

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, BIDGATA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

ARTIFICIAL INTELLIGENTE, BIGDATA AND WORKERS'S RIGHT TO DATA PROTECTION

Olimpia Molina Hermosilla

*Profesora Titular (acreditada como Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

olimpiam@ujaen.es ORCID [0000-0002-1946-6682](https://orcid.org/0000-0002-1946-6682)

Recepción de trabajo: 19-02-2023 - Aceptación: 3-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 89-117

- 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. ■ 2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO PROTECTOR EN LOS ENTORNOS LABORALES DIGITALIZADOS.
- 3. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: SU EFICACIA EN EL ÁMBITO DIGITAL LABORAL. ■ 4. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN NUESTRO DERECHO INTERNO. ■ 5. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA IA DESDE EL ÁMBITO EUROPEO.
- 5.1. Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital. 5.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA.
- 6. A MODO DE CONCLUSIONES. ■ 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente estudio propone una reflexión sobre cuál es el impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos, están teniendo en el derecho fundamental de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su privacidad. A su vez, se aportan elementos para construir una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda salvaje del incremento de la competitividad y beneficio empresarial.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, bidgata, derecho a la protección de datos y privacidad.

ABSTRACT

This study proposes a reflection about the real impact that the dizzying advances in the field of Artificial Intelligence and Bigdata in the systems productions have on the data protection basic right of workers. In turns, elements are provided to build an integrating vision of these advances in the labour relations, wich respects the fundamental rights of workers, banishing wich responds to the wild search to increase competitiveness and business profit.

KEYWORDS: artificial intelligence, bidgata, privacy right.

“Estaremos realmente atrapados con la tecnología cuando lo único que queramos sean cosas que funcionen”

Douglas Adams

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Los sistemas de inteligencia artificial (IA en adelante) han sido definidos como “sistemas software (y posiblemente también hardware), diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en el entorno físico o digital, percibiendo el entorno a través de la adquisición de datos, interpretándolos y procesando la información derivada de estos datos, para decidir la(s) mejor(e) acción(es) a realizar para alcanzar el objetivo perseguido”¹.

Junto al desarrollo que estas técnicas de IA han alcanzado en nuestros días, aparece también la técnica Bigdata (BD en adelante), consistente en la extracción y manejo de datos que permiten realizar predicciones sobre el comportamiento futuro de las personas. Estas técnicas de BD se convierten en la esencia de la IA, permitiendo obtener información personal más allá de la proporcionada o disponible.

El estado evolutivo que presentan en la actualidad los sistemas de IA y BD hacen posible combinar entre sí y al instante, datos procedentes de distintas fuentes, tomando en consideración metadatos, datos personales sean o no sensibles, datos no personales, que pueden ser recabados tanto durante el desarrollo de la actividad laboral como incluso fuera de la misma. Al mismo tiempo, posibilita la reutilización de la información laboral de cara a la elaboración de perfiles y adopción de decisiones automatizadas con efectos sobre las personas trabajadoras, que quedan de este modo, a partir de un eventual análisis de sus características de actitud y aptitud, sometidas a una predicción en torno a su comportamiento o estados futuros.

Ambas técnicas están siendo las principales precursoras de la Revolución Industrial a la que estamos asistiendo en nuestros días, la llamada “Cuarta Revolución”², también conocida como “Revolución 4.0”, la cual está afectando sustancialmente a múltiples aspectos de la sociedad. La especialidad de esta transformación en relación con los procesos anteriores, la virulencia y velocidad con la que esos cambios se instalan ahora en nuestros sistemas productivos carece, por completo, de precedentes³.

1 Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.

2 Gómez Salado, M.A., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2021.

3 Mercader Uguina J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

En este sentido, su especialidad consiste en su potencial para llegar a redefinir el futuro del trabajo, llegando a cuestionar y limitar la propia dignidad de las personas trabajadoras y más ampliamente, de la sociedad, lo cual, pasa por impedir el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales, en pro de la obtención de la máxima rentabilidad y competitividad posible. Este enfoque se hace acompañar de un determinismo tecnológico respecto del cual solo cabe "adaptarse y plegarse"⁴.

La gestión laboral a través de los mecanismos que permiten la IA y BD irá incrementándose en los próximos años⁵. Por tanto, el objetivo a alcanzar debe orientarse a defender el avance sincronizado entre la aplicación de las innovaciones tecnológicas al ámbito de las relaciones laborales y el respeto y profundización en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, como expresión de los valores sobre los que se construyen las sociedades democráticas⁶.

Pero frente a esta visión integradora, no podemos obviar que se opone con fuerza la propia esencia de la relación de trabajo, cuya construcción descansa sobre el elemento de contraposición de intereses y de poderes asimétricos entre las partes. De esta forma, la empresa aparece considerada como una organización donde se ejerce un poder entre privados, frente al cual, la persona trabajadora debe defenderse, a través del ejercicio de sus derechos fundamentales generales y los específicamente sociales⁷. De modo que, si bien es cierto que los derechos humanos en el entorno laboral, en particular, se encuentran normativamente reconocidos al máximo nivel, no podemos obviar que se encuentran continuamente amenazados en su eficacia real, a múltiples niveles⁸.

Y en efecto, la recepción de estos avances tecnológicos en el ámbito de las relaciones laborales por el momento, nos está mostrando la cara menos amable de esta nueva realidad, que está suponiendo un cambio paradigmático en los fundamentos del trabajo, del Derecho y de la sociedad en su conjunto, que necesita ser abordado en su integridad, para comprender y poder abarcar los profundos desafíos que plantea⁹.

4 Monereo Pérez, J.L., "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social", *Rivista di studi y documentazione su' l'integrazione europea Ionline*, 1/2022, págs. 1-48.

5 El propio Ministerio de Trabajo ha recurrido a la implantación de estos sistemas basados en IA y BD, con el objetivo de que la Inspección de Trabajo pueda cruzar los datos existentes en Seguridad Social, Hacienda y el Servicio Público de Empleo Estatal para el control de la legalidad de los contratos de trabajo que se formalicen en nuestro país. Fuente: Expansión Economía <https://www.expansion.com/economia/2022/10/18/634dab89468aebbe6a8b459b.html>

6 Monereo Pérez, J.L., "Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo" en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S., Dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares, Granada, 2021, pág. 13.

7 Monereo Pérez, J.L., "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social", *Rivista di studi y documentazione su' l'integrazione europea Ionline*, 1/2022.

8 Monereo Atienza, C., Monereo Pérez J.L. y Aguilar Calahorra, A. (Coords.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014.

9 Bini, E., *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 16.

Y así, resulta evidente que con la implantación de nuevos desarrollos de IA y BD en los sistemas productivos, las empresas experimentan transiciones estructurales, cambios de distinta intensidad¹⁰. Todo ello redimensiona las relaciones de poder en la empresa de nuestros días, que se expresa en nuevas formas de subordinación a las que quedan sometidas las personas trabajadoras, cada vez más sofisticadas.

Pero es más, la capacidad y desarrollo actual de estos sistemas, permite ejercer este control y subordinación, no ya sólo en el transcurso de la relación laboral, sino alejada de los contornos o márgenes de ésta, posibilitando lo que se ha venido a denominar el control biopolítico, que se desarrolla fuera de los entornos físicos o digitales de la organización productiva, pudiendo extenderse al conjunto de consumidores finales de los servicios y bienes que produce la empresa y, por tanto, a la sociedad en su conjunto.

Estaríamos así, ante lo que se ha venido a denominar “la era del capitalismo de la vigilancia”, que se nutre de la experiencia humana como materia prima para la predicción de datos de comportamiento, convirtiéndose así en un codiciado producto en el mercado¹¹. De esta forma, el objeto de mercantilización no son sólo los datos, sino también los “modelos predictivos” conductuales, que permiten obtener grandes beneficios empresariales, a través de ventajas competitivas.

En definitiva, la experiencia humana se mercantiliza y llega a cuestionar la efectividad de los derechos fundamentales, no ya sólo de las personas trabajadoras, sino de la sociedad en su conjunto, pudiendo ejercer el poder y control sobre una gran parte de la población, con capacidad de modificar sus comportamientos, con el grave riesgo que ello puede llegar a suponer para los valores de la democracia, pudiendo llegar a manipular la libertad hasta límites desconocidos¹².

Son muchos, como se puede advertir, los cambios, las transformaciones y los retos que plantea el recurso a estas técnicas de IA y BD en el ámbito de la relación de trabajo, y más en concreto, para el propio respeto y vigencia a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Estos riesgos son percibidos desde todas las instancias gubernamentales, tanto en nuestro ámbito interno como

10 En palabras del prof. Monereo Pérez este proceso podría concebirse como metamorfosis, ya que permite apreciar los procesos de cambio no como un proceso continuo y regular, sino como un proceso marcado por transformaciones abruptas. Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

11 Zuboff, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, Paidós, Madrid, 2020, pág. 179 ss. Para el autor, los rasgos fundamentales de este capitalismo de la vigilancia son: 1. Nuevo orden económico basado en la experiencia humana como materia prima gratuita, enfocada a prácticas comerciales de extracción, predicción y venta. 2. Nueva arquitectura global de modificación conductual. 3. Estructuras capitalistas caracterizadas por concentraciones sin precedentes de riqueza, conocimiento y poder. 4. Economía de la vigilancia. 5. Amenaza para la propia naturaleza humana del siglo XXI equiparable al capitalismo industrial en los siglos XIX y XX. 6. El poder impone su dominio basado en la certeza absoluta. 7. Expropiación de derechos humanos básicos.

12 Monereo Pérez, J.L., “Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social”, *Rivista di studi y documentazione su’l’l integrazione europea*, op. cit. pág. 29.

internacional. En concreto, por lo que respecta al ámbito interno, ha supuesto en nuestro país la reciente creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial¹³.

Por parte de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales se ha realizado un análisis respecto a cuáles son los derechos fundamentales más afectados por la implantación de sistemas de IA, partiendo de aquellos que aparecen reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El resultado de este informe evidencia la mayor afectación que sufren los derechos a la dignidad humana, la intimidad, la privacidad y protección de datos y la igualdad y no discriminación, como resultado de la aplicación que actualmente se están haciendo de estos sistemas¹⁴.

2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS: DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO PROTECTOR EN LOS ENTORNOS LABORALES DIGITALIZADOS

El derecho a la a la protección de datos aparece reconocido en el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho dotado de sustantividad frente a otros derechos fundamentales con los que mantiene evidentes nexos de unión, como puede ser el derecho a la intimidad. Por tanto, no existe una coincidencia absoluta entre los datos personales y la intimidad, por lo que en la práctica, unos hechos determinados pueden suponer la vulneración de uno de estos derechos, sin que sufra menoscabo el otro¹⁵.

Esta sustantividad también resulta evidente en el tratamiento que nuestra Constitución (en adelante C.E) dispensa a este derecho. Así, el derecho a la privacidad y su íntima conexión con la protección de datos personales encuentra acomodo en el art. 18.4 C.E, mientras que la garantía del derecho a la intimidad se encuentra en el apartado 1º de este mismo precepto.

13 Creada a través de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2022, de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes, de 21 de diciembre. Se trata de un nuevo organismo público estatal, con sede en A Coruña, adscrito a la Administración General del Estado, que aparece dotado de potestades inspectoras y sancionadoras. Entre los múltiples fines que asume destaca la supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan IA y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales.

14 European Union Agency for Fundamental Rights, *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.

15 García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A, "La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, pág. 36.; López Balaguer, M. y Ramos González, F., "Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, pág. 506-540.

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo a raíz de su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre¹⁶, ha contribuido a construir la tesis que defiende la sustantividad propia de cada uno de estos ámbitos de protección que, posteriormente, ha recogido la jurisprudencia laboral¹⁷. Considera el Intérprete Constitucional que, si bien ambos derechos comparten el fin último de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, sin embargo, presentan distinto objeto. Y así, mientras el derecho a la intimidad extiende su garantía a la intimidad constitucionalmente protegida a los datos íntimos de la persona, el derecho fundamental a la protección de datos, amplía aquella garantía constitucional, extendiéndola a aquellos datos que sean relevantes o tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales. Consecuentemente, cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, quedan dentro del objeto de protección del derecho previsto en el art. 18.4CE. En definitiva, sirve para proteger todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que pueda constituir una amenaza para el individuo.

Desde esta perspectiva, se considera que la intimidad protege la esfera más reservada de las personas, mientras que la privacidad abarca facetas de la personalidad que, aunque aisladamente consideradas puedan carecer de significación, enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado¹⁸. En este sentido, el ámbito reservado a la privacidad resulta considerablemente más amplio que el correspondiente a la intimidad.

El ejercicio de los derechos fundamentales y su posible modulación en el ámbito de las relaciones laborales no es por tanto una materia ni mucho menos novedosa. Por el contrario, se trata de una cuestión que ha venido preocupando y ocupando a nuestra doctrina científica. La novedad reside, más bien, en la necesidad que se deriva de la implementación de los actuales avances tecnológicos, consistente en establecer un justo equilibrio entre el uso de las legítimas facultades empresariales y el respeto a este derecho a la privacidad y protección de datos de las personas trabajadoras, tanto en el ámbito del trabajo, como en su vida privada¹⁹.

Por tanto, pese a que viene siendo objeto de estudio, no se trata de una labor que podamos considerar culminada, sino que necesariamente, se encuentra inconclusa y sometida a su constante revisión debido, precisamente, a las posibilidades y avance que presentan en nuestros días, principalmente el desarrollo de sistemas de IA combinados con tecnologías BD aplicadas al ámbito laboral, que provocan la necesidad permanente de reajustar los inestables límites de este ansiado equilibrio en un espacio de tiempo y lugar determinado.

¹⁶ BOE 4 de enero 2001.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Sala IV 111/2018, de 7 de febrero (Rec. 78/2017).

¹⁸ Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed. Francis Lefebvre. Claves Prácticas, Madrid, 2019, pág. 23.

¹⁹ Adams-Prassl, J., "When your boss comes home", *C4E The future of work in the age of automation and IA*, 2020, pág. 5 y ss.

Y es que esta necesidad de ajuste y reequilibrio lejos de ser temporal está llamada a convertirse en estructural de las relaciones humanas de trabajo, puesto que nos encontramos ante un desarrollo incipiente de las posibilidades que presenta la IA, de la cual, por el momento, sólo conocemos una parte, lo que se denomina IA específica o débil, consistente en realizar una tarea concreta en un entorno predefinido, pero sin capacidad de adaptarse a cambios sobrevenidos, ni dotados de conciencia o conocimiento profundo sobre sí mismos, ni sobre lo que están realizando. Junto a este desarrollo inicial de la IA que estamos conociendo en nuestros días, ya han sido definidos estados más evolucionados de la misma, denominados IA general y super-inteligencia²⁰.

El debate científico que ha de ocuparnos, por tanto, no puede entroncarse en la dicotomía entre los argumentos a favor y en contra de los avances que posibilita la IA y BD en el ámbito de la relación laboral, sino que debemos dirigir nuestros esfuerzos a colmar las lagunas e incertidumbres que abre la regulación que por el momento, ofrece tanto nuestro Derecho Interno, como a nivel supranacional, en el ámbito de la protección de este derecho fundamental de las personas trabajadoras, que puede quedar seriamente comprometido por la implementación de estos sistemas.

3. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: SU EFICACIA EN EL ÁMBITO DIGITAL LABORAL

El Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD), en su art. 88 y el considerando 155 de su Exposición de Motivos, viene a proclamar por primera vez, la plena aplicación del tratamiento de la protección de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. Por tanto, resulta inevitable la toma en consideración de esta normativa europea con el fin de dispensar una protección eficaz a este ámbito de la privacidad de las personas trabajadoras.

La propia Exposición de Motivos del RGPD, aunque parte del reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales, recuerda que no estamos ante un derecho absoluto, puesto que el tratamiento de estos datos está concebido para servir a la humanidad (considerando 4), admitiendo la posibilidad de que quede sometido a sacrificios proporcionados, a fin de asegurar que su ejercicio devenga compatible con el de otros derechos fundamentales, entre los que expresamente se menciona a la libertad de empresa.

20 Del Jesus Diaz, M.J., *Inteligencia artificial y datos para la sociedad. Lección Inaugural pronunciada con ocasión de la solemne apertura del Curso Académico 2021-2022*, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén, 2021. En este orden evolutivo, distingue la autora IA general o fuerte, que haría referencia a los sistemas dotados de inteligencia humana y, por tanto, capaces de realizar cualquier tarea que pueda realizar un ser humano. Por su parte, la super-inteligencia haría referencia a la inteligencia que supere ampliamente el desarrollo cognitivo del ser humano en cualquiera de los ámbitos de interés.

Esta regulación se orienta a proteger la privacidad de las personas en general, defendiendo su contemplación desde el mismo diseño de los sistemas automatizados (art. 25 RGPD), poniendo el acento en la responsabilidad proactiva del usuario de estos datos (art. 24RGPD), quien deberá adoptar, sobre el criterio de ponderación, las medidas técnicas y organizativas más adecuadas en cada caso, al objeto de garantizar el respeto a la protección de datos y su demostración (art. 5.2 RGPD). En caso contrario, podrán derivarse responsabilidades, tanto de naturaleza administrativa como civil patrimonial, a través en este último caso del reconocimiento de indemnizaciones (art. 82 RGPD) basadas en el principio de responsabilidad objetiva por los incumplimientos normativos.

Este modelo europeo de privacidad establece dos garantías esenciales, cifradas en el control humano y la transparencia algorítmica. La primera conlleva la prohibición general de adoptar decisiones completamente automatizadas, sin intervención humana significativa, que produzcan un impacto real y relevante sobre las personas interesadas. Junto a ella, la garantía de transparencia trata de articular el derecho a una explicación conducente a que la persona interesada pueda conocer y comprender cómo y en base a qué se han adoptado las decisiones que le afectan.

La privacidad adquiere así una amplia dimensión en el contexto digital, que abarca una protección frente a la utilización de datos personales que, aparentemente pueden resultar inocuos, pero que combinados, pueden dar lugar a un perfilado de la persona, por lo que se considera que estamos ante un derecho fundamental de tercera generación²¹. Por tanto, se trata de un derecho reforzado, debido también a su constitucionalización a nivel europeo (art. 8 CDFUE) y se convierte en un derecho que opera más allá de los márgenes de la esfera privada. De este modo, la expectativa razonable de privacidad se reconduce a los márgenes del cumplimiento legal exigidos desde la normativa europea y estatal que lo regule²².

Estas exigencias trasladadas al ámbito de la utilización de técnicas de BD e IA en entornos digitales laborales, suponen la necesidad de contemplar el diseño de una política de privacidad en la empresa desde el origen, como componente esencial, que comporte medidas técnicas y organizativas, tanto en el momento de seleccionar los medios de tratamiento de datos, como a la hora de desarrollar el mismo, garantizando que sólo sean objeto de tratamiento los mínimos datos necesarios para cada fin específico (art. 5 RGPD) y sometida, por tanto, a procesos de auditorías²³.

La posibilidad de auditar los sistemas de IA adquiere así un matiz esencial, puesto que estos sistemas de auditorías, tanto internos como externos, y la disponibilidad de los informes emitidos como resultado de los mismos, contribuyen en gran medida a aumentar la fiabilidad de la tecnolo-

21 Pérez Luño, A.E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AA.VV. (Losado, M.G., Pérez Luño, A.E. y Guerrero Mateus, M.F., Dirs.), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 142 y ss.

22 Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible" en AA.VV. (Baz Tejedor, J.A., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021, págs. 316-349.

23 Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible" en *Los nuevos Derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, op. cit., págs. 328-329.

gía implantada. El valor que adquieren estas auditorías externas resulta si cabe, más apremiante, en el caso en que las aplicaciones afecten a los derechos fundamentales, tanto como herramienta de control, como de transparencia²⁴.

Esta política específica de privacidad debe responder de forma adecuada a las condiciones en que se desarrolle la propia prestación de trabajo, así como a la naturaleza de los datos que puedan resultar afectados por esta gestión. En este sentido, en los casos en que esta prestación laboral se realice en condiciones de movilidad o teletrabajo, la política específica de privacidad habrá de contemplar las necesidades y riesgos concretos que se hacen derivar del acceso a los recursos de la empresa desde espacios que escapan al control de la misma²⁵. De igual forma, será necesario graduar la intensidad protectora, atendiendo a la naturaleza de los datos que resulten afectados, de modo que se garantice a aquellos que merecen el calificativo de especialmente sensibles, una protección reforzada, basada en el principio general de prohibición de su tratamiento (art. 9 RGPD), salvo que concurren determinadas excepciones²⁶.

En este entramado de garantías que ha de rodear el recurso a sistemas de BD e IA en el ámbito laboral, resulta también imprescindible referirse a las herramientas para dar cumplimiento y demostrar la adopción de esta política de privacidad específica y adecuada a la que nos venimos refiriendo, a lo cual se orientan los códigos de conducta y los mecanismos de certificación (art 25.3 RGPD). Con estos instrumentos se trata de generar la confianza necesaria entre los afectados, en que existen mecanismos dirigidos a tutelar su privacidad desde el propio diseño, evaluándose los riesgos y adoptándose las medidas que resulten necesarias para mitigarlos, hasta su completa eliminación. Sin embargo, el juego de estas herramientas puede verse limitado en el ámbito laboral, para favorecer precisamente la participación de las propias personas trabajadoras, lo cual, trata de articularse a través de los derechos de información y consulta atribuidos a su representación (art. 35.9 RGPD), como de negociación colectiva no sólo a nivel sectorial sino también incluso a nivel de empresa (Considerando 155 y artículo 88 RGPD). Todo ello son expresiones de la preferencia que la norma comunitaria presenta por la gestión colectiva de la privacidad de las personas trabajadoras²⁷.

Por tanto, la regulación que ofrece el RGPD facilita el tratamiento de datos en el ámbito laboral, lo cual resulta coherente con el principio de favor que inspira esta normativa europea, hacia los modelos de negocio digitales y los flujos de datos transnacionales. Sin embargo, ello no es óbice como

24 Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, pág. 103 y ss.

25 Agencia Española de Protección De Datos. *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/nota-tecnica-proteger-datos-teletrabajo.pdf>.

26 Del Val Tena, A.L., "Categorías especiales de datos personales en el ámbito de la relación de trabajo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021, págs. 148-185. Respecto a la paradoja que el marco normativo europeo presenta en el tratamiento de estos datos especialmente sensibles frente a los datos personales comunes, Vid. Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras...* op. cit. pág. 118.

27 Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible", op. cit., pág. 330. La propia Agencia Española de Protección de datos ha tomado como referencia en ocasiones esta intervención de la negociación colectiva. Vid. Informes AEPD 252/2006, 0154/2010 y 0384/2010.

vemos, para que establezca límites explícitos, consistentes en la exigencia de medidas adecuadas y específicas para preservar los intereses legítimos y los derechos fundamentales de las personas implicadas²⁸.

Más en concreto, por lo que interesa al ámbito específicamente laboral, el alcance que puede llegar a tener esta normativa europea, cuando encomienda a los Estados la posibilidad de establecer “normas específicas” para proteger los derechos y libertades de las personas trabajadoras en relación al tratamiento de sus datos personales (art. 88 RGPD), está siendo en la actualidad objeto de valoración en el seno del TJUE, en el marco del Asunto C 34/21 (*Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kulturministerium*)²⁹, el cual puede llegar a representar un punto de inflexión en el tratamiento que los distintos Estados miembros han venido dispensando a esta materia a través de sus respectivas normativas nacionales, así como en la interpretación que de las mismas vienen haciendo los respectivos órganos jurisdiccionales. Se trata de la primera vez que el TJUE tiene ocasión de pronunciarse sobre este aspecto, de ahí el interés y expectativas que ha suscitado este pronunciamiento, a tenor además de las Conclusiones formuladas por el Abogado General Campos Sánchez Bordona, que fueron presentadas el 19 de enero de 2023³⁰.

Lo cierto es que ya desde el mismo momento de su entrada en vigor, se pusieron de manifiesto las deficiencias que presenta este RGPD para erigirse como baluarte de la protección de la privacidad de las personas trabajadoras³¹, lo cual, se evidencia especialmente ante las posibilidades flexibilizadoras que permite el art. 6.4 RGPD, al ofrecer una posible cobertura jurídica a la reutilización de la información de las personas trabajadoras obtenida o extraída mediante técnicas de IA y BD. En este sentido, el RGPD no extiende el nivel de garantías que establece hasta los datos inferidos. Sin duda, ello representa un riesgo de afectación sin precedentes a los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad y la protección de datos personales. Una afectación que se retroalimenta y es que, cuantos más datos puedan conocerse o inferirse de las personas, mayor será el impacto sobre la esfera de su intimidad y privacidad³².

28 Baz Rodríguez, J., “Los derechos digitales de la ciudadanía laboral en la era postpandémica. Coordinadas institucionales y perspectivas de futuro (¿inmediato?)”, en AA.VV. (Baz Rodríguez, J., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 20-41.

29 Esta cuestión prejudicial fue planteada el 20 de enero de 2021 por el Tribunal administrativo de Wiesbaden, en la que se solicita que el TJUE determine si una normativa estatal del Land de Hessen, contiene una norma específica en materia de protección de datos de los empleados y al mismo tiempo, si ello resulta compatible con el art. 88 RGPD.

30 Disponibles en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62022CC0141> En concreto, defiende el letrado en sus conclusiones que el art. 88.2 RGPD representa un mínimo indisponible de protección para los derechos internos de los distintos Estados miembros, susceptible en todo caso de mejora, si se opta por reforzar esta dimensión protectora, a través de “normas más específicas de garantía”.

31 Al tratamiento específico de esta materia aparece dedicada la guía realizada por la AEPD sobre *La protección de datos en las relaciones laborales* publicada en el año 2021 y disponible en <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-publica-guia-pd-y-relaciones-laborales>

32 Gines I Fabrellas, A., “Gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos” en *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 295-320.

En este sentido, se ha llegado a afirmar que nunca antes este derecho fundamental a la privacidad, se habría encontrado tan amenazado como en la actualidad, debido al tratamiento permanente e indiscriminado de datos personales de los que se nutre la vida social y económica³³. Las amenazas a esta privacidad no consistirían ya solamente en la posibilidad de que un dato relativo al ámbito de la esfera privada quede revelado públicamente, sino en la multiplicación de los usos posteriores a los que, como vemos, pueda destinarse la información recabada inicialmente.

Con ello surge otro problema y es que la protección de este derecho descansa sobre la piedra angular de su dimensión individual, promoviendo la autoprotección de la persona titular de estos datos, que ha de ser consciente y conocedora de los riesgos que un uso indebido entraña para su privacidad, actuando mediante el uso diligente y responsable de los mismos. De esta manera en el ámbito laboral, la persona trabajadora no aparece concebida únicamente como sujeto protegido, sino que también en la lógica del RGPD, aparece como sujeto obligado, pasando a ser considerada en definitiva, como factor de riesgo para la seguridad de los datos personales de las demás partes interesadas, ya sea la propia empresa, el resto de personas trabajadoras, clientes, proveedores, etc, resultando la empresa obligada a responder de las posibles actuaciones negligentes del trabajador en esta materia³⁴.

Existe consenso al considerar que con el RGPD se ha perdido una gran oportunidad de regular con carácter específico el ámbito laboral, dado que es en este ámbito, donde más radicalmente se muestran esta nueva tipología de conflictos entre los poderes tecnológicos y los derechos fundamentales de las personas³⁵. Sin embargo, la opción legislativa seguida ha preferido no ofrecer esta regulación específica y dejarlo a la libre decisión de los legisladores nacionales o interlocutores sociales, según los casos (art. 88 RGPD), con el consiguiente riesgo ya materializado de fractura en el tratamiento existente entre distintos estados miembros de la UE.

El RGPD presenta una naturaleza que podríamos denominar dual, y es que, pese a que tiene como objetivo fundamental la protección de datos personales, también se orienta significativamente a no obstaculizar el flujo de estos datos, siempre que se respeten las debidas garantías en cada caso. Por tanto, trata a toda costa de evitar limitar el próspero mercado interior de datos europeo, el cual, según las estimaciones realizadas por el propio Parlamento Europeo³⁶, aporta 51,600 millones

33 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de la gestión y garantías*, Bomarzo, Albacete, 2021, pág. 21.

34 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de pos(covid)19: entre eficiencia de gestión y garantías*, op. cit., pág. 96. Esta obligación de gestión digital diligente de las personas trabajadoras exigirá como contrapartida, su necesaria capacitación digital, con el fin de que pueda desplegar esta obligación de manera correcta y con garantías, y ello como aplicación al ámbito laboral del derecho a la educación digital (art. 83 LOPDGDD) y condición del propio derecho a la seguridad digital (art. 82 LOPDGDD).

35 García Quiñones, J.C., "Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 1251-1261. Defiende el autor la necesidad de emprender esta regulación decidida en el ámbito de la Unión Europea.

36 Parlamento Europeo: *Protección de datos personales*. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>

de Euros al PIB de la Unión Europea, así como ofrecer seguridad al tratamiento de datos que respondan a intereses legítimos de los encargados de este tratamiento o de terceros. De esta forma el tratamiento de datos cada vez más extendido a lo largo y ancho de la gestión empresarial europea se convierte en una “mina de gestión laboral eficiente”, que permite mayores rendimientos con menores costes³⁷.

Por el momento, resulta evidente que la implantación de sistemas de IA y BD en la gestión laboral plantea problemas hermenéuticos y normativos, junto a errores y sesgos de carácter eminentemente técnico que estos sistemas pueden presentar³⁸, frente a los cuales, las respuestas desde el ámbito jurídico no están surgiendo a la misma velocidad a la que avanza esta tecnología, ni en cuanto a su regulación, ni por lo que respecta a las consecuencias de sus incumplimientos, ni tampoco por lo que aquí más nos interesa, sobre el impacto que pueden llegar a desplegar en el ámbito de los Derechos fundamentales.

Sin duda el RGPD fue un hito normativo que ha permitido logros en el tratamiento y utilización de datos personales, pero que resulta demasiado genérico e impreciso en muchos aspectos y que pronto ha evidenciado sus límites para su correcta implementación en el ámbito concreto de la IA y BD, especialmente en el ámbito de las relaciones laborales³⁹.

4. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento interno, el art. 18.4 CE configura como sabemos, el derecho fundamental a la protección de datos personales, cuyo objeto excede el ámbito propio de los datos íntimos de la persona, hasta abarcar cualquier tipo de dato, cuyo conocimiento o uso por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales⁴⁰.

Así mismo, contamos desde hace casi un lustro con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), que es

37 Molina Navarrete, C. “Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente”. Op, Cit. pág. 9.

38 Para una profundización en estos errores de carácter técnico, que pueden dar lugar a correlaciones falsas entre las distintas variables analizadas, Vid. Baz Tejedor, J.A., “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”, en AA.VV. (Baz Tejedor, J.A., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021, págs. 316-349.

39 Valls Prieto, J., *Inteligencia artificial, Derechos Humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters, Navarra, 2021, págs. 71-84.

40 González Díaz, F.A., “Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 451, 2020, pág.153.

la encargada de llevar a cabo la adaptación a nuestro Derecho interno del RGPD. En concreto, por lo que respecta al ámbito laboral, esta adaptación se realiza a través de su Título X, dedicado a la garantía de los Derechos digitales. Se trata de un Título que no estaba incluido originariamente en el texto del proyecto de esta ley, sino que fue el resultado de enmiendas transaccionales en un contexto de fuerte crispación política e institucional.

Desde su aprobación, son muchas las críticas que ha venido recibiendo el tratamiento que esta norma específica dispensa en el ámbito laboral y que tratan de poner de manifiesto su incapacidad para responder a los riesgos que plantea la protección de datos de las personas trabajadoras en los contextos laborales actuales, caracterizados por una intensa datificación⁴¹.

La LOPDGDD parte de considerar procedente el tratamiento de datos de carácter personal en el ámbito laboral para fines legítimos, con el respeto a ciertas garantías tanto en el plano individual, basadas en los mecanismos de transparencia, como de carácter colectivo, a través de la participación de la representación de las personas trabajadoras.

Lo cierto es que este derecho reclama en la actualidad un mayor protagonismo y, por ende, mayores dosis de seguridad en su protección en el ámbito de las relaciones laborales, básicamente por dos motivos: En primer lugar, debido al mayor riesgo de su vulnerabilidad en entornos laborales altamente digitalizados, donde el dato aparece como materia prima valiosa. De esta manera, se actualiza el riesgo de gestionar información y datos de la persona trabajadora que vaya más allá de la que resulta necesaria para la ejecución del contrato de trabajo, o apelando a un interés empresarial, aquella que supere la mera protección y seguridad de los bienes y personas de la empresa. Junto ello, la especial consideración que reclama en nuestros días este derecho a la protección de datos se hace derivar del carácter instrumental que adquiere para la propia protección y salvaguarda de otros derechos fundamentales, y ello porque, sin perjuicio de reconocer su carácter autónomo, su lesión puede implicar al mismo tiempo, la de otros derechos de este mismo carácter, tales como el derecho a la igualdad y no discriminación, la intimidad, el derecho a la imagen, al honor, al secreto de las comunicaciones, entre otros, lo que en definitiva, nos conduce a una revitalización del debate de los derechos fundamentales en los entornos de trabajo cada vez más digitalizados⁴².

Las enormes cantidades de datos que hoy se recogen y que se podrán almacenar, analizar, comercializar y desarrollar con más intensidad gracias a las tecnologías como 5G y el blockchain, la tecnología cuántica, el internet de las cosas, representa un enorme reto para la protección de este derecho fundamental, en particular en el caso de las personas trabajadoras y es evidente que estas cuestiones, no encuentran hoy por hoy en la LOPDGDD una respuesta completa y segura. Esta nor-

41 Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019; Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, op. cit.; Fernández Ramírez, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica"*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

42 Molina Navarrete, C., "El "trabajador transparente" entre metáfora y realidad y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del Siglo XXI", *Revista de Trabajo y Seguridad, CEF*, núm. 419, 2018, pág. 115 y ss.

ma específica se limita en muchos casos a recoger los criterios jurisprudenciales que estaban vigentes en el momento de su aprobación, algunos de los cuales han sido corregidos con posterioridad⁴³ y quizás precisamente ahí reside la generalizada sensación de insatisfacción que viene rodeando la aplicación de este cuerpo normativo en nuestro país, unido a la falta de especificidad que presenta esta normativa en su aplicación al ámbito laboral, y por ende, su falta de consideración hacia los principios inspiradores de la misma y a sus fuentes de derecho.

En este sentido, LOPDGDD a partir de su artículo 79, ha venido a preconizar una especie de estatuto de derechos y libertades fundamentales del entorno digital. Sin embargo, esta regulación aparece plagada de remisiones normativas, de deficiencias técnicas, de contradicciones y de lagunas jurídicas, por lo que en la práctica, ha venido a aportar más inseguridades jurídicas que soluciones en el ámbito laboral⁴⁴.

En efecto, esta norma recurre con demasiada frecuencia a la técnica de remisión normativa, en concreto a la regulación que ofrece el RGPD, lo cual ocurre con más intensidad aún en el contenido específicamente laboral de esta ley orgánica, renunciando de esta forma el legislador nacional a concretar los propios contenidos y garantías que ofrece la norma comunitaria⁴⁵, al tiempo que obliga al operador jurídico a realizar una labor integradora, que aporte soluciones razonables a los conflictos generados por los distintos intereses en juego.

En esta labor de integración e interpretación no deberíamos apartarnos del criterio hermenéutico y ser conscientes en todo momento de que estamos ante una ley cuya última razón de ser es aportar una garantía adicional de protección al reconocimiento de un derecho fundamental, por lo que debe ser objeto de interpretación expansiva y no restrictiva⁴⁶. Sin embargo, paradójicamente es la interpretación limitativa y restrictiva del derecho fundamental a la protección de datos la que resulta por el momento predominante en nuestro panorama de relaciones laborales.

Son tales los déficit que plantea esta regulación, sobre todo por lo que aquí nos interesa, en su contenido laboral, que se ha llegado a considerar que no estamos más que ante una regulación embrionaria o en construcción, preparatoria en definitiva, de una regulación más madura, cuidada y específica de esta materia de la protección de datos, que habrá de abordarse y adecuarse al momento de desarrollo y madurez que han alcanzado las técnicas de BD y de IA, y la aplicación que

43 Es el caso del TEDH que, a través de su Sentencia de 17 de octubre de 2019, corrige su criterio anterior en el Asunto López Ribalda II, que permite la grabación con efectos de control sin necesidad de información previa. Vid. Altés Tárrega, J.A., "La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos laborales digitales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55, pág. 335 y ss.

44 Rodríguez Escanciano, S., *Derechos Laborales Digitales: Garantías e interrogantes*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 32 y ss.

45 Preciado Domenech, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pág. 40.

46 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras...* op. cit., pág. 182.

de las mismas se viene haciendo al ámbito de la gestión de las relaciones laborales, abogando por emprender cuanto antes esta labor de regulación integral⁴⁷.

En este sentido, la regulación que ofrece la LOPDGPP a efectos de garantizar los derechos digitales en el entorno laboral está muy lejos de cumplir esta misión. Más bien, esta regulación ha tenido el efecto de conceder en nuestro país una habilitación general para el tratamiento de estos datos orientada a satisfacer los fines e intereses de la parte empresarial⁴⁸. Frente a este posicionamiento, son numerosas las voces autorizadas que han puesto de manifiesto la dificultad de optar por soluciones estandarizadas, en cuanto a la concurrencia de interés legítimo empresarial que justifique el tratamiento de datos de carácter personal de las personas trabajadoras, apostando siempre por la necesidad de estar a las circunstancias que concurran en el caso concreto⁴⁹. Precisamente, es este el postulado que se hace derivar del propio RGPD, el cual insiste en la necesidad de llevar a cabo ponderaciones concretas de los distintos intereses concurrentes en cada caso⁵⁰.

Descendiendo ya al contenido concreto de esta norma específica en materia de protección de datos, que resulta de aplicación al ámbito laboral, sus artículos 87 a 91 nos presentan un catálogo de derechos digitales, carente de exhaustividad y en el que como anticipábamos, se ha limitado a recoger la doctrina jurisprudencial recaída en esta materia de protección de datos, con anterioridad a su entrada en vigor. En concreto, son cuatro los derechos digitales básicos que esta norma contempla: el derecho a la intimidad de los trabajadores en el uso de dispositivos digitales en la empresa (art. 87), así como frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos (art. 89), y ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90) y el derecho a la desconexión digital (art. 88), indirectamente también conectado a la privacidad, aunque más íntimamente unido al derecho al descanso y a la limitación de las jornadas, como garantía a la integridad físico-psíquica de la persona trabajadora en el entorno laboral digital. Todos ellos resultan mejorables a través de las llamadas a la negociación colectiva que la norma realiza (art. 91).

Quedan silenciadas a lo largo del contenido de esta ley orgánica materias tan esenciales para la adecuada protección del derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras, como son los límites que cabe oponer frente a la extracción de datos masiva en el desarrollo de la relación laboral, así como los que puedan oponerse frente a posteriores tratamientos de estos datos, con finalidad predictiva. Esta falta de previsión del legislador nacional obliga al intérprete jurídico a acudir directamente a la regulación genérica que ofrece el RGPD, concretamente en su artículo 22.

47 Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de los trabajadores en el entorno digital*. Bosch- Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 144 y ss. En apoyo a esta reivindicación podríamos traer a colación el reconocimiento que la propia LOPDGDD contiene en su Preámbulo, respecto a la necesidad de contar con una futura reformulación constitucional de los derechos acordes con la ciudadanía digital en una era caracterizada por los datos masivos

48 Valdeolivas García, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización" en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022, pág. 187-222.

49 Esta es la opción que recomienda el GT29 a lo largo de sus Dictámenes sobre protección de datos, tanto en el relativo a la interpretación de interés legítimo del responsable del tratamiento de datos, Dictamen 06/2014, como en el posterior Dictamen 02/2017, relativo a la protección de datos en el trabajo

50 Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de gestión y garantías*, op. cit., pág. 74.

Otro aspecto que nuestro legislador también ha omitido es el relativo a los posibles límites frente a la transmisión a favor de terceros, de datos de la persona trabajadora, materia esta que sí aparece regulada en la normativa comunitaria, concretamente en el art. 88 RGPD, en el ámbito de grupos empresariales o uniones de empresas.

Analizando, si quiera someramente, la regulación concreta que ofrece en esta materia laboral la LOPDGDD, el artículo 87 aparece como decimos, dedicado al reconocimiento del Derecho a la intimidad de la persona trabajadora, en caso de uso de dispositivos digitales titularidad de la empresa. Trata de ofrecer al empleado un mecanismo de control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo de su dignidad y en concreto, de este derecho fundamental⁵¹. Por tanto, lo realmente protegido por el art. 87 LOPDGDD sería la privacidad de la persona trabajadora, lo que comporta un carácter multifuncional de protección respecto de informaciones registradas en los dispositivos utilizados que sean titularidad de la empresa.

Se ha considerado que la virtualidad que presenta este art. 87 reside más bien en dar respuesta al requerimiento jurisprudencial derivado de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), de aportar una norma de habilitación concreta para el control de datos, y no tanto en establecer un plus de garantías que actúen como límite y restricción a estos datos.

La doctrina del TEDH recaída en esta materia, STEDH Gran Sala, de 5 de septiembre de 2017, y elaborada especialmente a partir de la formulación del denominado Test Barbulescu contra Rumanía, ha venido a reconocer a todas las personas trabajadoras el derecho a realizar una vida privada social, a desarrollar su identidad social en cualquier relación, incluida, por tanto, también la laboral⁵².

La expectativa de privacidad de la persona trabajadora al utilizar los dispositivos tecnológicos de la empresa, no puede quedar sin más privada de contenido. Por tanto, siguiendo una interpretación integradora de la doctrina del TEDH en esta materia, podemos concluir que no podrá ser considerada legítima la prohibición total de usos privados razonables de los medios digitales titularidad de la empresa. Para desterrar esta expectativa razonable de privacidad, deberá concurrir una información precisa y previa respecto del control que la empresa puede realizar de estos dispositivos, salvo en los casos excepcionales en los que exista sospecha justificada de conductas graves y teniendo siempre como parámetro el juicio de proporcionalidad.

Por tanto, la regulación que actualmente ofrece el art. 87 LOPDGDD no resulta adecuada para garantizar un equilibrio entre el legítimo ejercicio de poder empresarial y el respeto al derecho fundamental de las personas trabajadoras a la protección de datos. Se trata más bien de una norma

51 Monereo Pérez, J.L., "La dignidad de los trabajadores: la dignidad como principio fundante y como derecho fundamental", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 239, 2021, pág. 51 ss. Goñi Sein, J.L., "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral", en AA.VV., *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, op. cit. págs. 45-82.

52 Esta materia es abordada en profundidad en los estudios de Cruz Villalón, J. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral", y Molina Navarrete, C., "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional" recogidas ambos en *Revista Temas Laborales*, núm. 145, 2018, págs. 17- 53 y 121-160, respectivamente.

destinada a establecer la habilitación para el ejercicio de las potestades de control empresarial, más que de fijar garantías precisas para la protección de este derecho.

Por su parte, el artículo 89 LOPDGDD aparece dedicado al reconocimiento del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, esta vez, frente al uso de dispositivos de videovigilancia en la empresa.

El recurso generalizado que se viene haciendo en la actualidad en las empresas de estos sistemas, les permite generar un banco de datos personales susceptibles de ser utilizados en múltiples finalidades y por tanto, que mayores riesgos conlleva para el respecto de los derechos fundamentales, en particular, de las personas trabajadoras.

En contraste con estos mayores riesgos, la regulación que ofrece en nuestro país la ley orgánica específica en esta materia se muestra permisiva respecto al uso de estos recursos de grabación para la satisfacción de intereses empresariales, permitiendo el tratamiento de los datos así obtenidos, sin más límites que los derivados de una ambigua formulación de la garantía de transparencia.

Sin embargo, esta permisividad que muestra la LOPDGDD no casa bien con las recomendaciones formuladas en esta materia tanto por el Consejo de Europa⁵³, como con el posicionamiento que viene manteniendo de forma reiterada el anterior Grupo de Trabajo 29⁵⁴, hoy constituido en Comité Económico y Social y dotado de carácter consultivo especializado.

Esta orientación hacia la satisfacción de los intereses empresariales, lleva incluso al legislador nacional a ignorar por completo los derechos fundamentales implicados, en el caso de que se trate de probar actos constitutivos de infracción muy grave en el desarrollo de la relación laboral, en cuyo caso incluso se exime a la empresa de la obligación previa de informar de la instalación y fines de estos sistemas de videovigilancia.

De esta forma, el derecho del empleador a obtener la prueba fehaciente de este incumplimiento laboral, a través de estos sistemas de videovigilancia, supone vaciar de contenido los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, que se verán así sometidas a este control⁵⁵, del cual, a mayor abundamiento, solo tendrán noticias en la mayoría de los casos, en aquellos supuestos en que haya arrojado resultados positivos, cifrados en la obtención de la prueba fehaciente así buscada, con el consiguiente riesgo de que pueda seguir ejerciéndose este control en el resto de supuestos, de forma silenciosa, velada y sin sometimiento a límite temporal alguno.

53 Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2015)5, de 1 de abril, sobre *Tratamiento de datos personales en el contexto del empleo*.

54 Vid. Grupo de Trabajo 29, Dictamen 4/2004, de 11 de febrero, sobre *Tratamiento de datos mediante vigilancia por videocámaras*.

55 Vid. Cruz Villalón, J., "Facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, págs. 13-44, quien aboga por llevar cabo en estos casos una aplicación rigurosa y no flexible del principio de proporcionalidad de esta medida.

Por su parte, el artículo 90 LOPDGDD aparece dedicado al derecho a la intimidad frente a la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral⁵⁶. Este precepto, al que remite el art. 20 bis) ET, contiene una habilitación general al titular de la empresa, para recurrir a estos sistemas sin necesidad de justificar causa específica alguna.

De nuevo encontramos en ello una expresión más de la tendencia general que muestra nuestro legislador de dar respuesta a los intereses empresariales en el conflicto de intereses y derechos enfrentados que entran en juego en estas situaciones, apartándose con ello del principio tuitivo de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, al que debería razonablemente responder la norma específica surgida en el ámbito de la protección de datos de carácter personal, en su aplicación al entorno laboral.

El propio TEDH parece sumarse a esta tendencia, con su Sentencia, Sala IV, de 13 de diciembre 2022, Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo v. Portugal, la que ha venido a completar su doctrina sobre la interpretación y aplicación del art. 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. En ella viene a conceder más peso a los medios de prueba y a la valoración que de los mismos se realiza por los tribunales nacionales y se muestra menos interesado en entrar a valorar si esta valoración puede resultar contraria al Derecho fundamental. En concreto, en este pronunciamiento no aprecia vulneración del derecho a la vida privada del trabajador despedido disciplinariamente, por los datos revelados por el sistema de geolocalización instalado en el vehículo de empresa puesto a su disposición. Esta interpretación del TEDH ha sido fuertemente contestada internamente, a través de la formulación de tres votos particulares, que consideran los hechos constitutivos de una vulneración “muy grave” del derecho a la vida privada del trabajador. En definitiva, se hace patente en el propio seno del TEDH las dos visiones opuestas de afrontar el conflicto generado entre el respeto al derecho a la privacidad del trabajador y el derecho a la gestión empresarial eficiente⁵⁷.

Por lo que respecta a las previsiones del art. 91 LOPDGDD, se contienen en el mismo garantías de autorregulación normativa y de participación colectiva en la gestión del tratamiento de datos de carácter personal, que generan multitud de problemas interpretativos en relación a la vigencia de los derechos de participación y consulta ya reconocidos en este ámbito por la norma específica laboral, como es el art. 64E.T.

56 Molina Navarrete, C., “Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites”, *La Ley Digital*, núm. 14922, 2018; Casas Baamonde, M.E., “Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de trabajadores a través del GPS de vehículo de empresa. Despido procedente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020.

57 Rojo Torrecilla, E., “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social (III). Art. 8 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Cuáles son los límites del control por geolocalización del vehículo de trabajo? Notas a las Sentencia de 13 de diciembre de 2022, Caso Alfonso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal (con tres votos radicalmente discrepantes)” http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/01/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del_5.html entrada de 5 de enero.

Pese a sus múltiples deficiencias, este precepto ha venido a normativizar dos principios básicos de la gobernanza colectiva de la gestión participada de datos en el ámbito laboral: por un lado, el de autorregulación colectiva y por otro, el derecho de participación en el ejercicio del poder de control digital de la actividad laboral, a través del reconocimiento de derechos de información y consulta a favor de la representación colectiva de las personas trabajadoras.

A la vista de esta regulación que la LOPDGDD ofrece para la integridad del derecho fundamental a la protección de datos de las personas trabajadoras, no parece prudente considerar que estemos ante una regulación agotada, puesto que resulta deficiente ante los importantes retos que el avance actual de la IA, combinada con técnicas de BD, representa en el ámbito de las relaciones laborales, teniendo en cuenta además la amplitud de los objetivos diseñados en la ambiciosa Estrategia Europea para los datos⁵⁸.

Recordemos en este sentido que el propio apartado IV del Preámbulo de la LOPDGDD anuncia una futura reforma constitucional que priorice su actualización a la era digital y que contemple una nueva generación de derechos digitales. Esta reivindicación de reforma constitucional adquiere pleno sentido dada la capacidad de afectación de los entornos digitales a todas las personas, a toda la ciudadanía y no sólo a las personas trabajadoras, en sus derechos más básicos.

Es un problema por tanto de decisión política y jurídica para diseñar un nuevo horizonte de regulación normativa en este ámbito. Desde luego, lo que resulta evidente es que el conflicto entre los intereses conducentes a obtener la mayor rentabilidad posible a través de la aplicación de tecnologías de IA y BD en la gestión del factor trabajo, y el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, no se va a resolver de forma espontánea.

Resulta necesario abogar por la introducción de límites precisos capaces de oponerse eficazmente al objetivo mercantilizador del tráfico de datos de carácter personal, en definitiva, de la naturaleza humana, y que así mismo, garanticen potentes derechos digitales. "El principio de Estado Social y Democrático de Derecho no puede sufrir merma alguna por el modo (tecnológico) de ejercicio, por lo que el sentido de sistema de límites que resulta esencial al orden jurídico requiere de la efectividad de las garantías de protección de los derechos e intereses de la ciudadanía"⁵⁹.

Por el momento, hemos de reconocer que en el ámbito estrictamente laboral sólo se ha avanzado tímidamente y de forma incompleta en la introducción de estos límites.

58 Esta se entiende conformada por tres documentos básicos, todos ellos de 19 de febrero de 2020: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Una estrategia europea para los datos*, COM (2020), 65 final; *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020), 66 final; y *Configurar el futuro digital de Europa* disponible en <https://ec.europa.es>.

59 Molina Navarrete, C., "Duelo al sol (digital): ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también." *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 457, 2021, pág. 20.

5. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA IA DESDE EL ÁMBITO EUROPEO

5.1. Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital

Los distintos grupos de expertos constituidos en el ámbito europeo coinciden, al menos formalmente, en el objetivo de avanzar en el desarrollo de una IA confiable y centrada en el ser humano, una IA ética, que respete los valores y derechos fundamentales. Este compromiso ha quedado explicitado en la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea sobre los Principios y Derechos Digitales en la Década Digital emitida en enero de 2023⁶⁰.

En concreto, su Capítulo II aparece dedicado al compromiso por alcanzar unas “Condiciones de trabajo justas y equitativas”, orientándose de manera expresa a lograr el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en los entornos digitales, aludiendo expresamente a su derecho a la privacidad, entre otros.

Para hacer realidad este objetivo se viene insistiendo en la necesidad de desarrollar una IA segura, transparente, explicable y libre de sesgos, potenciando una utilización amable y positiva para la sociedad de los resultados que arrojan las predicciones algorítmicas, introduciendo acciones positivas en estos algoritmos que lleven a privilegiar al colectivo o colectivos tradicionalmente discriminados en la toma de decisiones, y ello como forma de revertir el proceso que se ha venido a denominar “automatización de la desigualdad”⁶¹. Se trata en definitiva, en propiciar un marco regulatorio integral anclado en el principio de trabajo digno⁶², entendido como de intensa desmercantilización⁶³.

También desde instancias europeas se viene insistiendo en la necesidad de que sea asumido desde este ámbito, la tarea de procurar la adaptación del marco normativo a las nuevas realidades

60 Parlamento Europeo, Consejo, Comisión Europea (2023, C23/01). Se trata de una Declaración conjunta de carácter declarativo que expresa el compromiso conjunto y la responsabilidad compartida entre la UE y sus estados miembros, por lograr una transformación digital centrada en las personas. Vid Rojo Torrecilla, E. “Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital. Una nota sobre su contenido laboral”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/declaracion-europea-sobre-los-derechos.html> entrada de 24 de enero 2023.

61 Eubanks, V., *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing S.L., 2021.

62 Consejo Económico y Social. Dictamen sobre “Trabajo digno en todo el mundo”. COM (2022) 66 final). En este Dictamen el CESE destaca que la UE debe utilizar todas las políticas a su alcance para conseguir el objetivo de trabajo digno en todo el mundo, situándolo en el centro de la recuperación económica sostenible y de la transición digital

63 Monereo Pérez, J.L., “Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S., Dirs.) *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, op. cit. pág. 49.

y usos que permiten los sistemas de IA, y ello con el fin de evitar que la regulación separada e independiente por la que pudiera optar cada Estado miembro, pudiera llegar a suponer riesgos para la seguridad de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea, para la propia aplicación de la ley, o bien acarrear desconfianza y fragmentación en el mercado único europeo⁶⁴.

5.2. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA

Con este propósito se presentó en el año 2021 la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión⁶⁵. En ella se define la IA de la forma más neutral posible, con la finalidad de que se pueda adaptar en el largo plazo a nuevas realidades tecnológicas que actualmente se desconocen. Es una definición que no contempla la tecnología en sí, sino que analiza cómo se usa la IA y para qué. Concretamente, el artículo 3º la define como “el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa”.

La propuesta se fundamenta en los marcos jurídicos existentes y sigue un enfoque basado en los riesgos, de tal forma que cuanto mayor sea el riesgo que un sistema de IA pueda causar, más estrictas deben ser las normas para supervisar su implantación y funcionamiento posterior. Y en este sentido, concretamente el empleo, la gestión de trabajadores y el acceso al autoempleo, aparecen expresamente recogidos como ámbitos de alto riesgo (Título III), atendiendo a la afectación que pueden suponer para los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos de las personas trabajadoras, al tiempo que reconoce expresamente que “los sistemas de IA utilizados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de datos personales y a la privacidad”.

No hay duda que esta propuesta normativa constituye un gran logro y coloca a la Unión Europea en referente internacional para abordar la regulación de los sistemas de IA, pero también presenta lagunas y carencias destacables. Y en este sentido, aunque parte del reconocimiento de alto riesgo que puede conllevar para los derechos fundamentales de las personas trabajadoras el uso de tecnologías basadas en IA, sin embargo, esta propuesta de Reglamento ha optado por permitir el uso de las mismas en el mundo laboral. Al mismo tiempo, no ofrece un acabado y completo marco regulatorio, sino

64 Comisión Europea: *Generar confianza en la Inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Comunicación Comisión Europea COM (2019) 168 final; Parlamento Europeo: Resolución destinada a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. *Una inteligencia artificial centrada en el ser humano ética y confiable*, de 20 de octubre de 2020 (2021/C 404/04).

65 COM 2021/206 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>.

una muestra no exhaustiva, centrando la intervención normativa en las aplicaciones que entrañen alto riesgo, desatendiendo la regulación de todas aquellas que escapen a esta consideración, que podrán ser implementadas sin las garantías previstas en esta futura regulación comunitaria. Por lo tanto, los sistemas de IA que no merezcan esta consideración de alto riesgo, seguirán remitiéndose a las Directivas de carácter ético aprobadas por la Unión Europea en el ámbito de la IA fiable⁶⁶. Con ello se actualiza el riesgo de que frente al objetivo general de proteger a los derechos fundamentales de la ciudadanía europea frente a los usos abusivos derivados de los sistemas de IA, se acabe finalmente privilegiando a las grandes empresas tecnológicas suministradoras de estos sistemas⁶⁷.

Igualmente, se critica la falta de previsiones específicas que contiene esta propuesta para su aplicación al ámbito laboral, lo que anticipa fuertes tensiones y retos significativos, especialmente por lo que respecta a su futura aplicación al ámbito de las de las Pymes y start-ups. Precisamente, y con el fin de minimizar el impacto que puede conllevar su aplicación para las empresas europeas, se ha puesto en marcha en nuestro país un sandbox del entorno normativo sobre IA, dividido por sectores. Con esta experiencia piloto se trata de propiciar que las empresas puedan experimentar los efectos que la entrada en vigor de esta futura normativa puede suponer en sus organizaciones y avanzar en la implementación y el cumplimiento de las obligaciones que les acarrearán este futuro Reglamento, una vez que entre en vigor⁶⁸.

Otra de las deficiencias en las que incurre esta propuesta de Reglamento Europeo es que ha obviado por completo la intervención de la representación de las personas trabajadoras, y ello en varios sentidos. Por un lado, se ha abstraído por completo de un proceso de dialogo social en el ámbito europeo; tampoco reconoce ningún ámbito de actuación a la negociación colectiva para concretar la regulación que propone; y por último, parte de la idea de que el mero cumplimiento de los requisitos de procedimiento que establece será suficiente para considerar autorizada la implementación de estos sistemas de IA en el ámbito laboral, sin que se incorpore ningún tipo de salvaguarda o garantía de participación que pueda hacer valer la representación de las personas trabajadoras en este proceso. Tanto es así, que se ha puesto de manifiesto el riesgo de que sea considerada como una norma de máximos y no de mínimos, que impida de esta forma, ser mejorada y concretada en cada ámbito como resultado de procesos de negociación colectiva⁶⁹.

66 Comité Económico y Social Europeo: Dictamen sobre propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea 22 de diciembre de 2021. C517/61.

67 Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de Directiva laboral" en *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social op. cit. págs. 1217-1231.

68 Está previsto que se presenten sus resultados en forma de buenas prácticas y guías de implementación, coincidiendo con la presidencia española del Consejo de la Unión Europea, que se desarrolla en el segundo semestre de 2023 Fuente: Portal de Administración Electrónica, Gobierno de España https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2022/Junio/Noticia-2022-06-28-Presentado-primer-marco-normativo-Inteligencia-Artificial-.html

69 De Stefano, V. y Taes, S., "Algorithmic management and collective bargaining" *Foresight brief, ETUI*, núm. 10, 2021, págs. 10-11. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-05/Algorithmic%20management%20and%20collective%20bargaining-web-2021.pdf>

Esta propuesta de Reglamento ha recibido más de 3000 enmiendas que están siendo estudiadas en la actualidad en el seno tanto del Consejo de la Unión Europea como del Parlamento, y se espera que a lo largo de este año 2023 pueda ser una realidad. Y en este sentido, durante su tramitación ambos órganos colegiados han mostrado sus divergencias con algunos puntos de la regulación que se propone.

El posicionamiento del Consejo de la Unión Europea quedó definido el 6 de diciembre de 2022⁷⁰ y afecta, en determinados aspectos, a la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea. En concreto, propone extender la prohibición del uso de IA con fines de perfilado personal a los sujetos privados. Igualmente, propone prohibir el uso de la IA para explorar vulnerabilidades de sujetos, que puedan tener su origen en condiciones económicas o sociales. En cuanto a la clasificación de sistemas de alto riesgo, como son los incluidos en el ámbito de la gestión de las relaciones laborales, el Consejo propone incluir una serie de requisitos adicionales, con el fin de excluir de esta clasificación aquellos que no supongan "grave riesgo de violación de los derechos fundamentales". En este sentido, el posicionamiento del Consejo de la Unión Europea se orienta a hacer más viable y flexible, desde el punto de vista técnico, el recurso a estos sistemas de IA considerados de alto riesgo por parte de las empresas, para lo que considera conveniente aliviar la carga que conlleva su implementación, en concreto, por lo que respecta a las exigencias de calidad de los datos y a la documentación técnica que deberán aportar las Pymes para demostrar que la implementación de estos sistemas de alto riesgo en su organización, cumplen los requisitos establecidos en la futura norma europea.

Por tanto, esta propuesta transaccional del Consejo de la Unión Europea no viene a corregir los déficits que la propuesta de Reglamento emanada de la Comisión plantea, en cuanto a su aplicación en el ámbito laboral y en concreto, en el respeto a los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, sino que supone incluso ir más allá en el objetivo de facilitar a las Pymes el recurso a la implantación de estos sistemas de IA de alto riesgo. Por tanto, el necesario juego de equilibrios concurrentes en este ámbito entre la protección de los derechos fundamentales y los intereses empresariales, parece inclinarse, una vez más, hacia la satisfacción de estos últimos.

Son tales las deficiencias y la falta de adaptación que esta propuesta de regulación europea plantea en el ámbito laboral, que no han faltado voces autorizadas que defienden la necesidad de dotarnos de una Directiva específica que regule el uso de la IA en el ámbito del empleo, que venga a colmar todas las lagunas en que incurre esta propuesta de Reglamento y en la que entre otras materias, quede suficientemente garantizado el respeto a los derechos a la intimidad y a la protección de datos de las personas trabajadoras frente a los riesgos que se hacen derivar de la implantación de estos sistemas de IA en los entornos laborales⁷¹, contribuyendo a crear un mundo más humano y sostenible⁷².

70 Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf>

71 Para un análisis en profundidad de estas propuestas de lege ferenda, Vid. Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contra-propuesta de Directiva laboral", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* op. cit. págs. 1230-1231.

72 Monereo Pérez, J.L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

En este terreno repleto de incertidumbres e inseguridades jurídicas con el que en nuestros días tratamos afrontar la implantación de sistemas de IA y BD en el ámbito de las relaciones laborales, resulta necesario insistir en la idea de que deviene imprescindible orientar todas las intervenciones normativas y políticas que se realicen en este ámbito, hacia la centralidad de las personas en general y de las personas trabajadoras en particular.

Debemos orientar la implantación de estos sistemas únicamente a aquellos que resulten compatibles con el respeto a los derechos fundamentales adaptados a la era digital. El problema, como siempre, reside en determinar cuáles serán los límites que, desde los derechos fundamentales pueden ser expuestos frente al legítimo derecho del titular de la empresa a desarrollar una gestión eficaz.

En este sentido, del mismo modo que la producción de automóviles dotados de airbag, encarece el producto final y retrasa su producción y sin embargo, se trata de un mínimo de seguridad que hemos llegado a considerar socialmente irrenunciable, sin perjuicio de que en el futuro puedan ser sustituidos por otros sistemas que aporten mayor seguridad a los pasajeros, el respecto a los derechos fundamentales debe representar unos niveles de seguridad infranqueables para los avances tecnológicos, debiendo quedar reforzados y adaptados a los retos específicos que de estos avances se hacen derivar.

De lo contrario ¿Qué utilidad podría tener una tecnología sino nos permite alcanzar mayores cuotas de bienestar social? ¿Qué interés podríamos tener como sociedad en apostar por una tecnología que supone renunciar a los derechos más básicos de los que nos hemos dotados como seres humanos?

El reto consiste en humanizar la tecnología y no automatizar a las personas.

Se trata, en definitiva, de repensar otras posibles estrategias que permitan la articulación de alternativas frente a las opciones política y económicas neoliberales basadas en la mercantilización de la persona y de los atributos y datos que la identifican. Y es que el Derecho tiene el reto de crear nuevas formas de control social adaptadas al momento histórico actual, comprometidas con los postulados de la sociedad democrática, contribuyendo a crear un mundo más humano y sostenible.

7. BIBLIOGRAFÍA

Adams-Prassl, J., "When your boss comes home", *C4E The future of work in the age of automation and IA*, 2020.

Agencia Española de Protección de Datos, Informe *La protección de datos en las relaciones laborales*, 2021 <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/aepd-publica-guia-pd-y-relaciones-laborales>.

- Agencia Española de Protección De Datos, *Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo*. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/nota-tecnica-protoger-datos-teletrabajo.pdf>.
- Altés Tárrega, J.A., "La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos laborales digitales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55.
- Álvarez Cuesta, H., *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020.
- Álvarez Cuesta, H., "Propuesta de regulación europea de los algoritmos y contrapropuesta de Directiva laboral", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Baz Rodríguez, J., "Los derechos digitales de la ciudadanía laboral en la era postpandémica. Coordinadas institucionales y perspectivas de futuro (¿inmediato?)", en AA.VV. (Baz Rodríguez, J., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, Teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- Baz Rodríguez, J., *Privacidad y protección de los trabajadores en el entorno digital*. Bosch- Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- Baz Tejedor, J.A., "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible" en AA.VV. (Baz Tejedor, J.A., Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, big data*, Wolters Kluwer, 2021.
- Bini, E., *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- Casas Baamonde, M.E., "Los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales en la economía digital. Geolocalización de trabajadores a través del GPS de vehículo de empresa. Despido procedente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2020.
- Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.
- Comisión Europea, *Configurar el futuro digital de Europa*, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (2020) 67 final, 19 de febrero 2020, 2.
- Comisión Europea, *Generar confianza en la Inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Comunicación Comisión Europea COM (2019) 168 final.
- Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020), 66 final.
- Comité Económico y Social Europeo, Dictamen sobre propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de IA y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea 22 de diciembre de 2021. C517/61.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Una estrategia europea para los datos*, COM (2020), 65 final.

- Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2015)5, de 1 de abril, sobre *Tratamiento de datos personales en el contexto del empleo*.
- Consejo Económico y Social, Dictamen sobre "*Trabajo digno en todo el mundo*". COM (2022) 66 final).
- Cruz Villalón, J., "Facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- Cruz Villalón, J. "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral", *Revista Temas Laborales*, núm. 145, 2018.
- De Stefano, V. y Taes, S., "Algorithmic management and collective bargaining" *Foresight brief, ETUI*, núm. 10, 2021. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-05/Algorithmic%20management%20and%20collective%20bargaining-web-2021.pdf>.
- Del Jesus Díaz, M.J., *Inteligencia artificial y datos para la sociedad. Lección Inaugural pronunciada con ocasión de la solemne apertura del Curso Académico 2021-2022*, Servicio de Publicaciones Universidad de Jaén, Jaén, 2021.
- Del Val Tena, A.L., "Categorías especiales de datos personales en el ámbito de la relación de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021.
- Eubanks, V., *La automatización de la desigualdad*, Capitán Swing S.L, 2021.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2020.
- Fernández Ramírez, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica"*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., "La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.
- García Quiñones, J.C., "Reflexiones sobre la necesidad de una regulación legal transversal para la utilización de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales", en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales, Comunicaciones al XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Gines I Fabrellas, A., "Gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos" en *Digitalización, recuperación y reformas laborales, XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- Gómez Salado, M.A., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- González Díaz, F.A., "Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo", *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 451, 2020.
- Goñi Sein, J.L., "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral", en AA.VV., *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España, Vigilancia tecnologizada, Teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- Goñi Sein, J.L., "Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial", *Revista de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social. Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2019.

Grupo de Trabajo 29, Dictamen 4/2004, de 11 de febrero, sobre *Tratamiento de datos mediante vigilancia por videocámaras*.

López Balaguer, M. y Ramos González, F., "Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2, 2020.

Mercader Uguina J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed. Francis Lefebvre. Claves Prácticas, Madrid, 2019.

Molina Navarrete, C., *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: entre eficiencia de la gestión y garantías*, Bomarzo, Albacete, 2021.

Molina Navarrete, C., "Duelo al sol (digital): ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también." *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 457, 2021.

Molina Navarrete, C. "Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 459, 2021.

Molina Navarrete, C., "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional", *Revista Temas Laborales*, núm. 145, 2018.

Molina Navarrete, C., "El "trabajador transparente" entre metáfora y realidad y el efecto útil de los derechos de la personalidad en la empresa del Siglo XXI", *Revista de Trabajo y Seguridad, CEF*, núm. 419, 2018.

Molina Navarrete, C., "Poder de geolocalización, intimidad y autodeterminación digital en las relaciones de trabajo ¿un nuevo orden eficaz de garantías y límites", *La Ley Digital*, núm. 14922, 2018.

Monereo Atienza, C., Monereo Pérez J.L y Aguilar Calahorro, A. (Coords.), *El sistema universal de los derechos humanos*, Comares, Granada, 2014.

Monereo Pérez, J.L., "Ciudadanía, empresa y Constitución Social del Trabajo. por un constitucionalismo de Derecho Social", *Rivista di studi e documentazione su ll integrazione europea lceonline*, 1/2022.

Monereo Pérez, J.L., "Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo" en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M. y Perán Quesada, S., Dirs.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Comares, Granada, 2021.

Monereo Pérez, J.L., "La dignidad de los trabajadores: la dignidad como principio fundante y como derecho fundamental", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 239, 2021.

Monereo Pérez, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

Monereo Pérez, J.L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Parlamento Europeo, Consejo, Comisión Europea: *Configurar el futuro digital de Europa, Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital* (2023, C23/01). <https://ec.europa.es>.

- Parlamento Europeo: *Protección de datos personales*. Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/157/la-proteccion-de-los-datos-personales>.
- Parlamento Europeo: Resolución destinada a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas. *Una inteligencia artificial centrada en el ser humano ética y confiable*, de 20 de octubre de 2020 (2021/C 404/04).
- Peirano, M., *El enemigo conoce el sistema. Manipulación de ideas, personas e influencias después de la Economía de la Atención*, Debate, Madrid, 2019.
- Pérez Luño, A.E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AA.VV. (Losado, M.G., Pérez Luño, A.E. y Guerrero Mateus, M.F., Dirs.), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Preciado Domenech, C.H., *Los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- Rodríguez Escanciano, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- Rojo Torrecilla, E. "Declaración Europea sobre los Principios y Derechos Digitales para la Década Digital. Una nota sobre su contenido laboral". <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/declaracion-europea-sobre-los-derechos.html> entrada de 24 de enero 2023.
- Rojo Torrecilla, E., "La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social (III). Art. 8 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Cuáles son los límites del control por geolocalización del vehículo de trabajo? Notas a las Sentencia de 13 de diciembre de 2022, Caso Alfonso Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo contra Portugal (con tres votos radicalmente discrepantes)" http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del_5.html entrada de 5 de enero.
- Valdeolivas García, Y., "Derechos de información, transparencia y digitalización" en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales XXXII Congreso Nacional Asociación Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- Valls Prieto, J., *Inteligencia artificial, Derechos Humanos y bienes jurídicos*, Thomson Reuters, Navarra, 2021.
- Zuboff, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras de poder*, Paidós, Madrid, 2020.