

KEYWORDS: Employment Act; personal data; data protection; technological evolution; discrimination

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO. 2. LOS DATOS PERSONALES EN LA LEY DE EMPLEO. 2.1. Tratamiento de datos y empleo. 2.2. La protección de datos en los procedimientos de empleo. 2.3. Derecho algorítmico. 3. EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA. 3.1. La digitalización como objetivo de la Ley según su preámbulo. 3.2. La plasmación de ese objetivo en el articulado de la norma. 4. DISCRIMINACIÓN TECNOLÓGICA. 5. TRANSPARENCIA. 6. UNA OPORTUNIDAD PARA EL FUTURO... Y UN PROBLEMA PARA EL PRESENTE. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTUDIO

Resulta evidente que en los últimos años estamos asistiendo a una multiplicidad de reformas legislativas derivadas de la evolución política y social que se está viviendo no solo en nuestro país, sino en todo el planeta. Esto nos está llevando a una situación en la que las nuevas leyes y demás normas del ordenamiento jurídico no constituyen un fin en sí mismas, sino que están abiertas a un cambio constante (vía nuevas leyes, novedosos desarrollos reglamentarios de otras previas, etc.) en periodos de tiempo relativamente cortos. Efectivamente, los legisladores actuales (y el resto de intervinientes en la creación y promulgación de normativa) se han convertido en sujetos “*che brandiscono riforme convulse e continue, come se la nuova regola non costituisse il punto di arrivo di un obiettivo di modifica coerente, ma qualcosa che richiederà aggiustamente successivi e quasi permanente*”².

Una de estas nuevas normas, bastante reciente, es la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo³, que nace con el principal objetivo de paliar el declive que se está produciendo en el mercado de trabajo español, marcado por una fuerte tasa de

2. Corazza y Romei 2014, 7.

3. BOE de 1 marzo 2023.

desempleo (según datos oficiales del INE, la tasa de paro para el tercer trimestre de 2023 asciende a un total de 11,84%⁴), y facilitar la adaptación de los trabajadores y demandantes de empleo a las nuevas realidades que nos están acompañando en estos tiempos tan convulsos. Además, se pone el foco en situaciones de gravedad como la brecha de género o la tasa de desempleo juvenil, así como otros factores fundamentales en la empleabilidad como son la mejora de la intermediación y orientación laborales.

Siendo la citada ley de relativamente sencilla lectura y tratando diversos temas, hemos decidido centrarnos en un aspecto de una importancia excepcional, como es la digitalización en el ámbito de la empleabilidad. No resulta extraño a nadie que el avance tecnológico es diametralmente superior al jurídico, si bien el ordenamiento español (así como el europeo, en general) está reaccionando con una rapidez encomiable (aunque no siempre acertada, desde nuestro punto de vista) a estos cambios. Prueba de ello es, entre otras, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, en el ámbito de la Unión Europea⁵, que busca adelantarse a la numerosa problemática que puede derivarse de la hoy día tan recurrente inteligencia artificial.

Es por ello por lo que, en la actualidad, esa inmensa variedad de normas a las que hacíamos referencia al comienzo del presente texto (Ley de Empleo incluida) no dejen pasar la oportunidad de regular o, si cabe, al menos mencionar una temática tan transversal como es la relativa a las nuevas tecnologías y su influencia precisamente en el ámbito del Derecho.

Como decíamos, pues, la Ley 3/2023 no es ajena a los avances que está experimentando la sociedad. Un primer y breve análisis de la misma así lo manifiesta: se repiten palabras suficientemente elocuentes como «evolución» (12 veces), «nueva/s» (16 veces) o «desarrollo» (hasta 79 veces). Y si nos introducimos con mayor profundidad, hay dos aspectos que nos llaman poderosamente la atención:

- a) Por un lado, la importancia que se le otorga al tratamiento y protección de datos personales de los sujetos implicados en el amplio campo de la empleabilidad, que quizás requiere de mayor especificidad, pero supone un rotundo éxito de la normativa europea y española relativa a la materia.
- b) Por otro, la insistencia del legislador en la formación tecnológica que, si bien resulta incluso escasa respecto a lo que creemos debería ser, supone un avance frente a otras normas que puede sentar una base para el Derecho del Trabajo que se avecina próximamente.

4. Instituto Nacional de Estadística 2023.

5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

La ley estudiada no solo recalca la envergadura de la actualidad y el futuro tecnológicos a lo largo de su articulado, sino que dedica artículos específicos a concretar cuestiones relativas a dicha materia, si bien habremos de llamar la atención en aspectos más negativos que pueden derivarse de ello, como puede ser la discriminación.

2. LOS DATOS PERSONALES EN LA LEY DE EMPLEO

Ya hemos mencionado que la protección de datos se erige como elemento destacado de esta nueva ley, y ello por un motivo fundamental, como es el hecho de que los datos juegan un papel crucial en el ámbito de la empleabilidad. No es baladí el hecho de que el perfilado resulta esencial cuando nos referimos a la búsqueda activa de empleo, y es imposible la creación de perfiles individualizados si no es a través del uso y gestión de datos personales de los sujetos empleables.

Aunque existen en todo el texto legal referencias a los datos de las personas físicas, hay cuatro artículos concretos en los que vale la pena detenerse:

- a) Los artículos 14 y 15, en tanto nos introducen a ese sistema complejo y exorbitante de datos que se requiere por los servicios especializados, y
- b) Los artículos 16 y 17, referidos exclusivamente al tratamiento, protección y gestión de los datos utilizados.

Con la lectura de estos preceptos puede el lector hacerse una idea básica realmente útil de la perspectiva del legislador en materia de datos personales, si bien como hemos adelantado existen otras remisiones a dicha disciplina a lo largo del articulado.

2.1. Tratamiento de datos y empleo

Previamente hemos dicho que el tratamiento de los datos personales de los sujetos afectados por la reciente Ley de Empleo se torna en eje esencial del nuevo modelo de empleabilidad, como puede apreciarse en el articulado de la norma.

Para comenzar, debemos destacar que el art. 14 de la ley hace referencia al denominado Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, el cual queda configurado como una “red de información común para toda la estructura pública y privada del empleo [...] con una estructura de procesamiento de datos pertinentes eficaz, integrada y compatible”. Para, entre otras finalidades, proceder al perfilado de los usuarios, se establece que dicho sistema garantizará a la Agencia Española de Empleo (antiguo Servicio Público de Empleo Estatal) y a los servicios públicos de empleo de las CCAA “la posibilidad de acceso y tratamiento masivo de

datos”. Un adjetivo tan clarificador («masivo») nos hace conscientes del volumen de datos y operaciones que van a verse involucrados en el mecanismo de empleabilidad, convirtiéndose así los datos en el soporte del mismo.

A mayor abundamiento, el sistema “reúne todos los datos relativos al empleo y la empleabilidad de las personas” (art. 15). Esto es lo que comúnmente conocemos con el término anglosajón *Big Data*, habiendo ya informado la Agencia Española de Protección de Datos de que se deberán extremar las precauciones (llevando a cabo incluso una evaluación de impacto relativa a la protección de datos).

En este sentido, la Agencia ha llamado la atención especialmente sobre que los “riesgos para la privacidad deben de ser evaluados desde la misma concepción del tratamiento que haga uso de técnicas Big Data y de sus herramientas analíticas de explotación de información, incorporando, desde el diseño, las estrategias necesarias para mitigarlos y que habrán sido identificadas como resultado de la evaluación de impacto para la protección de datos llevada a cabo”⁶.

Por otro lado, una de las competencias principales que asume la nueva Agencia Española de Empleo es la de “mantener las bases de datos generadas por los sistemas integrados de información del Sistema Nacional de Empleo y elaborar las estadísticas” [art. 22.g)]. Como vemos una vez más, el tratamiento de datos en esta novedosa Ley de Empleo deviene en pieza clave del nuevo sistema de empleo.

Este protagonismo del dato se puede apreciar igualmente en el art. 42.7, al referirse a la intermediación y exigir a las agencias de colocación que faciliten “los datos, documentación e información precisos para dotar el Sistema Público integrado de Información de los Servicios de Empleo”. Pero la norma va más allá, previendo incluso que las agencias de colocación deban suministrar determinada información (que se dilucidará reglamentariamente) de las personas a los servicios públicos de empleo [art. 43.3.a)].

Y, del mismo modo, será pilar fundamental de la colaboración entre dichos servicios públicos de empleo y otras entidades colaboradoras la puesta a disposición de información relativa a diversos aspectos de nuevo relacionados con los datos de los usuarios (art. 48.2). Es decir, como tenemos oportunidad de atisbar, el tratamiento y traspaso de los datos entre los distintos actores intervinientes en el novedoso modelo de empleabilidad se prevé no solo como una necesidad continua, sino como el fundamento de la nueva normativa.

Conviene también en este apartado hacer una brevísima referencia al art. 55.2, donde se dispone que la asignación de los servicios garantizados prestados por la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las CCAA “estará asistida por el análisis de datos”.

6. Agencia Española de Protección de Datos 2020.

Resaltemos por último que el art. 69.3 de la norma resulta quizás el precepto más esclarecedor en cuanto al propio tratamiento de datos, al afirmar explícitamente que, para la realización de la evaluación de la política de empleo, los datos administrativos que se originen en procedimientos de gestión en el seno del Sistema Nacional de Empleo “serán la fuente principal y más relevante”. Nuevamente se dota de un evidente protagonismo al tratamiento de los datos personales: los datos constituyen así –podría concluirse– los nuevos cimientos para el futuro de la empleabilidad⁷.

2.2. La protección de datos en los procedimientos de empleo

Si hablamos de la relevancia del tratamiento de datos personales, no es menos importante la cuestión de la protección de dichos datos. Hace ya años que se viene realizando una labor legislativa importante en la Unión Europea y en el ámbito nacional respecto a dicha materia, consagrándose normas tan importantes (y que aun resultando a nuestro juicio insuficientes por ahora, no dejan de sentar una gran base para el futuro de la disciplina) como son 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 (el comúnmente denominado Reglamento General de Protección de Datos o RGPD⁸); y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD⁹). No obstante, el derecho a la protección de datos personales ya se englobaba como derecho fundamental en la Constitución Española, concretamente en su art. 18.4¹⁰, y así lo consagró el Tribunal Constitucional al afirmar que dicho artículo “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona [...] pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos”¹¹.

El legislador español, previendo esa ingente cantidad de datos a la que antes hacíamos referencia y viendo el amplio abanico de normativa vigente que se está desarrollando¹², ha mostrado en todo el texto legal que analizamos su compromiso con la

7. Y, en general, para el mundo del Derecho y la sociedad en su conjunto. Muy interesante respecto a esta cuestión es la reflexión sobre la analogía entre los datos y el oro o el petróleo que hallamos en Murillo 2023, 70-71.

8. DOUE de 4 mayo 2016.

9. BOE de 6 diciembre 2018.

10. “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

11. STC núm. 94/1998 de 4 de mayo, FJ 6 (RTC 1998/94).

12. A este respecto es interesante la exposición contenida en Del Rey Guanter 2023, 117-120.

normativa de protección de datos personales. Así lo deja claro desde el comienzo del articulado, fijando en su art. 4.g) como uno de los objetivos de la política de empleo dotar de un servicio integrado de información de los servicios de empleo que garantice “la protección de datos personales y los derechos digitales de las personas usuarias”.

Pero, incluso más allá de esa primera mención, la Ley de Empleo dedica, como indicamos previamente, un artículo específico al asunto del tratamiento y protección de los datos personales. Nos referimos, en efecto, al art. 16, cuyo primer apartado ya se encarga de dejar claro que el tratamiento de los datos se realizará conforme a lo dispuesto en el Reglamento europeo y la Ley orgánica nacional. Y continúa tratando de asegurar que no se produzcan lagunas al respecto, pues en el segundo punto define los datos personales que serán objeto de tratamiento, al tiempo que delimita (tanto en este como en el siguiente punto) las finalidades del tratamiento: parece pues que basa la licitud del tratamiento en el art. 6.1.e) RGPD (“necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”), al mencionar las “finalidades de interés público”. Lo especifica directamente en el apartado sexto del artículo, donde también establece como base jurídica el cumplimiento de una obligación legal [art. 6.1.c) RGPD]. Y se tratan de satisfacer las demandas del RGPD, principalmente en lo relativo al deber de información, al determinar los responsables y encargados del tratamiento (apartados 4 y 5, respectivamente), recoger los principios de minimización de datos (apartado 7) y de limitación de la finalidad (apartado 9), y establecer el primordial deber de información previa en el apartado 8.

No obstante, el legislador no se ha limitado a lo expuesto, sino que en el apartado 11 del mismo art. 16 ha vuelto a establecer que “El ejercicio de derechos para las personas físicas sujetas a la normativa de protección de datos se garantizará conforme a dicha normativa”, y además vuelve a incidir en la materia en otros artículos. De esta manera, el art. 42.8 fija en su último párrafo que en las actividades de intermediación se preservarán “la plena transparencia y la protección y adecuado tratamiento de los datos personales de las personas demandantes de empleo”. Y el artículo posterior dispone en su apartado 3.b) como deber de las agencias de colocación el respeto de “la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y cumplir la normativa aplicable en materia de protección de datos”. Incluso se vuelve a incidir en esta cuestión cuando, en el art. 48, al referirse a la colaboración entre los servicios públicos de empleo y las entidades colaboradoras, se reitera que el suministro de información se realizará según lo “establecido en la Ley Orgánica 3/2018 [...] y el Reglamento (UE) 2016/679”. Esta constante mención a la normativa protectora de datos personales muestra la evidencia “de que en un ámbito tan trascendente para la IA y la programación algorítmica como es el de la protección de datos, la normativa comunitaria –a nivel de Reglamento– y, por ende, la española –a nivel de rango de ley orgánica–,

se ha pronunciado hace tiempo a favor del *hard law*, con una regulación acentuadamente intensa e incisiva”¹³.

Esto nos hace apreciar, efectivamente, una conducta cuasi obsesiva del legislador español en lo relativo a los datos personales, conducta que es de agradecer en el entorno de protección de un derecho fundamental, pero que debe ir acompañada de una práctica acorde a la legislación promulgada, pues en caso contrario nos encontramos con verdadero papel mojado que en nada ayuda a los ciudadanos.

A efectos de la protección de datos, resulta interesante destacar que la nueva Ley de Empleo contiene una Disposición final segunda, en cuyo apartado Tres se ha modificado el art. 38.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, incluyendo una referencia expresa a la LOPDGDD y al RGPD y requiriéndose el consentimiento previo de las personas trabajadoras para informar de su tipo y grado de capacidad (anteriormente el texto original no incluía mención alguna a normativa de protección de datos y se promovía directamente la creación de un registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo, si bien también se requería el consentimiento previo).

Por último, debemos añadir que se prevé en el apartado 10 del art. 16 que se realice un análisis de riesgos por parte de las AAPP responsables del tratamiento de modo que puedan desarrollarse medidas de seguridad acordes a los riesgos previstos y delimitados por dicho análisis. Esta previsión parece resultar la adaptación de la Ley de Empleo a la evaluación de impacto de protección de datos exigida a los responsables del tratamiento en el art. 35 RGPD (y 28 LOPDGDD), dado que el GT29 ya ha adoptado unas directrices de evaluación de impacto para determinar si el tratamiento conlleva un alto riesgo (WP 248 rev.01), habiendo citado diversos criterios entre los que se hallan la elaboración de perfiles y el tratamiento de datos a gran escala¹⁴ (si bien no hay descripción concreta de lo que significa el tratamiento de datos a gran escala, podemos entender lo que implica si nos atenemos a lo dispuesto en el Considerando 91 RGPD¹⁵, que entendemos aplicable al tratamiento realizados por las AAPP para el desarrollo de la empleabilidad). Por consiguiente, como hemos adelantado, el análisis de riesgos previsto en el art. 16 de la Ley 3/2023 para la protección de datos puede considerarse como el resultado de la habilitación de la evaluación de impacto exigida por el RGPD, en tanto esta última, al igual que el análisis de riesgos, no deja de ser “una herramienta de análisis integral que pretende «cartografiar» los riesgos y las amenazas de determinadas operaciones de tratamiento de datos

13. Del Rey Guanter 2023, 118.

14. Grupo “Protección de datos” del artículo 29 2017.

15. Dicho Considerando se refiere a “las operaciones de tratamiento a gran escala que persiguen tratar una cantidad considerable de datos personales a nivel regional, nacional o supranacional y que podrían afectar a un gran número de interesados y entrañen probablemente un alto riesgo”.

personales para los derechos y libertades de las personas, con la finalidad última de prevenirlos activamente”¹⁶.

2.3. Derecho algorítmico

Si ya hemos llamado la atención sobre los datos, su tratamiento y su protección, no debemos obviar el modo de utilización de los mismos. Y ello porque el art. 17 establece la existencia de un algoritmo que sirva de apoyo para la toma de decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos. Esto es, el legislador ya prevé la implementación de un sistema de inteligencia artificial¹⁷ que funcione como base del nuevo mecanismo de empleabilidad, sistema cuyas instrucciones deberán desarrollarse reglamentariamente y resulta, por ende, desconocido en el momento de promulgación de la Ley 3/2023.

Bien es cierto, pese a lo anterior, que la propia ley parece no pretender abusar de este sistema, sino que sigue previendo un conjunto de mecanismos en el que la intervención humana resulta fundamental (una decisión, a nuestro modo de ver, muy acertada que sirve como respuesta a la incertidumbre generada globalmente ante el cada vez más relevante fenómeno de la inteligencia artificial). Así pues, la Ley de Empleo, en su artículo tercero, al definir la intermediación laboral, ya plantea el escenario de que, para que exista intermediación o colocación laboral, “el conjunto de acciones descritas [acciones que definen la intermediación laboral] no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados”. Es pues, como decimos, fundamento de la nueva ley evitar la automatización exclusiva, pues podría resultar en situaciones discriminatorias¹⁸ o carentes de una fundamentación lógica en ocasiones¹⁹.

Retomando el novedoso y relevante art. 17 de la ley, es curioso advertir que el legislador, ante estas nuevas realidades tan complejas que estamos analizando, trata en todo momento de adelantarse a la divergente problemática que puede derivarse de ello. De este modo, el apartado segundo de dicho artículo insiste en la evitación de

16. Lorenzo Cabrera, Palma Ortigosa, Trujillo Cabrera 2018, 150.

17. Pese a las numerosas definiciones que se han hecho del término “Sistema de IA”, nosotros nos quedamos con la establecida en el art. 3.1 PRIA: “el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I [estrategias de aprendizaje automático, basadas en la lógica y el conocimiento y estadísticas] y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúa”.

18. Es la denominada “discriminación algorítmica” o “sesgo injusto”. Es interesante al respecto el informe del grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial 2019.

19. No olvidemos que “los sistemas de IA suponen una amenaza real para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, especialmente de las que buscan empleo, estas últimas tradicionalmente desprotegidas por las dificultades para probar ilicitudes y la dejación tanto de las autoridades públicas como de las organizaciones sindicales”. Fernández García 2023, 188.

situaciones de discriminación, previendo incluso una evaluación anual de la toma de decisiones apoyadas por el algoritmo, similar al análisis de riesgos que hemos visto anteriormente requerido como consecuencia del tratamiento masivo de datos. La norma, sabedora de la velocidad en el desarrollo de la tecnología, muestra así una evidente predisposición por un mantenimiento actualizado de los sistemas que garantice en todo momento situaciones de igualdad frente al nuevo mundo del empleo que se nos presenta.

Continuando con esta tecnologización de la norma, hemos de sostener que, pese a que nuestra visión pueda parecer un poco pesimista (incluso catastrofista en ocasiones), no todo lo relacionado con el uso masivo de datos y los algoritmos es negativo. Incluso muchos autores aprecian numerosas ventajas en su uso, algunos sin desmerecer la preocupación por los riesgos que entrañan²⁰ y otros a quienes no afectan esas posturas alarmistas²¹. Para nosotros quizás sean las dos caras de una misma moneda²², y a esa conclusión llegamos también tras un análisis de la ley. Si bien hemos rescatado la preocupación del legislador por la no discriminación, no es menos cierto que el uso de herramientas tecnológicas va a permitir, precisamente, valorar los casos en los que se produzca dicha discriminación. A priori esto puede parecer una idea estólida, pero ya se han producido situaciones similares que han permitido grandes avances en la lucha contra la discriminación (cabe citar aquí como ejemplo notable el famoso caso del algoritmo de contratación de la empresa *Amazon*, que seguía un sesgo machista al considerar más propicios a un puesto de trabajo típicamente asignado a hombres aquellos perfiles que no contuvieran ninguna referencia a la palabra “mujer”²³). Siguiendo esta línea, la Ley 3/2023 se orienta de esa manera en su art. 36:

20. “La recogida y posterior análisis de nuestros datos mediante técnicas de *big data* supone una gran oportunidad, aunque conlleva importantes riesgos en diversas materias, especialmente cuando hablamos del tratamiento que se realiza sobre nuestros datos”, Durán Domínguez 2019, 15. También resulta muy ejemplificadora la mención contenida en Ginès I Fabrellas 2022, 297-300.

21. “¿Por qué hay gente que ve la existencia de algoritmos como una amenaza para la vida o la libertad humana? Por una sencilla razón: igual que puede haber gente que no vea en una hoja de afeitar más que un posible instrumento asesino, también hay quien no ve en la tecnología más que amenazas, y un camino que inexorablemente nos llevará a la ruina y la destrucción generalizada de todos los valores humanos. Pero esto son solo cuentos de terror. Divertidos pero estúpidos. Los algoritmos solo tienen la vida que nosotros queramos darles, son programas de ordenador que solo ocultan los misterios que previamente hemos escondido en ellos”. Quintanilla 2020, 70. Aunque no deja de ser fundamentada la opinión de este autor, creemos que obvia algunas problemáticas como las famosas “cajas negras”; de tener en cuenta estos temas, tal vez se matizaría aquella opinión.

22. “Al tiempo que puede traer consigo evidentes beneficios para empresas, trabajadores y demandantes de empleo —en términos de nuevas oportunidades laborales, incremento de la productividad, mejora de las condiciones de trabajo, nuevos métodos de organización del trabajo, etc.—, se acompaña también de riesgos y desafíos de enorme relevancia para empresas y trabajadores, dada la desaparición de actividades y la sustitución de unas tareas por otras”. Baz Rodríguez 2021, 438.

23. Puede consultarse este curioso caso en Dastin 2018.

- a) En primer lugar, gracias a las herramientas tecnológicas analizadas (el uso de algoritmos que faciliten la toma de decisiones en base a un uso desmesurado de datos personales) se vaticina una mejora de la empleabilidad gracias a una identificación más concisa de los patrones de atención a las personas demandantes de empleo.
- b) Pero, además, y podemos traer de nuevo a colación lo acontecido con Amazon, se establece directamente en el apartado tercero del artículo mencionado que el empleo de esas herramientas tecnológicas permitirá señalar a las personas y los colectivos con mayores dificultades de acceso al empleo.

Estos acontecimientos suponen, bajo nuestro entendimiento, todo un hito. Se trata de utilizar herramientas que pueden inducir a discriminación para, contrariamente, evitar o paliar en la medida de lo posible dicha marginación de ciertas personas o grupos de personas para acceder al empleo. Es muy destacable esta cuestión ya que, si se nos permite la expresión coloquial, el legislador pretende “darle la vuelta a la tortilla”, y frente a esa discriminación que numerosos autores auguran y critican en ocasiones ferozmente²⁴, planea usar la segregación que plantee el algoritmo con el objetivo último de analizarla y reducirla. Es este uno de los puntos en los que consideramos que el legislador merece una valoración realmente positiva, pues puede servirnos como cimiento sobre el que fomentar futuras reformas legislativas: si aceptamos la discriminación como parte inherente de la algoritmización (los algoritmos son creados por seres humanos, y la discriminación ha sido también siempre un elemento inseparable de la sociedad²⁵) en lugar de solo tratar de evitarla (lo cual resulta igualmente fundamental), podremos usar los datos resultantes para llamar la atención sobre las actuaciones discriminatorias que se produzcan en cada momento y, de esa manera, combatirlas y reducir todas las brechas que puedan generarse por uno u otro motivo (edad, sexo, religión, etc.).

Finalmente, conviene incidir en la persistencia de la ley por adecuarse a toda la normativa promulgada como consecuencia del devenir tecnológico, de tal manera que en el art. 15 *in fine* se advierte de que la información contenida en los sistemas de información citados por la propia ley y su intercambio debe ajustarse a la regulación existente en materia de seguridad e interoperabilidad.

24. Aunque bien es cierto que “la atención tan inmensa a la discriminación laboral algorítmica contrasta con cierta indiferencia hacia la discriminación laboral causada por vías estrictamente humanas, que sigue resultando abrumadoramente mayoritaria y sobre la que no se están proponiendo cauteles similares”. Rodríguez Cardo 2023, 179.

25. “Es ya axiomático afirmar que el funcionamiento algorítmico genera sesgos. La principal razón es que los propios humanos, como seres consustancialmente sociales y provistos de determinados valores, actuamos siempre con prejuicios, a su vez causantes de sesgos”. García Mexía 2019.

3. EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

Tras todo lo tratado previamente, resulta obvio que en la nueva Ley de Empleo de 2023 encontramos a un legislador que se enfrenta con mayor recelo que en anteriores ocasiones al desarrollo tecnológico²⁶. El objetivo de este apartado no es otro que llamar la atención sobre el copioso número de veces que la norma hace referencia a este fenómeno, algo que los juristas debemos agradecer, pues no podemos quedarnos atrás frente a una materia ya tan avanzada como es la evolución del mundo tecnológico. Al fin y al cabo, “en el largo plazo las políticas activas de empleo son un elemento clave para garantizar las transiciones causadas por los cambios tecnológicos, ambientales y sociales, ofreciendo nuevas oportunidades para la mejora de las capacidades profesionales y contribuyendo a una economía más productiva, competitiva e inclusiva”²⁷.

3.1. La digitalización como objetivo de la Ley según su preámbulo

Ya en su preámbulo, la Ley 3/2023 realiza numerosas referencias a la digitalización. Para comenzar, se menciona un importante documento denominado “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”²⁸, escrito que compone un análisis estratégico para hacer frente a los desafíos nacidos en las nuevas realidades sociales, económicas y, lógicamente, tecnológicas. Además, se alude directamente al “cambio tecnológico” y su influencia en la destrucción de empleo. A este respecto cabe decir que la OIT ya ha avanzado que, pese a la distopía que se prevé ante la consolidación de la inteligencia artificial, lo cierto es que este fenómeno probablemente solo “sustituya” un ligero porcentaje de los empleos o trabajos, mientras que en la mayoría permitirá cambios en el desarrollo de las tareas llevadas a cabo. De este modo, “es probable que el mayor impacto de esta tecnología no sea la destrucción de empleo, sino más bien los cambios potenciales en la calidad de los puestos de trabajo, en particular la intensidad del trabajo y la autonomía”²⁹.

26. No en vano, “esa posición de liderazgo [de España] a nivel comunitario en el ámbito de los servicios públicos digitales responde al buen funcionamiento de la Agencia Tributaria y, hasta la irrupción de la pandemia, de la Seguridad Social. De hecho, se detectan considerables deficiencias en otros ámbitos clave de la Administración que exigen impulsar su digitalización, como es el caso evidente del SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal) [y, tras la nueva ley, Agencia Española de Empleo] y de otros como, por ejemplo, la justicia o las políticas sociales”, Carreras Roig, Bastida Vialcanet 2023, 76.

27. López Gandía 2018, 646-647.

28. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España 2021.

29. Organización Internacional del Trabajo 2023. Puede consultarse el informe en Berg, Bescond, Gmyrek 2023.

También se establece directamente la necesidad de contar con medidas como “la modernización del portal Único de Empleo mediante el uso de inteligencia artificial y demás herramientas”.

Insiste el preámbulo en abordar esta nueva realidad, recalcando la intervención de la nueva Agencia Española de Empleo “para abordar los desafíos a afrontar en materia organizativa, tecnológica y de gestión”.

Una vez más, al hablar de la empleabilidad como elemento nuclear de la política de empleo, la Ley 3/2023 persiste en llamar la atención sobre la transformación de la realidad a través de la tecnología, al pretender mejorar la capacidad de las personas de “adaptarse a la evolución de la tecnología”. De hecho, ya aquí se subraya la existencia de “herramientas de apoyo a la toma de decisiones” como elemento necesario indispensable para el fomento del derecho (deber) al trabajo recogido en el art. 35 de la Constitución española³⁰. Pero se ahonda aún más en la cuestión, al señalar la norma que el “manejo útil de herramientas digitales y tecnológicas se configuran por esta ley como competencias básicas para la empleabilidad”. Y es que “es necesario que la población activa en general y en especial las personas desempleadas afectadas por la digitalización de puestos de trabajo sean «recualificadas» o formadas en competencias digitales y transversales para que ocupen los «empleos del mañana»³¹.

Finalmente, esta adaptación tecnológica puede apreciarse también en la creación de una cartera digital de servicios, “como alternativa adicional y accesoria a la atención presencial personalizada e inclusiva”, que se implementa definitivamente a través del art. 61.3 de la ley.

3.2. La plasmación de ese objetivo en el articulado de la norma

Entrando ya en el articulado, las alusiones a la nueva y compleja realidad tecnológica siguen siendo abundantes.

En el art. 13, en una cuestión que posteriormente retomaremos, ya se apunta a la existencia de una brecha digital, garantizándose “la atención presencial [en actividades de formación] a la población que la padece”.

Posteriormente, sin detenernos en esta sección en todo lo relativo a datos personales y algoritmos que ya ha sido analizado, y siguiendo en el ámbito de la formación, concretamente en lo que se refiere a la formación en el trabajo (art. 33 de la ley), se plantean como fines de la misma mejorar las competencias digitales de las personas trabajadoras y “acompañar los procesos de transformación digital y ecológica”,

30. “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

31. Muros Polo 2023, 157.

mientras que en el artículo inmediatamente consecutivo se prevé como elemento implícito de la empleabilidad el refuerzo de la capacidad de las personas de “adaptarse a la evolución de la tecnología” (mención que ya se había realizado en el preámbulo y que sigue mostrando esa cautela del legislador en todo lo que rodea a la evolución digital). Así pues, se prevén como finalidades prioritarias de las acciones de empleabilidad, en el art. 38, la mejora de competencias básicas en “aptitudes de manejo y aprovechamiento de las herramientas digitales y tecnológicas”, al tiempo que se asegura “la plena accesibilidad y la no discriminación en el uso de dichas herramientas”. Es este último un asunto en el que, de nuevo, incidiremos más adelante al referirnos al problema de la discriminación, que quiere paliar igualmente el legislador cuando, en el art. 56, dispone la existencia de prestación de servicios formativos que mejoren la empleabilidad de las personas de forma presencial, exclusivamente “con la finalidad de no acrecentar la brecha digital”.

El art. 61.3 al que antes nos referimos prevé la creación de una cartera digital de servicios, respecto de la cual el legislador vuelve a emplear esa muletilla de que asegurará “la plena accesibilidad y la no discriminación en la utilización de esta herramienta tecnológica”, dejando la duda de los medios empleados para ello.

Por último, y por cerrar este apartado con un elemento con el que también lo empezamos, hemos de referirnos a la previsión de la modernización del Portal Único de Empleo que encontramos en la Disposición final undécima de la ley, donde explícitamente se dispone que la Agencia Española de Empleo “prestará especial atención a sus necesidades de digitalización [del Portal Único de Empleo], incorporando herramientas tecnológicas que podrán especificarse en cada momento mediante desarrollos reglamentarios”. Una vez más, nos envuelve la incertidumbre de no conocer esas herramientas tecnológicas ni el desarrollo concreto que contendrán los futuros reglamentos relativos a la materia.

En definitiva, hay mucho “buenintencionismo” en la ley y una clara predisposición del legislador a adaptarse a las nuevas realidades, aunque ciertamente es innegable que quedamos a la expectativa de ver el desarrollo real que se realiza, y no solo el que se pretende. Así, puede afirmarse que

estamos ante una Ley necesaria y que puede producir efectos positivos si en su desarrollo y aplicación se acierta con las medidas que se adopten; hay que esperar y confiar en que así sea para conseguir políticas de empleo eficaces y necesarias aunque, desde luego y como advertía el CES, para ello el futuro marco normativo del empleo debe contar con una visión transversal del conjunto de las políticas con incidencia en el empleo y de los ámbitos conexos, asegurando así la necesaria coherencia y colaboración entre ellos, en un ámbito cuya mejora debe ser un objetivo social prioritario³².

32. Alfonso Mellado 2023.

4. DISCRIMINACIÓN TECNOLÓGICA

Si hay un apartado específico sobre el que consideramos que debemos detenernos con mayor profundidad es el de la discriminación. Y, concretamente, recogiendo esas menciones a la brecha digital que contiene la reciente Ley de Empleo y por estar haciendo un análisis desde una perspectiva digital de la misma, nos centraremos en la que podríamos denominar directamente discriminación tecnológica³³.

La palabra “discriminación” (o su plural) es mencionada hasta en 26 ocasiones a lo largo del conjunto de la norma. A mayor abundamiento, se ha recogido un artículo que tiene por título expreso “No discriminación” (art. 39³⁴). Pero la cuestión que aquí nos atañe es si podemos englobar la discriminación tecnológica dentro de la propia norma o si, por el contrario, se ha perdido una gran oportunidad en una ley que destaca por un marcado acento tecnológico de incidir en este tipo de marginación y reducir su práctica.

Si atendemos al citado art. 39 de la ley, vemos que se trata de un conjunto bastante completo y, a su vez, abierto de situaciones que pueden dar lugar a discriminación, reproduciendo las ya expuestas en el art. 14 CE³⁵, y añadiendo causas como la discapacidad o la identidad de género, entre otras. Se nos plantea la duda de dónde situar la discriminación digital: ¿se encuentra dentro de “cualquier otra circunstancia personal” por no estar la persona adaptada a la nueva realidad global?; ¿es una “circunstancia social” que impide a la persona desarrollarse?; ¿podría englobarse en la discriminación por edad o eso sería propiamente discriminatorio por asumir que las personas mayores son menos propensas a utilizar herramientas tecnológicas? Son muchas preguntas que seguro darán lugar a muchos estudios e investigación, pero sobre las que no podemos detenernos con detalle en el presente análisis. Sea como fuera, lo que parece evidente es que este tipo de discriminación puede considerarse presente en el art. 39 dada la amplitud de su redacción.

No vamos a analizar uno por uno todos los artículos en los que se hace mención expresa a la discriminación (no en todos casos tecnológica), algunos de los cuales han

33. Es la derivada de lo que comúnmente denominamos “brecha digital”, y no debe confundirse con la discriminación algorítmica.

34. “Sin perjuicio de la atención que debe observarse para combatir cualquier causa de discriminación, en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones por edad, sexo o discapacidad, o por otras razones como orientación sexual, identidad de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social, así como la toma de cualquier decisión que pueda implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas por estos motivos.

Además, se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas”.

35. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

sido ya referenciados a lo largo del presente trabajo, pero baste decir que en los artículos 4 y 5 de la ley se establecen como objetivo y principio rector, respectivamente, de la política de empleo la no discriminación en el acceso al empleo. No obstante, la ley parece ser contradictoria en algunos aspectos. Por ejemplo, el art. 38 establece como fundamento de la empleabilidad la mejora en aptitudes de manejo y aprovechamiento de herramientas digitales y tecnológicas, tras lo cual se asegura la plena accesibilidad y la no discriminación en su uso. Ahora bien, cabe preguntarnos cómo planea el legislador que esa plena accesibilidad y no discriminación se lleve a cabo. Resulta evidente que hay colectivos que pueden verse seriamente perjudicados si, como establece el mismo artículo, “el desarrollo de dichas competencias básicas y habilidades aplicadas al desarrollo de las carreras profesionales debe constituir una competencia transversal en la programación de todas las actividades de empleabilidad”. Lo primero que nos viene a la cabeza son las personas mayores, poco o nada acostumbradas a utilizar internet, que de repente ven cómo deben adaptarse al uso de herramientas como ordenadores, procesadores de texto y similares que no entienden, siendo personas frente a las cuales otras más jóvenes tienen una gran ventaja. Es más,

La existencia de la división digital en la población de AM [Adultos mayores] ha ocurrido debido a un conjunto de barreras que dificultan el acceso a las TIC por parte de los mayores y al aprovechamiento de los beneficios explicados. Entre ellas, se encuentra la que suele mencionarse con recurrencia que es la falta de familiaridad con los recursos en línea; aunque, ciertamente, no es la única [...] Este estereotipo ha estigmatizado y discriminado a los AM en cuanto a su interacción con la Internet y ha generado los preconceptos de discapacidad, inferioridad y desinterés de ellos respecto a la red³⁶.

Así pues, aun teniendo la mejor de las intenciones, resulta muy difícil convenir a ciertos colectivos de que empleen estas nuevas tecnologías para reincorporarse al mercado de trabajo.

Por otro lado, también conviene resaltar la complejidad de las personas que se encuentran en situación de pobreza o precariedad. Aunque se ofrezcan cursos y servicios gratuitos, es obvio que la gente con menos recursos se verá más excluida al no poder destinar tanto gasto a medios tecnológicos que pueden suponer un gran desembolso. De ese modo, podríamos decir que un tipo de discriminación lleva a la otra o, incluso, que ambas convergen irremediabilmente. En este sentido, es interesante la brillante exposición sobre la “aporofobia” del Prof. Calvo Gallego, quien nos indica que:

36. Barrantes Cáceres y Cozzubo Chaparro 2015. Aunque el estudio se refiere específicamente a Latinoamérica, entendemos que las conclusiones de estos autores son extrapolables a nuestro ámbito geográfico.

la discriminación produce pobreza, pero que, a su vez, la vulnerabilidad por causas económicas puede generar discriminación. Y todo ello, además, sin olvidar la posibilidad de que ambas causas actúen conjunta o incluso sinérgicamente, generando problemas acumulativos o incluso la aparición de un tipo específico de discriminación en el que ambas causas se encuentran tan imbricadas que suscitan cuestiones y necesidades específicas que desbordan su análisis independiente o paralelo³⁷.

En igual dirección apunta la Prof.^a Asquerino Lamparero, afirmando que:

Es esa heterogeneidad de realidades que apuntábamos y la situación de vulnerabilidad en la que se coloca a la persona que la sufre, la que explica que en innumerables ocasiones la discriminación por la situación socioeconómica del individuo no se presente aisladamente, sino que junto a ella existan otros motivos de discriminación dignos de amparo, dando lugar a la discriminación múltiple (concepto este que también acoge la Ley integral de igualdad)³⁸.

Para seguir siendo pragmáticos, volvemos a encontrarnos con un ejemplo en el que queda clara la contradicción en la que incurre el legislador: como hemos mencionado previamente, los arts. 13 y 56 prevén el desarrollo de itinerarios formativos que mejoren la empleabilidad de las personas mediante canales no presenciales, al tiempo que se garantiza la prestación de servicios de forma presencial con el fin de no acrecentar la brecha digital. Pero el hecho de este reconocimiento está, a nuestro modo de ver, acrecentando en sí mismo la brecha digital, pues establece una segregación entre servicios presenciales y no presenciales, sin que quede claro en ningún momento si serán exactamente los mismos los servicios ofrecidos, con la única diferencia de que unas personas los puedan seguir a través de internet y otras directamente de forma presencial, ni especificando tampoco si se facilitará a las personas que opten por la presencialidad por motivos de necesidad la adaptación a los medios tecnológicos para que, en un futuro cercano, se hallen en condiciones de igualdad respecto a las personas que tengan la posibilidad de optar por canales no presenciales (al tiempo que deberían garantizarse los medios necesarios para ello, cuestión que podría devolvernos al asunto de la discriminación por situación de pobreza que hemos tratado anteriormente).

Para finalizar, retomamos la situación que más estupor nos genera. Ya mencionamos en un apartado previo que tanto en el preámbulo como en el art. 61.3 se hace mención a una nueva cartera digital de servicios, estableciéndose según el mencionado artículo “Sin perjuicio de recibir una atención presencial personalizada e inclusiva”. Pese a ello, lo que produce nuestra sorpresa es la previsión de atención

37. Calvo Gallego 2022.

38. Asquerino Lamparero 2022.

continuada por parte de un asistente virtual que, como se recoge literalmente, “facilitará la accesibilidad e inmediatez en la atención”. Esto, de nuevo, puede verse desde dos puntos de vista:

- a) Uno positivo, en tanto el legislador se está adaptando a la nueva realidad y aprovechando la evolución tecnológica para facilitar la prestación de servicios.
- b) Otro negativo, pudiendo entenderse que se produce una flagrante discriminación entre quienes tengan acceso a la cartera digital y aquellas personas que no.

Obviamente resulta difícil decantarse por uno de estos dos sentidos, pues si bien debemos aplaudir la modernización planteada, no podemos dejar de lado a los colectivos vulnerables que antes mencionábamos. Aunque la cartera digital de servicios sea presentada con un carácter accesorio, parece lógico que representa el futuro de la empleabilidad. Y si bien el futuro se construye desde el presente, no debemos olvidar que el presente deriva del pasado. Esta afirmación, más filosófica que jurídica, no viene más que a llamar la atención sobre la complejidad de la situación en la que nos hallamos: la tecnología avanza a pasos agigantados y el Derecho no puede quedarse atrás, pero tampoco podemos dejar atrás a las personas. La modernización es indispensable, como lo es la adecuación a la realidad social: si no mejoramos la adaptabilidad de mayores, personas en situación de pobreza, discapacitados y otras personas excluidas en mayor o menor medida del ámbito digital³⁹, por mucho que tratemos de legislar sobre la materia nos estaremos olvidando de lo más importante, que son las personas a las que se destina la normativa.

Resulta verdaderamente interesante la posibilidad de usar los medios tecnológicos a nuestro alcance que generen discriminación con el fin de paliar esa discriminación, asunto en el que no entraremos en esta sección al haber sido ya analizado en el apartado de este estudio dedicado al derecho algorítmico.

39. En los estudios jurídicos que versan sobre brechas de cualquier tipo, se suele mencionar expresamente a las mujeres como colectivo diferenciado. En la materia que nos ocupa, sin embargo, y aunque es cierto que resulta históricamente más común el uso de tecnologías por parte de hombres que de mujeres, parece que “En la actualidad se está produciendo una tendencia a reducirse paulatinamente la brecha digital, que es significativa sólo entre las mujeres de edad avanzada; sin embargo, las generaciones más jóvenes han demostrado tener un acercamiento a las TIC igualitario entre mujeres y hombres”. Red2Red Consultores 2008.

5. TRANSPARENCIA

Otro reto que nos ocupa tras la promulgación de la novedosa Ley de Empleo, de nuevo relacionado con los datos personales, es el de la transparencia. Si bien se menciona dicho término, tanto en general para las políticas de empleo, como para ámbitos más específicos como el propio tratamiento de datos personales en las labores de intermediación, resulta llamativa la nula exhaustividad con la que (no) se desarrolla la citada transparencia.

El RGPD recoge el principio de transparencia (estrechamente relacionado con el deber de información y el derecho de acceso) en su art. 5.1.a), tratándolo igualmente en el considerando 39, así como en los arts. 12 y siguientes, preceptos con los cuales la Ley 3/2023 parece cumplir adecuadamente dotando a los interesados de toda la información necesaria para conocer el tratamiento de los datos. Pero por más que se den a conocer a los responsables del tratamiento, los encargados, la base jurídica del mismo y otros aspectos regulados en los citados artículos, debemos tener en consideración que el principio de transparencia no se establece solo para conocer cómo, quién y cuánto tiempo se mantiene el tratamiento, sino que un pilar fundamental es saber qué datos se están tratando⁴⁰. Y es aquí donde apreciamos una fuerte carencia del legislador: si bien es comprensible su afán por dejar la puerta abierta a acontecimientos futuros, en materias tan delicadas como la protección de datos se está atendiendo contra la seguridad de los interesados.

Las únicas referencias a los datos objeto de tratamiento se contemplan en el art. 15, al afirmarse que se reúnen en el Sistema Público Integrado de Información “los datos relativos al empleo y la empleabilidad”, y más concretamente en el apartado segundo del art. 16, donde se mencionan los datos “que resulten imprescindibles para el desarrollo y ejecución de las actuaciones, técnicas y procedimientos que se articulan en garantía del desarrollo de la política de empleo”, para proceder a continuación a enumerarlos, y cometiéndose aquí el gran error que adelantábamos, pues tras una enumeración convincente y bastante lógica de los datos que servirán como base del tratamiento, se cierra el apartado con la manida expresión “entre otros”, ya conocida por su necesidad ocasional y la inseguridad jurídica que genera. Y también en el art. 17.3 se prevé que la persona usuaria interesada tenga acceso al contenido íntegro de las decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos⁴¹, pero una vez más nos parece esta una expresión demasiado amplia que debe concretarse, para precisar a qué se refiere el legislador al utilizar el término “contenido íntegro” (teniendo en cuenta la

40. Palma Ortigosa 2018, 43.

41. “Estaríamos ante un derecho de información individual, del que sería titular el demandante de ocupación que interactúa con el servicio público de empleo”. Espinás Martínez-Tassis, Guzmán López De Lamadrid, Rodríguez-Piñero Royo 2023.

complejidad y amplitud del tratamiento datos personales, a la par que debe respetarse la normativa de protección de los mismos).

Es correcto afirmar que aquí podríamos debatir si, al permitirse el ejercicio del primero de los famosos derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación o supresión y olvido), se entiende cumplida la legislación de protección de datos personales al poder conocer en todo momento el interesado los datos que están siendo utilizados y las consecuencias del tratamiento, pues se estaría observando la responsabilidad activa o *accountability*⁴². Ahora bien, a nuestro modo de ver, siendo los datos personales el soporte sobre el que se asienta el tratamiento, parece indispensable que se conozcan cuáles son esos datos tratados, de modo que el interesado pueda evaluar si se adecuan o no a los fines para los que son tratados (en lo que aquí nos atañe, principalmente en actividades formativas, de intermediación y, en general, de mejora de la empleabilidad). Es, insistimos, una materia en la que se debe puntualizar con todo lujo de detalles, para evitar posibles interpretaciones contradictorias o elementos discriminatorios.

6. UNA OPORTUNIDAD PARA EL FUTURO... Y UN PROBLEMA PARA EL PRESENTE

Existe un tema destacado si hablamos de la digitalización de la Ley de Empleo sobre el que creemos debemos detenernos en este artículo, pues consideramos que era esta norma una oportunidad para realizar una mayor concreción respecto a la transformación digital. Es cierto, y así se prevé en la ley, que diversos elementos deberán desarrollarse reglamentariamente, o también mediante acuerdos u otros cuerpos que permitan extender algunos aspectos de la ley a través de un desarrollo más amplio. Igualmente se prevé, a modo de ejemplo, en el art. 37 la actualización de un catálogo de instrumentos de empleabilidad, que tomará en cuenta la discriminación que se produzca contra colectivos prioritarios previstos en el art. 50 (entre los que se incluyen los mayores de cuarenta y cinco años o en situación de exclusión social, lo que ayudará a paliar las causas de discriminación que antes criticábamos). Sin embargo, hemos de seguir insistiendo en que todas estas especificaciones contenidas en la ley, hasta no comprobarse el desarrollo de las mismas, no dejan de ser, desde nuestro punto de vista, un reflejo del ansia de “corrección” política que se ve actualmente en nuestro país y en gran parte del mundo: si bien es admirable la intención que se desprende de la ley, la falta de precisión en matices tecnológicos (más allá, como decíamos, de su probable posterior desarrollo) hacen inviable un análisis más detallado y mínimamente valorativo de la aportación de esas novedades.

42. Murga Fernández 2018, 78.

Resulta evidente que todas las referencias a la evolución tecnológica y esa previsión de constante actualización de tantos elementos sientan una base clara de cara al futuro, y probablemente es el inicio de una gran evolución en el ámbito de la empleabilidad. Pero no es menos cierto que en el presente esa simple previsión se queda corta, y pese a que habremos de estar muy atentos a la intervención de los servicios públicos de empleo, se ha perdido una oportunidad de concretar, tanto para los demandantes de empleo, como para empleadores, servicios de intermediación y agencias de colocación, aspectos destacados que deben de ser tenidos en cuenta dado el estado del arte tecnológico-jurídico planteado en el panorama actual.

Así, a modo de ejemplo, consideramos que se podrían haber introducido claras referencias, no solo a los avances tecnológicos en general como se hace, sino también a facetas que actualmente evidencian ya una necesidad en términos de empleabilidad, como son los trabajos fantasma⁴³ que no están contemplados como tales en la normativa, pero técnicamente forman parte del presente y futuro laboral. Deberían ser tratados de un modo equitativo más que igualitario, de manera que no se acrecienta la brecha digital, en tanto es un problema actual que, si no se corrige, solo va a acrecentarse de cara al futuro.

La mirada a ese futuro puede y debe ser optimista, pero para ello es necesaria una mayor autocrítica en el presente. La realidad es la que es, con trabajadores muy por encima de la media en el campo de la adaptación a los medios tecnológicos y que están produciendo un fenómeno llamativo en el campo laboral, pues llegan a tener más poder que la empresa (en tanto son perfiles altamente demandados y se les ofrecen constantemente ofertas acordes a su excepcionalidad)⁴⁴; que conviven con el resto de trabajadores y demandantes de empleo que se están quedando muy atrás. El nuevo mecanismo de empleabilidad, marcado por una clara proyección digital, debe empezar a funcionar desde este mismo momento. En el futuro es muy probable que todas las personas estén constantemente actualizadas en competencias digitales (sería también necesaria una gran reforma de la educación en la que no nos corresponde adentrarnos), pero se puede y se debe legislar no solo con un enfoque para lo que viene, sino teniendo en cuenta lo que ya está, pese a la dificultad que esto entraña dada la velocidad evolutiva de la tecnología. Las personas que se han visto afectadas por esta constante evolución que comenzó en el siglo pasado y se extiende en este, deben verse

43. “Nuevas tareas y perfiles laborales que a menudo restan invisibles a la mirada de la regulación: las nuevas ocupaciones algorítmicas [...] Tareas intercambiables, a menudo abiertas a la competencia global, con precios estándares y que no dejan relación laboral alguna”. Murillo 2023, 67. El autor pone como ejemplos la moderación de contenidos en redes sociales, las microtareas de limpieza de datos a través de Amazon Mechanical Turk o los nuevos *brokers* algorítmicos.

44. Son los denominados “workmads”, esto es, las personas “que, aprovechando sus perfiles profesionales altamente demandados y las posibilidades abiertas para el trabajo remoto, cambian continuamente de empleador, de sector o incluso de profesión, de manera voluntaria”. Rodríguez-Piñero Royo 2022, 65.

protegidas por el Estado y por el mercado de trabajo, permitiéndoles su inclusión en el mismo sin que deban verse desplazadas ni perjudicadas por la digitalización. Y los juristas no podemos quedarnos de brazos cruzados, pues somos los llamados a evitar los abusos de poder, las vulneraciones de derechos y la deshumanización a los que nos están conduciendo los actuales derroteros tecnológico-digitales.

7. CONCLUSIONES

Tras este examen de la Ley de Empleo, se nos han generado más dudas que certidumbres. Nos queda la amarga sensación de encontrarnos ante un constante “quiero y no puedo” como respuesta del Derecho a la tecnología, aunque también nos acompaña la esperanza de ver cómo ya se están poniendo los medios disponibles para evitar esa situación.

En materia de protección de datos, resulta obvio si uno realiza un breve estudio de la ley que parece adaptarse a lo dispuesto en el RGPD y la LOPDGDD. Pero al entrar en mayor profundidad nos atrevemos a decir que queda mucho por recorrer (quizás porque las citadas normas también deban evolucionar pese a sus recientes promulgaciones). No solo se trata de ajustarse a los aspectos formales, designando encargados del tratamiento, responsables, los distintos deberes y derechos, etc. También se debe cuidar la parte más importante, la práctica, y ello solo se consigue a través de una descripción minuciosa y detallada de todos los aspectos que rodean a la protección de datos personales. Más si cabe si contemplamos que lo que aquí va a producirse es un tratamiento «masivo» de dichos datos. Cuando hablamos de derechos fundamentales, no vale, a nuestro modo de ver, con decir que se va a respetar la transparencia y el deber de información y acceso; se debe especificar detalladamente la manera en la que se va a producir, cómo van los interesados a conocer los datos tratados, la manera de documentarse sobre los mismos y cualquier cuestión relacionada. También se debe tener en cuenta que, tras los procesos de elaboración de perfiles, los interesados deberán conocer sus propias valoraciones y poder conocer igualmente las de otros para evitar sesgos discriminatorios, pero respetando igualmente la normativa de protección de datos. Es, como vemos, una regulación muy compleja, y que precisamente por su amplitud consideramos debe simplificarse al máximo para poder ofrecer unas concretas garantías a los ciudadanos.

Al introducirnos en el terreno de la inteligencia artificial, hemos comprobado cómo se prevé la aplicación de un algoritmo que ayude en la toma de decisiones y recomendaciones. Todavía, y confiamos en que así continúe, se sigue requiriendo la intervención humana para decidir situaciones tan relevantes como el acceso al empleo y a la formación. Sin embargo, los sesgos que se generan algorítmicamente pueden ser considerablemente peligrosos, y numerosos son los estudios que ya se han escrito

sobre esa materia, pero esta ley nos ofrece la oportunidad de aprovechar esa discriminación para reducirla, un avance que puede suponer la base para paliar las distintas clases de discriminaciones que se produzcan en el futuro del Derecho del Trabajo.

Hablando de discriminación, es este el tema que más nos ha llamado la atención en la nueva ley en relación con la brecha digital. Es más que probable que la brecha digital disminuya dentro de algunos lustros, pero esa no es razón para no tomar medidas para evitarla ahora. Si es positiva la digitalización de las leyes, resulta por el contrario negativa la situación que está generando para mayores, pobres y otros colectivos que se ven abocados a sentirse cada vez más excluidos del ámbito tecnológico. La ley parece pretender dar atención a esos colectivos y ser más equitativa, pero hemos de ver si ello se cumple en la práctica.

En resumen, podemos decir que esta Ley de Empleo es una ley con un marcado “buenintencionismo” que consideramos difícil llevar a la práctica, pero confiamos en que así sea. La intervención de tantos actores (Agencia Española de Empleo, servicios públicos de empleo, agencias de intermediación y colocación, empleadores y demandantes de empleo, etc.) dibuja un mapa enrevesado sobre el que debe aplicarse esta normativa, lo que resulta muy difícil de cumplir y, desgraciadamente, de controlar. Además, la amplitud en la redacción general de la ley, acompañada de esos términos jurídicos indeterminados cuando trata de concretar, hacen laboriosa una aplicación práctica efectiva que no desencadene numerosos conflictos y juicios.

Es pues sumamente relevante la posterior normativa que vaya desarrollándose en relación con la Ley 3/2023 (reglamentos, acuerdos, etc.) para poder valorar definitivamente si nos encontramos ante un marco normativo concreto y efectivo. Mientras tanto, confiaremos en la buena fe de los intervinientes en el campo de la empleabilidad. Además, lo cierto es que tantas referencias a la tecnología y la digitalización, así como la introducción de artículos relativos a la protección de datos y el derecho algorítmico, aunque como hayamos insistido no sean demasiado específicos, nos dejan entrever un hilo de esperanza de esa respuesta que demandamos del Derecho ante la irrupción de las nuevas tecnologías, que deben aplicarse siempre para mejorar las situaciones en las que nos encontramos, no para empeorarlas. Es pues un camino arduo, y en el que como vemos cuesta moverse, pero la promulgación de leyes como la aquí estudiada, si bien no nos genera una seguridad cierta, sí nos prepara para un futuro en el que debemos continuar apostando por la actualización jurídico-digital que ofrezca un panorama inequívoco legal y tecnológico para la ciudadanía.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Agencia Española de Protección de Datos, *Tecnologías y Protección de Datos en las AA.PP* (noviembre de 2020). <https://www.aepd.es/documento/guia-tecnologias-admin-digital.pdf>
- Alfonso Mellado, Carlos Luis (8 de marzo de 2023), *La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?* BRIEFS AEDTSS, 21, 2023. <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>
- Asquerino Lamparero, María José (2022), *Discriminación por situación socioeconómica*. Noticias CIELO nº 11/2022. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/11/asquerino_noticias_cielo_n11_2022.pdf
- Barrantes Cáceres, Roxana y Cozzubo Chaparro, Angelo (diciembre de 2015), Lima, Departamento de Economía, 2015 (Documento de Trabajo 411). *Edad para Aprender, Edad para Enseñar: el rol del aprendizaje intergeneracional intrahogar en el uso de la internet por parte de los adultos mayores en Latinoamérica*. <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/DDD411.pdf>
- Baz Rodríguez, Jesús (2021), “El Acuerdo Marco sobre Digitalización: un instrumento esencial para el desarrollo de los derechos digitales laborales en Europas”, en Baz Rodríguez, Jesús (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, Las Rozas (Madrid), 435-453.
- Berg, Janine; Bescond, David; Gmyrek, Paweł (2023), *Generative AI and jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality*. ILO Working Paper 96 (Geneva, ILO). <https://doi.org/10.54394/FHEM8239>
- Calvo Gallego, Francisco Javier (2022), *La aporofobia: ¿una causa naciente de discriminación?* Noticias CIELO nº4/2022. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/calvo_noticias_cielo_n4_2022.pdf
- Carreras Roig, Lluís; Bastida Vialcanet, Ramon (2023), “Impacto del teletrabajo y la digitalización”, en Moreno Gené, Josep;; Romero Burillo, Ana María (Coord.), *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*, Valencia, 2023, 76.
- Corazza, Luisa; Romei, Roberto (2014), “Introduzione. Il puzzle delle trasformazioni” [“Introducción. El rompecabezas de las transformaciones”], en Corazza, Luisa; Romei, Roberto (dir.), *Diritto del lavoro in trasformazione [Derecho del trabajo en transformación]*, Bolonia, 2014, 7-14.
- Dastin, Jeffrey (11 de octubre de 2018), *Insight - Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scrap-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G/>
- Del Rey Guanter, Salvador (2023), “Inteligencia artificial, algoritmos y big data en el ámbito laboral. Consideraciones en torno a su marco regulatorio”, en Ginès I

- Fabrellas, Anna (Dir.), *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, 2023, 115-136.
- Durán Domínguez, Alejandro (2019). *Implicaciones éticas y legales en el uso del big data*, Sevilla, Universidad de Sevilla (Trabajo de Fin de Grado).
- Espinás Martínez-Tassis, Concepción; Guzmán López De Lamadrid, María Eugenia; Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (26 de julio de 2023), *Hacia una regulación laboral de la gestión algorítmica*. Periscopio Fiscal y Legal PwC. <https://periscopio-fiscallegal.pwc.es/hacia-una-regulacion-laboral-de-la-gestion-algoritmica/>
- Fernández García, Antonio (2023), “Los algoritmos y la inteligencia artificial en la Ley 12/2021, de 28 de septiembre”, en Moreno Gené, Josep; Romero Burdillo, Ana María, *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*, Valencia, 2023, 159-189.
- García Mexía, Pablo (12 de diciembre de 2019), *La inteligencia artificial. Una mirada desde el Derecho*. El Notario del siglo XXI. <https://www.elnotario.es/especial-50-numeros-de-ensxxi/70-secciones/academia-matritense-del-notariado/9886-la-inteligencia-artificial-una-mirada-desde-el-derecho>
- Ginès I Fabrellas, Anna (2022), “La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos”, en Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, 295-320.
- Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial (2019). *Ethics guidelines for trustworthy AI* [Directrices éticas para una IA fiable]. Comisión Europea, Bruselas. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>
- Grupo “Protección de Datos” del artículo 29 (4 de octubre de 2017). *Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679*. <https://www.aepd.es/documento/wp248rev01-es.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística. *Encuesta de población activa*. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595 [consulta: 29/12/2023].
- López Gandía, Juan (2018), “Las políticas activas de empleo y las prestaciones de desempleo”, en Roqueta Buj, Remedios (Dir.), *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Valencia, 627-656.
- Lorenzo Cabrera, Sara; Palma Ortigosa, Adrián; Trujillo Cabrera, Carlos (2018), “Responsabilidad proactiva”, en Murga Fernández, Juan Pablo; Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*, Madrid, 143-172.

- Murillo, David (2023), “Algoritmos, decisiones automatizadas y desafíos éticos: un análisis sociológico”, en Ginès I Fabrellas, Anna (Dir.), *Algoritmos, Inteligencia Artificial y relación laboral*, Cizur Menor (Navarra), 47-79.
- Murga Fernández, Juan Pablo (2018), “Derechos de los individuos”, en Murga Fernández, Juan Pablo; Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*, Madrid, 77-113.
- Muros Polo, Alejandro (2023), “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección del desempleo”, en Monereo Pérez, José Luis; Maldonado Molina, Juan Antonio (Dir.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Albolote (Granada), 155-196.
- Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021), *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*. Madrid: Ministerio de la Presidencia. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (21 de agosto de 2023), *La IA generativa complementará empleos, en vez de destruirlos*. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_890741/lang-es/index.htm [consulta: 29/12/2023]
- Palma Ortigosa, Adrián (2018), “Principios relativos al tratamiento de datos personales”, en Murga Fernández, Juan Pablo; Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; Espejo Lerdo De Tejada, Manuel, *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*, Madrid, 39-49.
- Quintanilla, Miguel Ángel (2020) *Filosofía Ciudadana*, Madrid. <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecaus/126172?page=70>
- Red2Red Consultores (2008). *Mujeres y Nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Madrid. <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/estudios/serieEstudios/docs/mujeresNuevasTecnologias.pdf>
- Rodríguez Cardo, Iván Antonio (2023), “Derecho del trabajo y sistemas de inteligencia artificial: desafíos y respuestas”, en Martínez Moreno, Carolina (Dir.), *El Derecho del Trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, A Coruña, 167-180.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2022), “Acceso al empleo, formación y contratación en el contexto de la digitalización”, en Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Digitalización, recuperación y reformas laborales. XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022*, 59-90.