

INTELIGENCIA ARTIFICIAL INCLUSIVA VERSUS DISCRIMINATORIA ANTE LA DISCAPACIDAD LABORAL

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Inteligencia artificial; empleo; discapacidad; discriminación

Los efectos inclusivos de los sistemas de Inteligencia Artificial (IA) en el empleo de las personas con discapacidad no son desdeñables, aunque tampoco lo es su potencial lesivo de derechos fundamentales, en particular, el derecho a la igualdad y no discriminación. Estos desafíos hacen necesario un marco regulatorio que aporte un sistema integral y efectivo de garantías frente al impacto discriminatorio de la IA en este colectivo especialmente vulnerable. Recientes iniciativas legislativas: la reforma de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la nueva Ley de empleo 3/2023 contienen algunos elementos innovadores en refuerzo de la tutela antidiscriminatoria (preventiva, restitutoria, reparadora y disuasoria) de las personas con discapacidad, si bien su análisis permite detectar importantes lagunas que debilitan su efectividad frente a los efectos lesivos de estos sistemas emergentes. Por ello, resultará esencial una labor jurisdiccional de interpretación y aplicación evolutiva de este arsenal jurídico a la luz de nuestra Carta de Derechos Digitales y del Reglamento europeo de inteligencia artificial (RAI).

ABSTRACT

Keywords: Artificial intelligence; employment; discrimination; disability

The inclusive effects of Artificial Intelligence (AI) technologies on the employment of persons with disabilities are not negligible, although neither is their potential to harm fundamental rights, in particular the right to equality and non-discrimination. These challenges require a regulatory framework that provides a comprehensive and effective system of legal guarantees against the discriminatory impact of AI on this particularly vulnerable group. Recent legislative initiatives: the reform of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities, Law 15/2022 of 12 July, comprehensive measures for equal treatment and non-discrimination and the new Employment Law 3/2023 contain some innovative elements to strengthen anti-discrimination protection (preventive, restorative, restorative and dissuasive) for persons with disabilities, while its analysis allows us to identify important gaps that weaken its effectiveness against the harmful effects of these emerging systems. For this reason, a jurisdictional work of interpretation and evolutionary application of this legal arsenal will be essential in the light of our Digital Bill of Rights and the European regulation on artificial intelligence (RAI).

ÍNDICE

1. AGENDA 2030, SISTEMAS IA Y DISCAPACIDAD
2. IA Y EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS
 - 2.1. IA inclusiva
 - 2.1.1. IA y adaptación de puestos de trabajo
 - 2.1.2. Otros enfoques inclusivos de la IA en el empleo de personas con discapacidad
 - 2.2. La IA discriminatoria: sus riesgos como factor de exclusión en el empleo de las personas con discapacidad
 - 2.2.1. Sistemas IA en los procesos de selección y contratación
 - 2.2.2. IA y evaluación del desempeño
 - 2.2.3. IA y cualificación digital: la brecha de las personas con discapacidad
3. IA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD
4. CONCLUSIÓN FINAL

1. AGENDA 2030, SISTEMAS IA Y DISCAPACIDAD

La digitalización de las relaciones de trabajo, especialmente intensa en la segunda década de siglo XXI a través de las llamadas Tecnologías de Utilidad General (TUG), en especial los sistemas de Inteligencia Artificial (IA), Big Data y blockchain, ha tenido un efecto verdaderamente disruptivo porque ha transformado de modo intensivo y radical los procesos productivos, las condiciones de trabajo de millones de trabajadores y la gestión de los recursos humanos en las empresas de prácticamente todos los sectores de actividad. Y no se trata de un proceso que, como en transformaciones tecnológicas precedentes, haya afectado principalmente a trabajos no cualificados sino que, en este caso, ha repercutido igualmente en puestos de alta cualificación y complejidad¹.

Abordar el análisis del impacto de la IA en el empleo implica, necesariamente, la consideración su doble dimensión: la positiva o inclusiva, por un lado, así como su dimensión negativa o discriminatoria, por otro, especialmente si el objeto de estudio se centra en un colectivo vulnerable, como el de las personas con discapacidad.

En efecto, en positivo, la digitalización de múltiples funciones y tareas y las nuevas oportunidades para el teletrabajo mediante las emergentes tecnologías IA están contribuyendo a la eliminación de obstáculos y mejora de la accesibilidad en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad, por lo que, desde esa perspectiva, se pone así al servicio del cumplimiento del Objetivo 8 de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030: promover la igualdad, el pleno empleo inclusivo y el trabajo decente para todos. En esa misma línea se inscribe nuestra nueva Ley de Empleo (LE), aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 16 de febrero de 2023, tras incorporar las enmiendas introducidas en el texto por la Cámara Alta, relativas precisamente a las personas con discapacidad, con la finalidad de reducir la brecha digital de este colectivo que la norma reconoce expresamente

¹ Cruz Villalón, J.: “Transformación digital y relaciones laborales”, Blog de Jesús Cruz Villalón, Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad, <https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/transformacion-digital-y-relaciones.html>, 26 abril 2021.

como prioritario para las políticas activas de empleo (Cap. V, art. 54), incluyendo provisiones específicas para la evitación de sesgos discriminatorios, el fomento del empleo y la mejora de su empleabilidad.

Pero, como se ha dicho, la digitalización basada en IA tiene otra dimensión contrapuesta desde la perspectiva de la inserción laboral y protección social de la discapacidad. En negativo, además de su potencialidad lesiva de otros derechos fundamentales del conjunto de las personas trabajadoras (derecho a la intimidad, derecho a la protección de datos, derecho a la integridad física, derecho a la integridad moral), que, como acertadamente se ha apuntado, obliga a una relectura de su ejercicio y tutela², en el caso de las personas con discapacidad puede verse particularmente concernido el derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, si las nuevas tecnologías IA no son suficientemente accesibles, albergan sesgos respecto al acceso, mantenimiento y/o promoción en el empleo y no se garantiza efectivamente la adquisición de competencias digitales para la adaptación a los cambios, representarán un factor de desigualdad y, por ende, de exclusión social y laboral de este colectivo.

En esa clave de necesario equilibrio entre los progresos y los riesgos de discriminación y exclusión que conlleva la tecnología IA en su proyección en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, se han pronunciado diversas instituciones internacionales. Así, la OIT en el Informe *World Employment and Social Outlook 2021* (Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021)³, así como la Comisión sobre la Banda Ancha para el Desarrollo Sostenible, creada en 2010 por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), ha puesto de relieve la necesidad de que las personas con discapacidad participen en la creación de herramientas de inteligencia artificial para garantizar sus efectos inclusivos. Del mismo modo, la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, aprobada por su Conferencia General en su 41ª reunión, hace hincapié en el principio de no discriminación por motivos de discapacidad⁴. También ha incidido de forma exhaustiva en esta problemática el Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en su último Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁵.

A nivel nacional, en lo que respecta a España, el bloque normativo antidiscriminatorio en materia de discapacidad está integrado, en primer lugar (cronológicamente), por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGD), recientemente reformada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, para reforzar su finalidad inclusiva. En segundo lugar, por la ambiciosa Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y

² Cruz Villalón, J.: “Transformación digital y relaciones laborales”, cit.

³ World Employment and Social Outlook 2021: The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work (Ginebra, OIT, 2021).

⁴ Vid. en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920.page=14>.

⁵ A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad - Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas, 2022.

la no discriminación, dictada con el objeto de transponer integral e íntegramente el bloque de Directivas europeas antidiscriminatorias, que incorpora ya algunos elementos de atención a los sistemas IA. Esta norma, en efecto, contiene algunas previsiones específicas, acordes con la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, la Carta de Derechos Digitales y de las iniciativas europeas en torno a la Inteligencia Artificial, frente a la discriminación por razón de discapacidad, pero pese a ser la pretensión del legislador “convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”⁶, deja algunos resquicios, como veremos más adelante, frente a las nuevas fuentes de discriminación vinculadas a la digitalización IA, restando así efectividad a la tutela antidiscriminatoria.

Finalmente, a la espera aun del Libro Blanco de Empleo y discapacidad, promovido los Ministerios de Derechos sociales y Agenda 2030 y el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el 2 del presente mes de marzo 2023 entrará en vigor la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 1 marzo 2023) (en adelante, LE), cuya principal innovación es la incorporación de previsiones específicas y acordes a los desafíos de los sistemas IA en el empleo. Así, por un lado, impone un deber de vigilancia a cargo de los servicios públicos de empleo en evitación de que las herramientas IA utilizadas en el seno del Sistema Nacional de empleo (SNE) para la adopción de decisiones automatizadas sobre los demandantes de empleo contengan sesgos discriminatorios, para lo cual establece la obligación de evaluaciones anuales de impacto de las mismas y la correlativa de su modificación para la eliminación de dichos sesgos, caso de detectarse (art. 17.2 LE). Por otro lado, se da cumplimiento al principio de transparencia de estos sistemas IA (art. 17.3), que, por otra parte, quedan incluidos en el ámbito de las acciones de empleabilidad, erigidas ahora por la norma en elemento basilar de las Políticas activas de empleo (PAE). Precisamente, para garantizar el derecho-deber a la empleabilidad la Ley 3/2023 prevé la creación de herramientas IA de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad de las personas, en especial la de colectivos prioritarios, entre los que se encuentra el de discapacidad (art. 54).

En este escenario y tras numerosos documentos precedentes sobre la materia⁷, se encuentra en avanzada fase de tramitación 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)⁸, con la pretensión de dotar de uniformidad a las respuestas de los ordenamientos nacionales desde un enfoque equilibrado entre los progresos de la digitalización y la garantía de que las

⁶ Vid. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”. Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. n° 4, 2022.

⁷ Para el examen de los documentos comunitarios precedentes (2019- 2021) sobre la materia, vid. Rojo Torrecilla, E.: “Tecnología y relaciones laborales. A vueltas con el impacto de la inteligencia artificial, algoritmos, robótica y tecnologías conexas en el mundo del trabajo”. Consultado en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/08/tecnologia-y-relaciones-laborales.html>

⁸ Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial (COM(2021) 206 final]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52021PC0206&from=ES>

nuevas tecnologías IA, de modo que éstas se desarrollen y funcionen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE⁹. La primera aportación del Reglamento a destacar, por su interés e importancia para clarificar la confusión conceptual existente hasta ahora, es la delimitación restrictiva de la definición de “sistemas de inteligencia artificial” o “sistemas IA” para distinguirlos de otros sistemas de *software* más clásicos. Así, para el art. 3.1, un «sistema de IA» es “un sistema concebido para funcionar con elementos de autonomía que, a partir de datos e información generados por máquinas o por seres humanos, infiere la manera de alcanzar una serie de objetivos, utilizando para ello estrategias de aprendizaje automático o estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, y produce información de salida generada por el sistema, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativa), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyen en los entornos con los que interactúa el sistema de IA”¹⁰.

En este orden de cosas, resulta oportuno un estudio y análisis crítico de las oportunidades y desafíos que las emergentes tecnologías IA implican en el ámbito del empleo y la protección social de las personas con discapacidad, centrado en el derecho de igualdad y no discriminación, con un abordaje desde la perspectiva del marco regulatorio existente a nivel europeo y nacional enderezado a ponderar si resulta suficiente y adecuado para la tutela antidiscriminatoria integral y efectiva de las personas con discapacidad.

2. IA Y EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

A modo de premisa, conviene contextualizar el objeto de estudio atendiendo a los perfiles del mercado de trabajo de las personas con discapacidad, y, en este sentido, a día de hoy, los datos de empleo, y por ende, de inclusión sociolaboral de personas con discapacidad en España arrojan datos ambivalentes.

Así, en materia de contratación, las cifras son positivas y esperanzadoras. Según el Informe Tecnología y Discapacidad 2022 de Fundación Adecco¹¹, la contratación de personas con discapacidad ha recuperado su vitalidad previa a la pandemia covid-19. En efecto, tras su hundimiento en 2020, del -25%, 2021 se saldó con un crecimiento de 14% y, en lo que llevamos de 2022, ha crecido un 32% con respecto al mismo periodo del pasado ejercicio, superando en un 13% los niveles de contratación previos a la pandemia. El Informe incide en los factores de este importante repunte en la contratación de personas con discapacidad: por un lado, la reactivación de los sectores del turismo y la hostelería; por otro lado, el avance de las políticas de responsabilidad

⁹ Un acopio de las valoraciones doctrinales, mayoritariamente positivas, de la propuesta de Reglamento IA, en Rojo Torrecilla, E.: “Tecnología y relaciones laborales. A vueltas con el impacto de la inteligencia artificial, algoritmos, robótica y tecnologías conexas en el mundo del trabajo”, cit.

¹⁰ Propuesta transaccional aprobada por el Consejo (Telecomunicaciones) el 6 diciembre de 2022. Consultado en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

¹¹ Informe Tecnología y Discapacidad 2022, 11ª edic., Fundación Adecco, julio 2022; disponible en <https://fundacionadecco.org/informes-y-estudios/informe-tecnologia-y-discapacidad/>

social corporativa, con la toma de conciencia sobre los beneficios que los valores de la diversidad e inclusión reportan a la competitividad y la sostenibilidad empresarial; y finalmente, por lo que aquí interesa, el progreso e impacto de la digitalización de los procesos productivos, que está permitiendo la participación y la aportación de talento e inserción de las personas con discapacidad gracias a nuevos e innovadores procesos y herramientas digitales. Nos situamos, por tanto, en un escenario de consolidación de la economía digital y de progreso disruptivo y acelerado de la IA en prácticamente todos los sectores de actividad y empresas, que, como se ve, abre nuevas y buenas oportunidades para la inclusión laboral de este colectivo.

Como contrapunto a la coyuntura positiva de los dos últimos años en el plano de la contratación, los datos son más pesimistas en otros indicadores no menos importantes, cual es la tasa de actividad. En efecto, el citado Informe de la Fundación Adecco recoge que el contingente de personas con discapacidad en edad laboral que comparece en el mercado de trabajo en búsqueda de empleo es muy inferior a las personas sin discapacidad; datos que son confirmados en el Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad del Observatorio de Ocupaciones del Sepe 2022 (con datos de 2021)¹². Así, el 65,7% de las personas discapacitadas en edad de trabajar no tiene empleo ni lo busca, es decir, son inactivos, un dato que se ha mantenido casi inalterable durante la última década. De este modo, la tasa de actividad del colectivo es 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (76,1%), una brecha que aumenta notablemente con la edad y el grado de discapacidad reconocido. También influye en este indicador el tipo de discapacidad, ya que, según fuentes del movimiento asociativo, el porcentaje sería aún mayor en el caso de las personas con discapacidades intelectuales y/o problemas de salud mental, supuestos en los que la inactividad se dispararía hasta el 80% o 90%. Se trata de una brecha mucho más acusada que la basada en el género, pues la tasa de actividad y empleo de las mujeres es ahora ligeramente superior a la de los hombres y las diferencias son menos acusadas que en el caso de personas sin discapacidad.

En este contexto, la emergencia de las tecnologías IA podría servir de factor catalizador para la mejora de la inserción laboral del colectivo y, con ello, contribuiría a igualar los estándares de protección existentes para el resto de la población trabajadora. En concreto, los avances residirán en tres ámbitos, sobre los que se profundizará más adelante¹³:

- a) la implementación de tecnologías adaptadas y productos de apoyo tecnológicos, que facilitan las tareas a realizar de las personas con discapacidad, esto es, en la adaptación tecnológica de los puestos de trabajo a base de equipos y sistemas para aumentar la movilidad, la audición, la visión o las capacidades de comunicación del trabajador/a discapacitado.

¹² file:///C:/Users/rgpat/Downloads/Informe-Mercado-Trabajo-Discapacidad-2022-Datos2021%20(1).pdf

¹³ Informe Tecnología y Discapacidad 2022, Fundación Adecco, 11ª edición, julio 2022, cit.

- b) la robotización y la digitalización de los puestos de trabajo, que conllevan un gran potencial para eliminar las barreras de discriminación basadas en variables y roles que tradicionalmente han perjudicado a las personas con discapacidad¹⁴.
- c) La consolidación del teletrabajo, una modalidad de prestación de servicios especialmente adecuada para personas con discapacidad, especialmente física o funcional, al evitar los desplazamientos del domicilio del trabajador/a.

Ahora bien, como ya se dijo, sin perjuicio de que las nuevas tecnologías digitales pueden convertirse, en el sentido apuntado, en grandes aliadas del proceso de inclusión socio-laboral de las personas con discapacidad, no deben soslayarse sus riesgos, a los que habrá de atenderse con medidas adecuadas de prevención ex ante y tutela jurídica ex post para que el binomio IA- trabajo decente sea un binomio de éxito en un colectivo tan especialmente vulnerable.

Llegados a este punto, es el momento de abordar estas dos versiones de la IA en función de sus efectos en el ámbito del empleo y la protección social: la IA inclusiva y la IA discriminatoria.

2. RETOS DEL BINOMIO IA-TRABAJO DECENTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IA INCLUSIVA VS. IA DISCRIMINATORIA

2.1. IA inclusiva

2.1.1. IA y adaptación de puestos de trabajo

Ya se ha señalado que uno de los beneficios más visibles que representan las tecnologías basada en IA es el de facilitar la adaptación de los puestos de trabajo y así garantizar el derecho de igualdad en el acceso, mantenimiento y promoción en el empleo de las personas con discapacidad, lo que además redundará en el incremento de la productividad y competitividad de las empresas y en la mejora de su política de responsabilidad social.

En este sentido, los datos que aporta el Informe de la Fundación Adecco “Tecnología y Discapacidad” 2022¹⁵ reflejan que un altísimo porcentaje de las personas con discapacidad encuestadas constata los beneficios que reportan las tecnologías digitales, reconociendo su contribución a la inclusión (91,8%), y, particularmente un 48% afirma que facilitan las adaptaciones necesarias para sortear barreras físicas y/o audiovisuales que les ha permitido su acceso o mantenimiento del empleo.

¹⁴ Vid, en este sentido, Goñi Sein, J.L.: “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo”, Documentación Laboral nº 17, 2019.

¹⁵ Informe “Tecnología y discapacidad”, Fundación Adecco, 11ª edición, julio 2022.

Esta funcionalidad de la digitalización basada en IA resulta de enorme trascendencia al ponerse al servicio del cumplimiento de la obligación empresarial de realizar “ajustes razonables” con el objeto de preservar el derecho a la igualdad de trato de las personas con discapacidad en el empleo, prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y el art 40.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Como se sabe, el concepto de “ajustes razonables” se refiere a las modificaciones o adaptaciones del “lugar de trabajo” (en los términos de la norma europea) que favorezcan el mantenimiento del empleo, dotando de este modo de efectividad al principio de igualdad y no discriminación. En transposición al ordenamiento interno del art. 5 de la Directiva, el art. 40.2 de nuestra Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD)¹⁶ incluye la obligación empresarial de adoptar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, desempeño del trabajo y la promoción. Por su parte, el art. 4.1 de la Ley 15/2022 considera vulneración del derecho fundamental de igualdad y no discriminación la denegación de ajustes razonables y, después el art. art.6.1.a), recepcionando jurisprudencia previa, establece que se considerará discriminación directa imputable al empleador la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad, añadiendo que, 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 para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos.

Como se sabe, sobre la interpretación del alcance de este concepto existe una consolidada doctrina del TJUE, que establece que el incumplimiento de esta obligación de “ajustes razonables” o adaptaciones adecuadas del “lugar de trabajo” en el caso de los trabajadores/as con discapacidad priva de legitimidad a medidas empresariales de carácter disciplinario y medidas extintivas de la relación laboral basadas en el incumplimiento o insuficiencia en el cumplimiento de las obligaciones del puesto de trabajo, considerando que determinan una discriminación directa (o indirecta) por razón de discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En cuanto a cómo debe interpretarse el concepto “ajustes razonables”, en el sentido de la Directiva y a la luz de los artículos 21 y 26 del CDFUE y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 2006, el TJUE tiene establecido que los «ajustes razonables para las personas con discapacidad» implican que “el empresario deberá tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, ejercerlo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario” (STJUE de 21 de octubre de 2021(asunto C-824/19)).

No obstante, el problema interpretativo reside también en la extensión del concepto. En este sentido, la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18)

¹⁶ 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.

determinó que conforme a la previsión de la Directiva, “no es obligatorio (...) mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate” por razón de su discapacidad. Y desde este enfoque amplio y flexible de los ajustes, la STS 22 de febrero 2018 (rec. 160/2016) amplía el ámbito de las adaptaciones necesarias, incluyendo en ellas la movilidad funcional, a propósito del despido objetivo por ineptitud de una trabajadora que padece una enfermedad psíquica. En tal supuesto el TS resuelve que no concurre un motivo discriminatorio por razón de discapacidad en la decisión extintiva si la empresa había adoptado previamente medidas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la actora a *otros puestos de trabajo* que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación.

Este enfoque hermenéutico de nuestro Tribunal Supremo es avalado por la más reciente STJUE de 10 de febrero 2022 (asunto C-485/20). La posición empresarial en el litigio principal mantenía que el art. 5 de la Directiva se refiere, en cuanto a los ajustes razonables que deban llevarse a cabo, “al lugar de trabajo”, por lo que éstos se deberían limitarse al empleo desempeñado por el trabajador con discapacidad y, en consecuencia, “no pueden servir para adscribirle a otro puesto de trabajo”. Contrariamente, el Tribunal de Luxemburgo opta por una interpretación integradora del concepto vinculándolo no al mantenimiento del puesto desempeñado sino a la conservación del empleo, por lo que “la recolocación en otro puesto de trabajo puede ser una medida de adaptación adecuada y, en este sentido, un ajuste razonable a efectos del artículo 5 de esta Directiva”, con la salvaguarda de que dicho ajuste no suponga “una carga excesiva” para el empleador y que exista “por lo menos un puesto de trabajo vacante que el trabajador en cuestión puede ocupar”.

Pues bien, si, como se ha apuntado, las medidas de adaptación requeridas por la legislación europea y nacional (art. 40.2 LGD y 6.1 Ley 15/2022) están supeditadas a que no supongan una carga excesiva para la empresa, las tecnologías basadas en IA pueden contribuir a la adecuación, agilidad y sostenibilidad económica de las mismas, esto es, a su implantación sin que supongan un coste financiero desproporcionado para el empleador¹⁷. En este sentido, quizá resulte adecuado implementar políticas de desgravaciones fiscales y/o de bonificaciones en las cotizaciones y reforzar las subvenciones públicas para promover y facilitar la adquisición de estos recursos a pymes.

Finalmente, conviene señalar que el recurso por parte de las empresas a las tecnologías IA no sólo resulta adecuado para atender a los preceptivos ajustes o adaptaciones previos a medidas extintivas de la relación laboral, sino también para facilitar el cumplimiento de las cuotas de reserva impuestas ex lege tanto a empresas (públicas y privadas), ex art. 42 LGD, cuanto a las AAPP (art. 59 TREBEP), por lo que la certificación de excepcionalidad para la aplicación a medidas alternativas de externalización con centros especiales de empleo exigible a las primeras (art. 2 RD 364/2005) debería de supeditarse a la inversión en herramientas de este tipo para la adaptación de puestos de trabajo.

¹⁷ A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad - Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas, 28 diciembre 2021.

2.1.2. Otros enfoques inclusivos de la IA en el empleo de personas con discapacidad

La inclusión laboral de las personas con discapacidad podría acelerarse por otras vías también basadas en las nuevas tecnologías IA.

Por un lado, mediante la robotización o implementación de software de automatización de decisiones en los procesos productivos, herramientas, ambas, con un gran potencial para eliminar barreras basadas en variables como la fuerza física, las capacidades audio-visuales o la capacidad cognitiva, inercias o roles que tradicionalmente vienen perjudicando a las personas con discapacidad. Sin embargo, estas ventajas no ocultan los riesgos de sustitución de puestos de trabajo humanos mediante medidas extintivas fundadas en causas técnicas u organizativas¹⁸.

Y por otro lado, como se adelantó supra, con el refuerzo y extensión del teletrabajo, donde la presencia de herramientas IA es muy potente. El teletrabajo, en efecto, está facilitando a las personas con discapacidad el acceso al empleo y el desempeño del puesto de trabajo evitando el factor desplazamiento que lo obstaculiza o complica, sobre todo en los supuestos de discapacidad física y mental, y en menor medida en los trabajadores con discapacidad intelectual¹⁹. Con todo, sin perjuicio de las indudables ventajas que reporta el teletrabajo en la destrucción de barreras de accesibilidad en el empleo, el tantas veces mencionado Informe Adecco 2022 recuerda que la convivencia y la interacción son la base para la integración y la normalización social de la discapacidad, por lo que, desde esta perspectiva, la digitalización no debería desplazar totalmente el trabajo presencial, siendo aconsejable apostar por modelos híbridos que combinen lo mejor de ambas formas de trabajo para que éste no se desarrolle con merma de las relaciones sociales y de convivencia en el centro de trabajo, que también son importantes a efectos inclusivos.

Por otra parte, conviene traer aquí a colación la brecha por cualificación que se ha detectado en el teletrabajo, que puede afectar negativamente a las oportunidades del colectivo de la discapacidad. En efecto, la Encuesta general de organización laboral²⁰ arroja datos preocupantes en este sentido. Así, mientras los encuestados del sector de las finanzas solían trabajar de manera presencial casi por completo, los empleados en los llamados sectores STEM, en particular en el sector tecnológico o startups (Meta, Twitter, Amazon, entre otras), trabajaban mayoritariamente en sus hogares. Como señala Aksoy, uno de los autores del precitado Informe, una gran parte del mercado laboral no puede teletrabajar nunca o casi nunca y queda privada de sus beneficios. En general, son los trabajadores/as cualificados los que tienen mayor posibilidad de acceso al teletrabajo en tanto que los no cualificados

¹⁸ Vid. SJS/10 Las Palmas de Gran Canaria 23 de septiembre 2019 (núm. 470/2019), que declara improcedente un despido objetivo de una trabajadora por automatización de las funciones del puesto de trabajo.

¹⁹ Vid. Informe Adecco “Tecnología y Discapacidad” 2022, cit.

²⁰ Aksoy, Cevat Giray; Jose Maria Barrero, Nicholas Bloom, Steven J. Davis, Mathias Dolls, Pablo Zarate: *Global Survey of Working Arrangements*, G-SWA, National Bureau of Economic Research, enero 2023; disponible en: <https://www.iza.org/publications/dp/15870/time-savings-when-working-from-home>

se ven abocados al trabajo presencial; así, las ventajas del primero favorecen mayoritariamente a los trabajadores/as de un nivel económico y educativo más alto, mientras que los empleados de menor renta y baja cualificación, perfil prevalente en el colectivo de la discapacidad, se ven privados de aquéllas²¹. Un dato, pues, a tener en cuenta en las acciones de empleabilidad, que el legislador pretende erigir en el eje de la nueva Ley de Empleo, en lo referente especialmente a los colectivos prioritarios, como el de la discapacidad.

2.2. La IA discriminatoria: sus riesgos como factor de exclusión en el empleo de las personas con discapacidad

Las indudables y constatadas ventajas señaladas no deben soslayar, sin embargo, la atención y el debate sobre los desafíos de la IA para las relaciones laborales en general y de las personas con discapacidad en particular. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha apoyado varias iniciativas que analizan diversos elementos de la inteligencia artificial y sus implicaciones para el futuro del trabajo y, en concreto, sobre la economía de la inteligencia artificial y su relación con el mercado laboral²². En este estudio se advierte sobre la necesidad abordar los riesgos de desigualdad y exclusión que pueden generar y de arbitrar medidas que garanticen que los beneficios del progreso tecnológico basado en la inteligencia artificial sean ampliamente compartidos por un colectivo vulnerable como el de las personas con discapacidad. Este mismo enfoque se mantiene en el informe World Employment and Social Outlook 2021 (Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021)²³.

Veamos dónde residen los principales riesgos de discriminación y exclusión y valoremos si el marco regulatorio existente ofrece garantías adecuadas y suficientes frente a ellos²⁴.

2.2.1. Sistemas IA en los procesos de selección y contratación

Uno de los riesgos más señalados y frecuentes, de momento, se vincula a los posibles efectos excluyentes de los sistemas IA utilizados en los procesos de reclutamiento y selección de trabajadores/as. No es casual que la Propuesta de Reglamento europeo de Inteligencia Artificial (propuesta transaccional, 6 diciembre 2022) los incluya en el nivel de “alto riesgo”, en función de su grado de posible

²¹ Ibidem.

²² Ekkehard Ernst, Rossana Merola y Daniel Samaan: “The economics of artificial intelligence: implications for the future of work”, Ilo future of work research paper series, nº 5, OIT, 2018; disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--cabinet/documents/publication/wcms_647306.pdf

²³ World Employment and Social Outlook 2021: The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work (Ginebra, OIT, 2021)

²⁴ Para un completo y sistemático análisis de los distintos ámbitos en los es aplicada la IA en la toma de decisiones que afectan a los trabajadores en general y los mecanismos jurídicos para hacer frente a su uso indiscriminado, vid. Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

afectación de derechos fundamentales, para someterlos por ello a obligaciones reforzadas que garanticen su uso legal, ético y seguro.

En el caso de las personas con discapacidad este riesgo se centra, sobre todo, en el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, tal como señala el informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas²⁵. Así, herramientas de inteligencia artificial como los chatbots (chatGPT, en su versión más reciente) que se utilizan en las entrevistas de los procesos selectivos pueden ser inaccesibles para los candidatos que necesiten un lector de pantalla. Asimismo, las herramientas digitales de cribado de currículos pueden suponer un obstáculo para los candidatos con discapacidad cuando los suyos no reflejen prácticas previas o competencias para el trabajo telemático. Igualmente sucede con los algoritmos diseñados para los sistemas de cribado por vídeo para el reconocimiento facial (sistemas categorización biométrica) y de reconocimiento de emociones (estabilidad emocional, extroversión, impulsividad o capacidad de atención en los datos de las entrevistas) y de características personales de los candidatos (sistemas de categorización biométrica), que, sin perjuicio de utilizarse conforme a las restrictivas limitaciones impuestas para el tratamiento de datos biométricos por el Reglamento General de Protección de datos 2016/679 (art. 9.2.b RGPD), conllevan también un fuerte potencial discriminatorio por razón de discapacidad. En efecto, estos sistemas de cribado no son capaces, en ocasiones, de leer las expresiones faciales en caso de discapacidad o las interpretan de forma inadecuada debido a rasgos o atributos atípicos de estos candidatos, precipitando así exclusiones del proceso, antes de la intervención de un entrevistador humano, por el mero hecho de haber sido objeto de una ponderación negativa en el previo proceso de calificación por la herramienta de inteligencia artificial en el que se valora su grado de empleabilidad.

Por otra parte, los posibles sesgos discriminatorios de los sistemas IA en la selección vienen determinados por los datos utilizados para el entrenamiento del sistema. Así, si la fuente de datos para el aprendizaje prima el rendimiento y la productividad, los candidatos con discapacidad quedarían en desventaja²⁶, al igual que sucede cuando el criterio para determinar el nivel de conocimientos y competencias es el tiempo invertido en completar una prueba online ya que, en tal caso, las personas con discapacidad que utilizan tecnologías de apoyo pueden verse en situación de desventaja sobre todo cuando la plataforma utilizada para realizar las pruebas no es suficientemente accesible.

Este potencial discriminatorio queda claramente reflejado en el Informe Adecco “Tecnología y Discapacidad” 2022, según el cual más de la mitad de los encuestados (57%) manifiesta dificultades para buscar trabajo online (envío de candidatura, registro en portales de empleo, etc.) y un 52% afirma desconocer o no sentirse cómodo realizando videoentrevistas debido a los inconvenientes que encuentran en la instalación, manejo y funcionamiento de herramientas como

²⁵ A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad - Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Naciones Unidas, diciembre 2021, cit.

²⁶ Goñi Sein, J.L.: “Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial.....”, cit.

Teams, Zoom o Meet. El traslado de casi todas las fases de la búsqueda de empleo a entornos digitales determina, pues, que las personas que aún no han superado la barrera tecnológica, como sucede en mayor medida en el colectivo de la discapacidad, encuentran mayores dificultades para afrontar el proceso, es decir, que se encuentren en situación de desigualdad de oportunidades de partida.

En consecuencia, la implementación de controles o auditorías de sesgos y de ajustes razonables en los procesos selectivos con herramientas IA resulta esencial para evitar los efectos discriminatorios y excluyentes que pueden engendrar dichos sistemas para los candidatos con discapacidad. En ese sentido, se incardina el mandato imperativo de la nueva Ley 3/2023, de Empleo (art. 17.2) de sometimiento a auditorías anuales a los sistemas de adopción automatizada de decisiones relativas a personas demandantes de empleo que se implementen en el SNE, lo que habríamos de poner en relación con las específicas acciones de intermediación ex art. 40.2.c) LE, que prevé que la selección para un puesto de trabajo de las personas idóneas para el mismo se ha de “evitar cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad”. Por su parte, en relación con los mencionados ajustes o adaptaciones, el art. 40.2.d) LE atribuye a los servicios públicos de empleo y agencias de colocación (tanto las ordinarias cuanto las colaboradoras, ex art. 41.1.b LE) la responsabilidad de la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50 (entre ellos, los demandantes con discapacidad ex art. 54) “el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral”.

Escenario distinto se abre, sin embargo, cuando se trate de procesos selectivos desarrollados al margen del SNE, esto es, directamente por las empresas ofertantes de empleo por sí mismas o externalizados a través de empresas de selección de personal. En tal caso, no resultan aplicables las precitadas garantías específicas relativas a los sistemas IA incorporadas por la LE3/2023, si bien, cabría reconducir la búsqueda de tutela jurídica por otras vías. Veamos cuáles.

Por un lado, la última reforma de la LGD 1/2013 (operada por la Ley 6/2022, de 31 de marzo de 2022) incorpora algunos elementos de interés a este respecto. Se trata del nuevo concepto de “accesibilidad universal” incorporado por el legislador. En efecto, la aplicación de las garantías de los derechos de igualdad y no discriminación y accesibilidad universal en el ámbito del empleo (art. 5. i) ha de ponerse en conexión con el reformado concepto de accesibilidad universal, ex nuevo art. 2.k LGD, que ahora aparece vinculado a los diseños inclusivos, lo que indudablemente habría de reclamarse a los algoritmos de los sistemas IA que, en su caso, se utilicen en los procesos selectivos realizados directamente por los empleadores o a través de empresas de selección de personal. Desde esta perspectiva, el diseño algorítmico no inclusivo supondría una discriminación indirecta, o incluso directa, de los candidatos con discapacidad (art. 9.2 Ley 15/22), en función, respectivamente, de que los datos de aprendizaje o entrenamiento del sistema aun siendo aparentemente neutros perjudiquen a las personas con discapacidad, o bien cuando ignoren deliberadamente la diversidad funcional si ésta es una variable condicionante de las decisiones automatizadas del sistema (en el

segundo caso), lo que activaría los mecanismos de tutela sancionadora y reparadora antidiscriminatorios previstos en la Ley 15/2022 (arts. 25-39).

Por otra parte, la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación 15/2022 (art. 9.1) establece una prohibición genérica de toda limitación, segregación o exclusión fundadas en discapacidad en el acceso al empleo tanto privado como público, “incluidos los criterios y sistemas de selección”. Ello unido a la tipificación como discriminación directa la denegación de ajustes razonables (art. 6.1) –lo cual sería también predicable de los sistemas utilizados en los procesos selectivos–, conduciría a la obligación empresarial de incluir dichos controles y, en su caso, los ajustes necesarios, en los procesos de selección. Pero obsérvese que dichos preceptos no hacen referencia alguna específica y expresa a los sistemas IA. Para encontrarnos con la mención a estos sistemas automatizados de adopción de decisiones se ha de acudir al art. 23 de la precitada Ley, que prevé la implementación de mecanismos para la prevención y eliminación de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, incluyendo el diseño y los datos de entrenamiento, así como las evaluaciones de impacto que determinen su efectos discriminatorios, en el ámbito de los procesos (en general) que sean exclusiva responsabilidad de las Administraciones Públicas (AA.PP.), sin referencia al sector privado. Pero, así y todo, tampoco se configuran aquí como deberes imperativos: los términos legales “favorecerán”, “promoverán” o “priorizarán” utilizados en el precepto en relación a políticas y prácticas relacionadas con el uso de “algoritmos involucrados en la toma de decisiones” y al uso de una Inteligencia Artificial ética, confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, apuntan tan solo a desiderátum o a buenas prácticas desprovistas de fuerza vinculante, lo que indudablemente merma la efectividad de la tutela antidiscriminatoria pretendida por la Ley, que, en este punto, nace ya obsoleta.

Esta perspectiva nos sitúa, por tanto, ante la inexistencia de obligación legal de los empleadores privados y públicos de adoptar mecanismos de control de sesgos, transparencia de datos y algoritmos de aprendizaje y evaluación de impacto discriminatorio en las herramientas IA utilizadas en los procesos de selección (o de evaluación del desempeño, como luego veremos) de personal. Queda así el legislador lejos de su pretensión de complitud al abordar los nuevos factores de riesgo, las nuevas formas de discriminación y desaprovecha la oportunidad de consagrar legalmente un nuevo motivo específico de discriminación algorítmica y de normativizar las ambiciosas previsiones de la Carta de Derechos digitales (apartado XXV)²⁷, en especial para las personas con discapacidad, único modo de

²⁷ El Apartado XXV. 2 de la Carta establece que en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas de inteligencia artificial: a) Se deberá garantizar el derecho a la no discriminación cualquiera que fuera su origen, causa o naturaleza, en relación con las decisiones, uso de datos y procesos basados en inteligencia artificial. b) Se establecerán condiciones de transparencia, auditabilidad, explicabilidad, trazabilidad, supervisión humana y gobernanza. En todo caso, la información facilitada deberá ser accesible y comprensible. c) Deberán garantizarse la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad. Por su parte, el punto 3 reconoce el derecho de las personas a solicitar una supervisión e intervención humana y a impugnar las decisiones automatizadas tomadas por sistemas de inteligencia artificial que produzcan efectos en su esfera personal y patrimonial.”, en la línea de los requisitos exigibles a los sistemas de alto riesgo en la Propuesta de Reglamento europeo IA.

dotar de plena efectividad al derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo reconocido en el art. 9. apartados 1 y 2 Ley 15/2022 .

Ante esta ostensible y rechazable laguna de nuestra última ley antidiscriminatoria, habría que optar por una interpretación integradora y evolutiva de las mencionadas reglas imperativas establecidas en los arts. 6.1, 9.1, así como la del art. 25.1 Ley 15/22 que, con carácter genérico, obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para la detección de la discriminación y a la adopción de medidas preventivas necesarias para evitarla, obligaciones todas ellas que, sólo vía interpretativa, habrían de entenderse exigibles específicamente a las herramientas IA utilizables por los empleadores privados y las AAPP a la luz de la Carta de Derechos digitales, pese al hándicap de su valor programático. De este modo, tanto la discriminación derivada del incumplimiento de las obligaciones preventivas ex art. 25, cuanto el mero hecho de producirse el resultado discriminatorio en este momento de acceso al empleo, en el sentido del art. 9.2 Ley 15/22, con independencia de que se hayan implementado o no mecanismos preventivos de control de sesgos en la herramienta IA utilizada, surgirían las responsabilidades administrativas y civiles del empleador que la ley establece. Por lo demás, es la única interpretación posible conforme a los principios de la Carta de Derechos digitales (apartado XXV) y a las obligaciones reforzadas previstas en la propuesta de Reglamento europeo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Reglamento IA). para los sistemas IA de alto riesgo (arts. 9-16), máxime cuanto se trate de un colectivo prioritario y de extrema vulnerabilidad.

Con este enfoque, cabría activar, vía interpretativa, el sistema integral e integrado de garantías antidiscriminatorias de la Ley 15/2022, que, en contraste con las debilidades señaladas en lo relativo a la protección específica frente a los sistemas IA (prácticamente ausente en la norma), constituye uno de sus mayores logros: la tutela preventiva (ex ante), y la tutela ex post, sancionadora, restitutoria y reparadora frente al resultado discriminatorio. En lo atinente, en primer lugar, a la responsabilidad administrativo-sancionadora a propuesta de la Inspección de Trabajo²⁸, la Ley (arts. 9.4 y 46) efectúa un reenvío a la LISOS, que, como es sabido, tipifica las discriminaciones en el acceso al empleo como infracción muy grave (art. 16.1.c). Y respecto a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que puedan derivarse del resultado lesivo, ésta se ventilará, vía judicial, al amparo del art. 25.2 Ley 15/2022, a través aquí del cauce procesal de tutela de derechos fundamentales (arts. 177-184 LRJS). La responsabilidad de la empresa habrá de incluir tanto la restitución, con la correspondiente nulidad de la conducta o medida lesiva, cuanto la indemnización suficiente hasta lograr la reparación plena y efectiva de los daños producidos, incluidos los morales (restitutio in integrum) (art. 26). A mayor abundamiento, se explicitan las reglas de onus probandi propias de los actos lesivos de derechos fundamentales, en el sentido de que la mera aportación por el

²⁸ El art. 9. 4. Ley 15/22 mandata a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, un control particular del respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo para lo que deberá incluir en su plan anual de actividades el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.

afectado de indicios de la discriminación prohibida activará la inversión de la carga de la prueba en los litigios en los que se ventile una demanda por discriminación (art. 30). Por lo demás, la norma flexibiliza las reglas de legitimación procesal activa para las demandas por discriminación (art. 39), dando cabida, por lo que ahora interesa, a las organizaciones representativas de la discapacidad.

Sin perjuicio de esta tutela judicial ex post frente al resultado discriminatorio, resultaría muy oportuna la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad también en el diseño de estos sistemas IA, como medida preventiva ex ante de evitación de sesgos para velar por el cumplimiento de la accesibilidad de los mismos. En este sentido, se ha de invocar no solo la Directiva antidiscriminatoria 2000/78 sino también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, que exige la participación de las personas con discapacidad y de sus organizaciones, junto a empresarios y sindicatos, en la definición de las políticas a nivel europeo y estatal relativas al desarrollo, adquisición e implantación de sistemas de inteligencia artificial que incidan en el ámbito específico del empleo de este colectivo. En cualquier caso, y a la espera de que se implementen efectivamente estos cauces de participación, lo aconsejable y razonable sería, como señala el Relator sobre los derechos de personas con discapacidad en su Informe, que las legislaciones nacionales pospusieran la autorización de implantación de sistemas de cribados curriculares y de reconocimiento facial en los procedimientos de selección y control del rendimiento laboral hasta tanto se realice la auditoría de su impacto, también en este caso con la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, amén de la correspondiente a la representación legal de los trabajadores mediante los nuevos derechos de información incorporados en el art. 64.4. d) ET²⁹.

Con todo, las señaladas insuficiencias respecto a los sistemas IA y el debilitamiento que de ello deriva en las garantías antidiscriminatorias en el empleo de personas con discapacidad frente a sus riesgos, habrá de ser compensado, como

²⁹ “Derecho a ser informados 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”. Por otra parte, conforme a la Guía algorítmica del MITEC 2022, las obligaciones informativas de la empresa deberán incluir: 1. El uso de algoritmo y sistemas de inteligencia artificial para la toma de decisiones de gestión de personas, incluyendo tanto a personas trabajadoras como a personas candidatas a un puesto de trabajo. 2. El uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial para la elaboración de perfiles de las personas para su aplicación en el ámbito laboral. 3. Las concretas decisiones de gestión de personas que son tomadas mediante algoritmos o sistemas de decisión automatizada: selección de personas, contratación, asignación de tareas, control de la productividad, promociones, ascensos, etc. 4. El tipo de tecnología utilizada por parte del algoritmo y, entre otras cuestiones, si esta genera un algoritmo de “caja negra” o si se trata de un algoritmo de aprendizaje continuo. 5. El concreto software o producto utilizado y, en su caso, si cuenta con algún tipo de certificación la empresa suministradora y, en su caso, si la empresa ha realizado alguna alteración sobre el producto. 6. El grado de intervención humana cualificada en las decisiones adoptadas mediante el uso de algoritmos y sistemas de decisión automatizada, incluida la elaboración de perfiles. En concreto, la competencia y autorización de la persona humana para apartarse de la decisión adoptada por el algoritmo empresa suministradora y, en su caso, si la empresa ha realizado alguna alteración sobre el producto. Vid. Información algorítmica en el

ya se ha señalado, con una interpretación y aplicación judiciales integradoras y evolutivas de conformidad a la Carta y a la Propuesta de Reglamento IA (propuesta transaccional aprobada por el Consejo UE el 6 de diciembre 2022)³⁰. Conviene señalar que la norma europea incluye entre los sistemas IA de “alto riesgo” para los derechos fundamentales los aplicables en el ámbito del empleo, y en concreto los “*destinados a utilizarse para la contratación o selección de personas físicas, especialmente para anunciar puestos vacantes, clasificar y filtrar solicitudes o evaluar a candidatos en el transcurso de entrevistas o pruebas*” (art. 6.2 y Anexo III. 4.a), lo que supone indudablemente un progreso frente a la IA discriminatoria ya les impone unos requisitos reforzados para evitar efectos lesivos. Dichos requisitos: evaluación de conformidad, gestión de riesgos de sesgos, gobernanza de datos, transparencia y vigilancia humana (arts.9-15), representan obligaciones exigibles durante toda la vida útil del sistema a los agentes de la cadena de valor del mismo, si bien es cierto que el grueso de las mismas se hace recaer en los proveedores de los sistemas y en mucha menor medida a los usuarios finales –por lo que aquí interesa a los empleadores–, quedando en este caso reducidas a responsabilidades secundarias: evaluación de la adecuación de los datos de entrada a los fines del sistema (art. 29.3), y a garantizar la vigilancia humana de su correcto funcionamiento, con suspensión de su utilización de detectarse riesgo de lesión de derechos fundamentales (art. 29.4). Este descompensada distribución de deberes, unida a las escasas implicaciones que la propuesta de Reglamento tiene, en general, para los posibles afectados por intromisiones ilegítimas en derechos fundamentales y, en particular, sobre la posibilidad de impugnar legalmente los resultados lesivos consumados, frustran en parte las altas expectativas que en se han depositado respecto a su potencial tuitivo. Conviene señalar, en este sentido, que el legislador europeo no incluye previsión alguna de vías de impugnación directa por parte de los afectados y se limita a incorporar un régimen sancionador por infracciones de los requisitos exigibles a los sistemas IA regulados en la norma llamado a ser desarrollado por los Estados, estableciendo no obstante como condicionante mínimo para los legisladores nacionales que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 71).

2.2.2. IA y evaluación del desempeño

Los sistemas IA de evaluación del desempeño de los trabajadores se basan, como es sabido, en indicadores que miden la eficiencia y productividad del trabajador desde diferentes planos: en función de las competencias y su rendimiento (cantidad y calidad de trabajo) y en función de la salud financiera de la empresa y la satisfacción de clientes y usuarios. Estas herramientas instauradas de forma progresiva e intensiva en la gestión de recursos humanos, se utilizan para la adopción automatizada de decisiones empresariales de gran calado en la relación de

ámbito laboral. Vid. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral, MITES, mayo 2022.

³⁰ Adoptada en la sesión del Consejo de ministros de Transportes, Telecomunicaciones y Energía de los días 5 y 6 de diciembre 2022. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

trabajo de los empleados: en materia retributiva (primas o incentivos), movilidad funcional y geográfica, promoción profesional, o, incluso, decisiones extintivas (ceses o despidos).

De nuevo aquí el riesgo de efectos perversos en el plano de la igualdad de las personas con discapacidad está servido, ya que no es descartable (más bien todo lo contrario) que los datos que alimentan estos sistemas (macrodatos) y los algoritmos IA utilizados para el autoaprendizaje o entrenamiento del sistema, aunque parezcan objetivamente neutros, puedan estar basados en patrones históricos o actuales de discriminación (incluso sin intervención humana) y tener un impacto discriminatorio indirecto en la evaluación del desempeño (competencia y rendimiento) de trabajadores/as con discapacidad. De hecho, en la práctica de la gestión de recursos humanos los modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento laboral parecen estar ignorando sistemáticamente criterios de orden jurídico-laboral objeto de especial tutela jurídica frente a la discriminación, como es la discapacidad³¹. Pues bien, pese a la dificultad, cuando no la imposibilidad, de establecer una conexión fehaciente entre los datos y las conclusiones o decisiones a las que llega el algoritmo, esto es, para la determinación de dónde se encuentra el sesgo de la decisión automatizada a fin de impugnar la medida empresarial basada en ella, en nuestro Derecho prevalece, como se ha dicho, una responsabilidad objetiva del empleador derivada del propio resultado discriminatorio: responsabilidad administrativa, responsabilidad civil reparadora y anulatoria de la medida empresarial discriminatoria, en el sentido ya analizado supra para los procesos de selección (arts. 25-32 y 46 Ley 15/2022).

En todo caso, reiterar que también los sistemas de IA aplicables en este campo son considerados de alto riesgo en la propuesta de Reglamento europeo IA (art. 6.2 y Anexo III.4.b): “*IA destinada a utilizarse para tomar decisiones relativas a la promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas y al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones*”, y, por ello, resultan tributarios de las obligaciones reforzadas de control y evaluación de impacto ex arts. 9-15 señaladas supra.

2.2.3. IA y cualificación digital: la brecha de las personas con discapacidad

Para dotar de efectividad a los beneficios de las tecnologías IA en el empleo de las personas con discapacidad es imprescindible la adquisición de competencias digitales compatibles con la transformación de los procesos productivos, los puestos de trabajo y las demandas de las empresas, para evitar un efecto perverso de desigualdad y exclusión. Esto se traduce en la necesidad de promover y reforzar las políticas públicas de formación³² el ámbito universitario, pero sobre todo en las enseñanzas no universitarias (Secundaria y Formación profesional reglada y

³¹ Vid. Rivas Vallejo, P.: “Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio”, e-Revista Internacional de la Protección Social, 2022, Vol. VII, n° 1.

³² En este sentido, vid. Cruz Villalón, J., op. cit.

para el empleo) por ser los niveles educativos prevalentes en las personas con discapacidad, incidiendo en la adquisición de competencias y cualificaciones relativas a alfabetización digital, programación, redes sociales y otras ocupaciones emergentes en las ofertas de empleo; cualificaciones y competencias en las que el colectivo de la discapacidad sigue significativamente infrarrepresentado.

En efecto, la demanda de perfiles en áreas STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) es creciente en el mercado de trabajo y situados en un contexto de fuerte emergencia de la economía digital y, especialmente, el trabajo en plataformas, es crucial que las personas con discapacidad puedan adquirir competencias para desenvolverse en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores/as en el entorno online. En tal escenario, el requerimiento de competencias digitales no solo se vincula a los perfiles más especializados sino que se ha extendido a múltiples y diversos puestos de trabajo, incluso no cualificados, en la mayoría de los sectores de actividad.

Desde esta perspectiva, la urgencia de dotar de competencias digitales a las personas con discapacidad se deja sentir en dos planos: en el acceso al empleo, habida cuenta los procedimientos cada vez más sofisticadamente digitalizados de selección, y ya constituida la relación laboral, en el desempeño del puesto de trabajo al objeto de asegurar su mantenimiento y promoción profesional.

Por lo que respecta a lo primero, la digitalización ha trasladado al entorno online, como se ha dicho, casi todas las fases de búsqueda de empleo: desde el envío de la candidatura hasta la realización de entrevistas o dinámicas grupales. El entorno digital tiene sus propios códigos y presenta diferencias significativas con respecto a los procesos selectivos presenciales, exigiendo el conocimiento y destrezas en el uso de determinadas herramientas (videollamadas, encuestas o entrevistas telemáticas y la propia conexión a internet). Por todo ello, las personas que aún no han superado la barrera tecnológica, particularmente las personas con discapacidad mental e intelectual, encuentran grandes dificultades para afrontar el proceso selectivo y, después, también en el desempeño del puesto de trabajo, haciendo imprescindibles en estos casos el acompañamiento personalizado y la adquisición de competencias tecnológicas. Este reforzamiento de las competencias digitales debe centrarse, sobre todo, en los niveles de enseñanza primaria y secundaria ya que, según el Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad 2022³³, es en estos niveles educativos donde se concentra la mayor tasa de contratación del colectivo (70%).

Así las cosas, ¿aporta el marco normativo herramientas para enfrentarse a esta brecha digital de las personas con discapacidad? La nueva Ley 3/2023, de Empleo, contiene elementos positivos e innovadores a este respecto.

Como premisa de partida, conviene aclarar cuál es el ámbito subjetivo de la norma a efectos de los servicios y prestaciones del SNE y su aplicación a las personas con discapacidad, que como se ha reiterado se contempla como colectivo de atención prioritaria de las políticas activas de empleo. El art. 50.1, *in fine* LE

³³ Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Estatal (Datos 2021). Observatorio de las Ocupaciones del SEPE, a partir de datos de 2021.

atribuye la condición jurídica de personas con discapacidad, que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento; así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento³⁴.

Dicho esto, centrémonos ahora en las aportaciones de la norma respecto a la mejora de competencias digitales del colectivo. Ya en su Preámbulo, el legislador erige la empleabilidad en el elemento nuclear de la reforma de las políticas activas de empleo, a la que dedica su Título III, Cap. II, conforme al enfoque del Acuerdo marco europeo sobre digitalización³⁵. El propio concepto legal de “empleabilidad” se centra en la adaptación a la evolución de la tecnología (art. 34 LE) y el legislador reformista de las PAE configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo (art. 35 LE), en desarrollo del constitucional derecho al trabajo, ex artículo 35 CE. Pues bien, como se adelantó supra, en garantía de la efectividad de dicho derecho-deber y del fomento de la proactividad de las personas demandantes de servicios de empleo, la Ley establece la creación de herramientas de apoyo a la toma de decisiones para la mejora de la empleabilidad basadas “en datos y evidencias estadísticas” –esto es, sistemas IA– (art. 36.3 LE), prestando especial atención a la eliminación de las mismas de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de discapacidad (art. 39 LE).

Por otra parte, el manejo y aprovechamiento de herramientas digitales y tecnológicas se configuran en la Ley como “competencias básicas” para la empleabilidad (art. 38 LE), convirtiendo al SNE en garante de “la plena accesibilidad y la no discriminación en el uso de dichas herramientas” para las personas con discapacidad (conforme a la enmienda introducida por el Senado en el precepto)³⁶; en tanto que la mejora de estas competencias digitales se establece como objetivo prioritario de las acciones de empleabilidad de los servicios públicos de empleo, que atenderán a la evitación de discriminaciones y estereotipos de cualquier índole, especialmente de discapacidad, en su diseño e implementación y se adecuarán al perfilado e itinerario trazados individualmente a cada demandante de empleo, con especial atención a los colectivos prioritarios de la políticas de empleo (art. 37 LE), entre los que está el de personas con discapacidad (arts. 50 y 54 LE).

Precisamente respecto a este colectivo, el legislador incorpora dos mandatos a los servicios públicos de empleo y, por extensión, a las entidades colaboradoras. Por un lado, en atención a su mayor dificultad de inserción laboral, la norma prevé

³⁴ La delimitación del ámbito subjetivo de la ley en lo concerniente al colectivo de la discapacidad es más preciso y detallado que el establecido en la LGD 2018 (art. 4.1-2)

³⁵ Acuerdo marco europeo sobre digitalización, junio 2020; disponible en https://www.businessseurope.eu/sites/buseur/files/media/reports_and_studies/2020-06-22_agreement_on_digitalisation_-_with_signatures.pdf

³⁶ Enmienda n.º 114, de los Senadores Cervera Pinart i Cleries i González (GPN), asumida en la votación final del proyecto de ley en el Congreso de Diputados.

el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas (de intermediación y empleabilidad) debidamente ajustadas al perfil profesional y a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. Resulta un acierto, en este sentido, la previsión legal de fortalecer la coordinación a tal efecto entre los SEPE y los servicios sociales, y de habilitar los mecanismos, protocolos e instrumentos jurídicos necesarios para ello (art. 50.2 LE). El impacto de la IA también se proyecta, precisamente, en la elaboración de los perfiles individualizados de los usuarios, que permitirá la evaluación de la persona demandante de empleo con vistas a facilitar el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado. Esta prestación, incluida en el Catálogo de servicios garantizados de personas demandantes de servicios de empleo, se efectuará (art. 56.1.a) LE) con el soporte de datos y evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad (de nuevo llamamiento a sistemas IA). Otro tanto sucede en el abordaje del diagnóstico de la situación de partida de la persona usuaria, que tendrá en cuenta sus habilidades, competencias, formación y experiencia profesional, así como su edad y pertenencia a colectivos prioritarios. Se trata de una prestación que también forma parte del Catálogo de instrumentos de empleabilidad (art. 56.1.a), parrf. segundo LE) y sirve de premisa para el perfilado de los usuarios con discapacidad y el posterior diseño, en su caso, de los itinerarios personalizados de empleo.

Por otro lado, la Ley mandata a los SEPE no solo el diseño y puesta en marcha de acciones positivas de empleabilidad incluidas en el catálogo legal de instrumentos de empleabilidad, que serán seleccionadas en función del perfil específico de estos demandantes de empleo, sino que se les encomienda además la introducción de las “adaptaciones necesarias” para su plena efectividad en la inserción laboral del colectivo (art. 54.3 LE). Estas adaptaciones, que seguramente serán igualmente necesarias en muchos casos en el diseño de los itinerarios individuales y personalizados de empleo de los usuarios con discapacidad para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades, abren otro espacio para la utilidad inclusiva de la IA en la consecución y sostenibilidad financiera de las mismas.

Así las cosas, la doble faz inclusiva y excluyente de los sistemas IA se proyecta, como se ha apuntado, en lo referente en la evaluación de perfiles para el diseño de itinerarios de inserción, en el acceso a las acciones de formación, así como en los propios programas y acciones formativas, que habrán de implementarse y desarrollarse con la referencia de la Propuesta de Reglamento IA, que incluye como de “alto riesgo” dichas herramientas también en el ámbito de la formación profesional (art. 6.2 y Anexo III. Ap.3. a-b).

Igualmente ha de ser valorado positivamente el abordaje legal de la formación especializada del personal de la Agencia Nacional de Empleo y los SEPE autonómicos (art. 30 LE), incorporando el compromiso del SNE de mantener una plantilla con perfiles técnicos y de gestión suficientemente especializados en el desarrollo de políticas activas de empleo para dar respuesta a las nuevas realidades y a los diferentes perfiles demandantes de ocupación, con mención específica a

las personas con discapacidad³⁷. Parece lógico que el requerimiento de que dicha formación o cualificación sea dinámica, esto es, adecuada a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas y, por tanto, incluya las competencias digitales para atender de forma específica y adaptada a los demandantes de empleo con discapacidad.

Finalmente, el art. 33 LE (“Sistema de formación en el trabajo”), sin perjuicio de remitir su regulación a su normativa específica, incluye la mejora de las competencias digitales entre sus fines (art. 33.2.c LE)³⁸, y, en garantía de este enfoque legal de formación en competencias digitales de los trabajadores ocupados debería aplicarse a fondo la negociación colectiva, cuya centralidad en la respuesta jurídica garantista ante los desafíos de la disrupción digital es incuestionable y necesaria³⁹.

3. IA Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

El derecho a la protección social tiene en caso de personas con discapacidad dos planos complementarios: por un lado, el acceso a las prestaciones del sistema público de Seguridad Social (nivel contributivo y asistencial) y, por otro, el derecho a acceder a los servicios sociales (de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre (art. 50.1 LGD), así como a las prestaciones del sistema de dependencia.

En este caso nos centraremos en el primer plano, el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, un aspecto importante a tener en cuenta en el análisis crítico de las políticas de inclusión de las personas con discapacidad. Según los datos facilitados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM) al final del año 2021 este colectivo representaba el 1,52% del total de afiliados a la Seguridad Social. Un porcentaje ligeramente superior al de 2020 (1,50%). Es precisamente la importancia creciente de este colectivo uno de los aspectos a destacar de los datos aportados por la Tesorería General de la Seguridad Social. El crecimiento que experimenta la afiliación de personas con discapacidad en 2021 es superior a la media nacional en 1,94 puntos porcentuales. Analizando el comportamiento de la afiliación desde una perspectiva temporal más amplia, se observa que 2020 es el año que registra una leve disminución desde 2015, tanto

³⁷ En virtud en este caso de la enmienda n.º 108, de los Senadores Cervera Pinart y Cleries i González (GPN), aprobada en el Senado, por la que se modifica el apartado 1 del art. 30 LE.

³⁸ El art. 33. c) LE establece, en la búsqueda de la efectividad de lo que también se configura ex lege como derecho-deber a la formación, una serie de fines, entre ellos: “mejorar las competencias profesionales de las personas trabajadoras y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente las competencias digitales y de sostenibilidad, que inciden en su desarrollo profesional y personal.”

³⁹ En este sentido, Cruz Villalón, J., op. cit.

para las personas sin discapacidad como para el colectivo objeto de este trabajo, tendencia negativa derivada de la crisis económica y del impacto de la pandemia covid-19, mientras que en 2021 se retoma la tendencia alcista.

Por tramos de edad, el incremento más importante de afiliación (17%) se produce en el tramo de edad de menores de 25 años, a bastante distancia del incremento experimentado por las personas de 45 o más años (6,03%) y de la franja de 25-44 años (1,36%), lo que supone un progreso notable en la ocupación de los jóvenes con discapacidad. Con todo, en términos absolutos, los datos revelan que la mayor parte de los afiliados con discapacidad son trabajadores con 45 años o más, y, en clave de género, el dato negativo es que en todos los tramos de edad, la afiliación de los hombres es superior a la de las mujeres.

En este orden de cosas, conviene aportar algunas reflexiones sobre la efectividad de la protección social de las personas con discapacidad a cargo del sistema de Seguridad Social y dilucidar la proyección que en este ámbito pueda tener la IA.

En primer lugar, debe admitirse que las características de nuestro modelo de Seguridad Social no contribuyen a la protección efectiva de situaciones de necesidad del colectivo. En efecto, se trata de un sistema basado principalmente en el principio de contributividad (sin perjuicio de la existencia del nivel asistencial o no contributivo) y por ello, tributario de un modelo tradicional de trayectorias laborales estables y de carreras de seguro de larga duración, que a día de hoy está en quiebra para los trabajadores en general y, en particular, para los trabajadores con discapacidad, por lo que resulta poco eficiente y efectivo.

Los datos estadísticos son bastantes reveladores en este sentido. Si nos atenemos a los ofrecidos en el Informe del Observatorio de Ocupaciones sobre el mercado de trabajo de las personas con discapacidad (2022), casi el 70% de la contratación laboral del colectivo en 2021 es temporal, amén de los contratos específicos para el fomento de empleo que también son de naturaleza temporal, mientras que en lo referente a la jornada de trabajo, casi el 40% son concertados a tiempo parcial. Pero es que si atendemos a la serie histórica de los últimos doce años, la tasa de temporalidad en el empleo de los trabajadores discapacitados ha tenido una tendencia alcista: desde el 83% del año 2007 al 88,47% correspondiente a 2021, al igual que ha sucedido con la tasa de parcialidad, con incrementos progresivos en la misma serie histórica: desde el 14,49% hasta el 20,49% de 2021 (una subida de seis puntos porcentuales). Temporalidad, parcialidad y prevalencia de empleos de baja cualificación conforman un escenario causante de las debilidades de la cobertura del sistema de protección social a los trabajadores discapacitados en lo concerniente a todas las prestaciones de la acción protectora, incluida el desempleo, por no hablar de los que quedan excluidos de las prestaciones básicas y solo amparados por el nivel no contributivo y ahora por el nuevo Ingreso Mínimo Vital, con un compleja y hasta ahora limitada cobertura frente a realidades como el desempleo de larga duración y la pobreza de este colectivo especialmente vulnerable.

Con esa premisa, ¿cuál es el impacto de la IA en el acceso a y la gestión de las prestaciones sociales públicas de las personas con discapacidad?

En el marco del objetivo de digitalización de las AAPP y de los servicios públicos, la de la Seguridad Social y, en general, del sistema de protección social en España se plantean como objetivos prioritarios desde la convicción de que la introducción de sistemas basados en IA para la gestión de los procesos de afiliación, cotización y prestaciones públicas para las personas con discapacidad reporta indudables ventajas de agilidad, celeridad y transparencia. Sin entrar aquí en la trayectoria seguida por los sucesivos Gobiernos para cumplir con este objetivo⁴⁰, nos centraremos en la actuación más reciente: el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (2021), en el que se sustenta el Proyecto tractor de digitalización de la Seguridad Social, que prevé inversiones con el objeto de avanzar en la automatización y mejora de los sistemas que dan soporte a los procesos de negocio del MISSM y la GISS, especialmente los vinculados a la afiliación, recaudación y cotización, maximizando la utilización de los servicios y herramientas comunes de la Administración; la digitalización de los trámites, la innovación y optimización de los procesos, así como la integración y explotación avanzada de información a gran escala proveniente de fuentes y organismos externos.

Pero sin perjuicio de los beneficios que la digitalización reporta aquí, tampoco están ausentes los riesgos. Por eso, la transformación digital de los procedimientos de Seguridad Social debe realizarse sin detrimento de los derechos de las personas con discapacidad, y, en este sentido, habrá que contar con las previsiones establecidas al respecto en la Carta de Derechos digitales, en busca de compaginar la introducción de tecnologías digitales con la garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la digitalización en el ámbito de las AAPP. Recuérdese que, concretamente, en lo relativo a los derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas (apartado XVI), la Carta reconoce el derecho de igualdad en el acceso a los servicios públicos y en las relaciones digitales con las Administraciones públicas para lo que se promoverán políticas públicas activas que garanticen el acceso todos a los sistemas y los procedimientos. Sin embargo, cuando se refiere a la universalidad y la neutralidad de las tecnologías usadas por las Administraciones públicas, así como a su diseño y uso conforme a los principios éticos e inclusivos de la Carta, es menos contundente supeditando este objetivo a criterios de oportunidad (“cuando sea posible”), garantías que se pretende extender a los proveedores de servicios que colaboren por medios digitales. Asimismo, el punto 6 contempla la reparación de los daños causados por actividades o decisiones digitales de las AAPP, por toda lesión que las personas físicas o jurídicas sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, de acuerdo con las leyes.

La problemática que engendra la IA en este punto es de enorme interés respecto al colectivo de la discapacidad. Así, el Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴¹ alerta también sobre

⁴⁰ Para una sistematización y análisis de las iniciativas legislativas para la digitalización de las AAPP, vid. Adsuara Varela, B.: “La Administración Digital del siglo XXI. Una visión de futuro”, en AA.VV.: Digitalización y protección social. 30 desafíos para 2030, Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS), 2021.

⁴¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Derechos Humanos ONU, cit.

los riesgos de efectos discriminatorios, desde la perspectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo que atañe al ámbito de la protección social (apartado 30). Así, advierte que la inteligencia artificial está transformando la relación del Estado con las personas con discapacidad, erigiendo a IA y a otras tecnologías emergentes en los custodios de las prestaciones de protección social y, en ese contexto, el acceso a determinadas prestaciones, como el subsidio por desempleo u otras prestaciones sociales públicas, puede verse restringido por sistemas IA si éstos se basan en conjuntos de datos sesgados y algoritmos discriminatorios.

Ante ese indubitado riesgo y teniendo en cuenta la prevalencia de la pobreza, incluso de la pobreza extrema, en el colectivo de la discapacidad, el Informe insiste en lo crucial de adoptar medidas que eviten que estos sistemas denieguen indebidamente a las personas con discapacidad el derecho a recibir prestaciones, subsidios, servicios y ayudas públicas. De lo contrario, advierte, podría quedar concernido el derecho reconocido en el art. 28 de la Convención (derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social). El derecho a la protección social se establece en el artículo 28, párrafo 2 de la Convención, y garantiza una serie de medidas que incluyen programas de asistencia para las personas discapacitadas que viven en la pobreza. Desde esa perspectiva, el Relator advierte que a medida que los Gobiernos avanzan hacia la adopción de decisiones basadas en la inteligencia artificial en los servicios y prestaciones financiadas por el Estado, prestaciones de seguridad social, de servicios sociales o ayudas específicas para hacer frente a los gastos relacionados con la discapacidad, esa adopción de decisiones puede producirse de forma opaca e incluso discriminatoria.

Esta problemática no nos resulta ajena. Baste recordar la surgida en la gestión del Ingreso Mínimo Vital (IMV), una prestación especialmente dirigida a colectivos vulnerables y en buena medida a personas con discapacidad, con un lamentable cúmulo de errores en el cálculo de la cuantía de la prestación correspondiente a los beneficiarios o en las solicitudes de devolución de cantidades indebidamente percibidas. En buena medida estas carencias obedecen a insuficiencia de personal, pero también a la brecha digital que sufren los colectivos más vulnerables que carecen o tienen graves dificultades de acceso al entorno digital en donde se desarrollan ya mayoritariamente estos procedimientos de Seguridad Social. No se trata, desde luego, de una cuestión baladí, como lo demuestra la reciente Recomendación del Consejo Europeo, de 23 de enero 2023, “sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa”⁴², que se centra en el objetivo de lucha contra la pobreza y la exclusión social promoviendo la regulación en los EEMM de una ayuda a la renta adecuada mediante una renta mínima, acompañada de medidas que faciliten el acceso efectivo de las personas que carecen de recursos a servicios esenciales y de capacitación, y la promoción de la inserción laboral de aquellas personas que pueden trabajar.

Precisamente por estar vinculados a situaciones de necesidad extrema, los regímenes de renta mínima deben ser accesibles para todos, por lo que habrá de

⁴² Diario Oficial UE, viernes 3 febrero 2023.

tenerse en cuenta, aquí con mayor motivo, la brecha digital a la hora de conceder acceso a la información y la asistencia, principalmente a través de herramientas en línea. Las repercusiones negativas de esta brecha son particularmente visibles para las personas con discapacidad y las personas mayores, para los que los procedimientos administrativos deben simplificarse con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades y una mejor integración de los servicios a través ajustes y adaptaciones.

Por ello, cobra aquí especial importancia la previsión, ya comentada, del art. 23 de la Ley Integral de Igualdad 15/2022, de “impulsar” el control de sesgos discriminatorios y auditorias en los sistemas algorítmicos aplicables en los procedimientos de las AA.PP, donde se incluyen indubitadamente los correspondientes a las entidades gestoras de la Seguridad Social, aunque lo deseable hubiera sido establecer obligaciones imperativas y no meras recomendaciones. Pero, además y sobre todo, la observación del principio de “Accesibilidad universal” que informa la LGD (art. 2. k LGD) y, en especial, la “accesibilidad cognitiva”, que se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. La accesibilidad universal presupone, a su vez, el cumplimiento del principio de “Diseño universal o diseño para todas las personas” (art. 2. l. LGD), que exige que los procesos y herramientas puedan ser utilizados por todas las personas en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado, si bien ello no excluirá los “productos de apoyo” para grupos particulares que los necesiten, donde entran obviamente las personas con discapacidad. En consecuencia, en todos los procedimientos de Seguridad Social relativos a prestaciones basados en IA debería garantizarse la accesibilidad cognitiva (art. 23.1 en relación con el art. 28 1-3 y 29 bis LGD) y, en su caso, los apoyos complementarios necesarios para personas con discapacidad (art. 23.2.c LGD). En caso contrario, la falta de accesibilidad y diseño universal, y, en su caso, la denegación de apoyos o ajustes producirían un resultado discriminatorio para las personas con discapacidad que activaría la aplicación del régimen de tutela reparadora previsto en los arts. 25 a 30 de la Ley 15/2022, integral de Igualdad.

Finalmente, es importante traer aquí a colación que en la Propuesta de Reglamento europeo de Inteligencia Artificial los sistemas digitales basados en IA que se implementen en las AAPP para la gestión de servicios públicos son considerados también de “alto riesgo” (Anexo III.5.a), lo que implica la exigencia de un marco regulatorio con un plus de restricciones y controles previos (disponibilidad, cantidad e idoneidad de los datos requeridos, transparencia e información a los usuarios) para preservar la indemnidad de los derechos fundamentales de los mismos. La Propuesta de Reglamento incluye específicamente a los sistemas destinados a ser “utilizados por las autoridades públicas para evaluar el derecho a prestaciones y servicios de asistencia pública, así como para conceder, revocar o reclamar dichas prestaciones y servicios” es decir, las prestaciones del sistema de Seguridad Social, Asistencia Social y del Sistema de dependencia, en definitiva, del conjunto del sistema de protección social.

4. CONCLUSIÓN FINAL

A modo de conclusión final, en lo relativo al impacto de las tecnologías IA en el empleo la protección social de las personas con discapacidad la clave reside en que Estados, instituciones internacionales y europeas, expertos en derechos humanos, organizaciones de personas con discapacidad, la sociedad civil y los agentes privados converjan en la consecución de un marco regulatorio realista y efectivo que sitúe la tutela de los derechos de las personas con discapacidad, en particular el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en el centro del desarrollo y aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo. En este sentido, los avances de nuestro ordenamiento jurídico aportados por la reciente reforma de la LPD, la Ley integral de igualdad 15/2022 y en menor medida la nueva Ley de Empleo 3/2023, resultan insuficientes por no incorporar expresa y específicamente la discriminación algorítmica como nueva forma de discriminación y, por ello, fracasan en el cumplimiento del objetivo del legislador: incorporar las nuevas formas de discriminación y dotar de una tutela integral y eficaz a las personas trabajadoras en general y, en particular al colectivo de las personas con discapacidad frente a los crecientes desafíos de la IA en el ámbito del empleo y de la protección social.

No se trata de prohibir el uso de la tecnología automatizadora por parte de empresas y de las Administraciones Públicas en las relaciones de trabajo y en los procesos relativos a acceso a la prestaciones sociales públicas, puesto que sus ventajas no son desdeñables en el plano de la inclusión, sino de contar con marco regulatorio que obligue a empleadores y gestores públicos a seleccionar con responsabilidad y rigor la tecnología IA a utilizar para la adopción de decisiones automatizadas antes de su adquisición y después, a su sometimiento regular, durante toda su vida útil, a controles o auditorias de impacto discriminatorio, máxime si van a afectar a colectivos vulnerables como el de la discapacidad (tutela preventiva ex ante). Además y sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que los sistemas IA lesionen el derecho de igualdad y no discriminación, la tutela jurídica ex post habrá de ser integral y efectiva (restitutoria, reparadora y disuasoria) y basada en la responsabilidad objetiva por el resultado discriminatorio. Las últimas normas que conforman el sistema jurídico español antidiscriminatorio aportan algunos pero insuficientes elementos de progreso en este sentido, por lo que sus clamorosas lagunas respecto a los sistemas IA deberán ser integradas, llegado el caso, por la labor interpretativa integradora y evolutiva de nuestros jueces y tribunales sociales a la luz de la Carta de Derechos Digitales y al Reglamento IA, pese a sus también señaladas debilidades. Esta es la única vía posible para que la digitalización mejore, en lugar de socavar, la razón de ser del Estado de Derecho⁴³, sobre todo cuando afecte a colectivos vulnerables.

⁴³ BARRIO ANDRÉS, M.: “El nuevo paradigma del Estado algorítmico de Derecho”, en AA.VV.: *Digitalización y protección social. 30 desafíos para 2030*, Gerencia de Informática de la Seguridad Social (GISS), 2021.