

RECENSIÓN

Abadías Selma, Alfredo, *El Derecho Penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023

JAVIER IJALBA PÉREZ

Profesor Doctor y Abogado

Universidad Internacional de La Rioja

<https://orcid.org/0009-0000-1919-2661>

Cómo citar este trabajo: Ijalba Pérez, J. (2023). Abadías Selma, Alfredo, *El Derecho Penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (2), 1–7. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8305>

En la actividad policial, en la Administración de Justicia y en los procesos penales se han comenzado a utilizar los algoritmos como elementos que pueden servir para predecir el riesgo, facilitando también la toma de decisiones. En todo caso, la utilización de éstos ha generado controversias, debido a ciertas variables ponderadas, sobre todo, por la posible vulneración de los derechos fundamentales. En la presente obra, el profesor Abadías Selma nos muestra una perspectiva nueva en este ámbito, ofreciendo un análisis del art. 314 Código Penal (CP), centrándose en la intervención propia de los algoritmos como verdaderos autores de la actividad delictiva. Es innegable, que la irrupción y el recurso a las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) en el Derecho Penal ha propiciado la introducción de un medio propicio para cometer delitos, y entre ellos, la introducción de la Inteligencia Artificial (IA) que va adquiriendo una enorme autonomía, y que, a partir del recurso a los algoritmos se revela como un medio adecuado para la comisión, en concreto, de los delitos de espionaje, la interceptación de comunicaciones, la interferencia de datos, el sabotaje de personalidad, el delito de falsificaciones, los fraudes, los ataques a la propiedad intelectual o delitos relativos a la pornografía infantil.

En este sentido, el profesor Abadías nos recuerda cómo la IA y los algoritmos, empleados por las empresas de distinto tamaño para la búsqueda de talentos, y para la contratación de trabajadores, constituyen un recurso propicio para la discriminación algorítmica, que, viola derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, contemplados en los arts. 9.2 y 14 CE, y puede constituir un delito propio ex art. 314 CP (discriminación laboral). Este es el horizonte temático al que responde el autor que en esta reseña que ahora presento.

En términos generales, esta publicación está estructurada en cinco capítulos, tras una introducción, el capítulo II presenta algunos ejemplos de discriminación, el capítulo III recuerda el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y el capítulo IV expone el delito de discriminación laboral ex art. 314 CP, acabando con unas conclusiones y propuestas, con el apoyo final de una bibliografía extensa y completa de las cuestiones estudiadas, a cargo del profesor Abadías que aporta su bagaje académico en esta materia.

La *introducción* tiene como objetivo primordial presentar el estado de la cuestión, es decir, la “era digital”, la “cuarta revolución industrial”, o el “metaverso”, con unos cambios constantes, acelerados por la pandemia COVID 19, que ha provocado que las relaciones virtuales se hayan trasladado al ámbito laboral entre empresarios y trabajadores, siendo el *teletrabajo* una posibilidad que permanece, gracias a una legislación favorable, pero que, permite concentrar unos pingues beneficios en las manos de grandes fortunas, presentando algunos problemas como la falta de interacción social. Esta nueva realidad supone una grave dificultad para los trabajadores que, cada vez, son más vulnerables, entre otras causas, por la crisis que atraviesan los sindicatos y por las nuevas condiciones laborales. Pero, sobre todo, las nuevas tecnologías, la IA y los algoritmos que, en principio, debían servir a los trabajadores, sin embargo, están desembocando en una situación de discriminación laboral extrema, que, en ocasiones, pasa incluso desapercibida, y siempre en favor de los más poderosos.

El *capítulo II* nos presenta algunos ejemplos de cómo la IA y los algoritmos, utilizados en su origen en los procesos de selección de personal y para conseguir una provechosa imparcialidad, sin embargo, han obligado a estar atentos para reducir el sesgo discriminatorio en su uso. De hecho, la IA puede introducir prejuicios muchos más graves, y no sólo de origen sexual, sino de raza, procedencia geográfica, orientación sexual, etc.; lo cual dependerá de quién haya alimentado la base de datos de la que surge el algoritmo. Así, en 2014 un equipo de expertos de Amazon diseñó un sistema basado en IA para seleccionar currículos tomando como base los datos archivados en los diez años últimos, que acabo provocando la selección prioritaria de los hombres, al excluir las candidaturas con la palabra “mujer”. En segundo lugar, en la empresa Uber, la responsable de RRHH fue despedida porque no atendió las quejas de acoso y discriminación, pero fue sustituida por un gestor automático que condujo a una enorme brecha salarial entre los trabajadores sobre sus expectativas de salario. En la compañía

Google también se produjo un problema relacionado con la discriminación, porque diseñó un algoritmo que, en teoría, evitaba la brecha salarial por razón de género, y terminó produciendo una discriminación positiva para las mujeres. En el caso de IBM, el tratamiento de los RRHH a través de IA ha permitido valorar el rendimiento del personal, y aconsejar, mantener, disminuir o incrementar sueldos a base de bonos que vinculan al trabajador con los beneficios de la empresa, aprovechando las “*gemas*” ocultas. En quinto lugar, el profesor Abadías recuerda las reivindicaciones de la acción sindical de UGT para evitar la discriminación “*directa*” e “*indirecta*” de las personas con discapacidad. Además, hay que recordar el caso del algoritmo BOSCO que calcula las necesidades y/o urgencias de los ciudadanos en relación con el bono social del consumo eléctrico; y, desembocó en que el resultado venga dado por un algoritmo y no por un funcionario, siendo un supuesto típico de lo que se conoce como “*seguridad por oscuridad*”. El autor se hace eco también de otros supuestos importantes en las Administraciones Públicas, en las que, la IA y los algoritmos están presentes, y que, demandan una atención creciente para evitar la discriminación y proteger la transparencia.

El *capítulo III* nos expone el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a partir de su génesis en el constitucionalismo, y con un interesante recorrido histórico a partir de los textos del siglo XVII, *Petition of rights* y *Bill of rights* (1628), y de la Constitución de Estados Unidos (1787) y la Carta de Derechos (1791), hasta analizar la incorporación paulatina del derecho a la igualdad real y efectiva ante la ley en nuestro ordenamiento jurídico.

Además del artículo 14 Constitución, el profesor Abadías recuerda los arts. 3 y 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, el art. 34 y siguientes de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, con la calificación de la discriminación laboral como infracción muy grave. En todo caso, a pesar de las materias en las que se ha alcanzado una mayor igualdad; subsiste una desigualdad grave en ámbitos como el salario, o los casos de discriminación “*indirecta*” o de “*impacto*”, como el algoritmo en apariencia neutral, que, sin embargo, deja una marca indeleble en la carrera profesional de un cierto grupo de personas que pueden ser discriminadas bajo apariencia de legalidad.

Ante estas situaciones de discriminación provocadas por algoritmos con sesgos, si se plantea una demanda de amparo constitucional, le corresponde al empresario demostrar la no discriminación; en cambio, ello no es así en el ordenamiento penal, en el que no se admite la inversión de la carga de la prueba. De ahí, el porqué, entre otras razones, de la escasa aplicación práctica del artículo 314 CP. Sin embargo, en este ámbito laboral en el que los algoritmos pueden contener datos muy sensibles relativos a la de salud de los trabajadores, y que afectan a los colectivos más vulnerables, la transparencia tendría que imperar en aras a conseguir una igualdad real.

En el *capítulo IV* se nos ofrece un análisis exhaustivo del delito de discriminación laboral ex art. 314 CP. En primer lugar, la *acción punible*, enfatizando la cuestión relevante de que el artículo enumera causas de discriminación tasadas, pero no se tiene en cuenta la discriminación generada por la IA y por los algoritmos, o “*algoritarios*”. A pesar de ello, la discriminación puede ser considerada relevante penalmente, a partir del art. 17.1 ET. La protección penal se extiende al empleo público y privado. Y la discriminación ha de ser “*no razonable*” o “*tediosa*”, además, de “*contumaz*”. El art. 314 requiere que “*no se restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa*”; siendo, por tanto, un requisito previo y necesario, aunque, genera cierta inseguridad. En todo caso, el profesor Abadías valora que se puede encontrar el equilibrio valorando *ad casum* en cuanto al requerimiento se refiere. Además, ha de existir una *reparación* de los daños económicos, lo cual, exigirá una declaración judicial.

Respecto al *bien jurídico*, el art. 314 protege el derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales con un carácter de derecho público e irrenunciable. El *sujeto activo* del delito puede serlo cualquiera, y no es exigible que sea el empresario, aunque será lo habitual. A la vez, siendo un delito que afecta al empleo público y privado, el *sujeto activo* también podrá serlo un funcionario. En todo caso, existen procesos de selección de personal “*viciados*” por la IA y los algoritmos con sesgos, pudiendo producirse una discriminación incluso *ex ante*, propiciando un avance en la barrera de protección penal, no recogida expresamente en el art. 314. En relación con el art. 318 CP, el autor insiste en que es un grave error que el legislador no haya previsto responsabilidad penal de las *personas jurídicas*; pues será frecuente que las grandes corporaciones discriminen a sus trabajadores mediante la IA y los algoritmos, aunque sea difícil descubrir al responsable directo de la acción criminal. El *sujeto pasivo* es el trabajador, español o de otra nacionalidad, empleado público o privado, que como ser humano tiene el derecho a ser tratado bajo el prisma de la igualdad y la dignidad. También podrá serlo el Estado al comprobar que los requerimientos y/o sanciones no se cumplen de forma persistente.

En relación con la *ejecución*, Queralt Jiménez considera que el art. 314 es un delito de mera actividad, y que, cuando se produce la lesión económica, es un efecto inherente y con relevante jurídica, pero irrelevante desde el punto de vista penal. Encontrar una *causa de justificación* será difícil, y en todo caso, sin relevancia penal. No obstante, la ignorancia o la mala educación pueden ser tomadas como *atenuantes* de la imposición de la pena, sobre todo, si se trata de delitos a menores o a personas con capacidad limitada. En cambio, Martínez-Buján Pérez piensa que es un delito de omisión pura, en tanto que, el precepto castiga la negativa a cumplir un mandato y la infracción de la ley. Navarro Cardoso defiende que es un tipo penal que incorpora un resultado de peligro concreto. Nuestro autor se sitúa junto a Vázquez González al apreciar que la acción punible discriminatoria de gravedad puede generarse por *acción* u *omisión*. La *tentativa* no podrá

apreciarse si lo consideramos como delito de omisión pura, a no ser que, se valore como *tentativa* inidónea.

Respecto al *tipo subjetivo*, el profesor Abadías señala que la existencia de los elementos *cognitivo* y *volitivo* intrínsecos al *dolo* bastan para apreciar que se conoce que la acción u omisión comporta una distinción de trato injustificada y grave, por las causas del art. 314, sin que, sea necesaria la concurrencia del *animus*. A la vez, se muestra a favor de la tesis de Vázquez Iruzubieta que afirma que el delito se comete con *dolo genérico y directo*, ya que, la intención que no consta de forma expresa se manifiesta concretamente en la circunstancia discriminatoria. El *dolo indirecto* y el *dolo eventual* han de ser descartados, porque la discriminación ha de ser grave, lo cual, requiere una gran carga de intención. A su vez, el autor insiste en que no hubiera hecho falta la enumeración de las *causas* tasadas, bastando una referencia o remisión a los derechos fundamentales.

En relación con los *concurros*, hay que remarcar que la discriminación del art. 314 se comete dentro de las relaciones laborales, y ello *per se* tiene una clara diferencia en relación con otros tipos penales que contienen conductas discriminatorias, como los arts. 510 y 511, o el art. 512 CP. En efecto, el art. 314 está en una relación de *especialidad* que no debería plantear problema alguno por aplicar dicho *principio*. En todo caso, podría entrar en *concurso* de delitos con otras figuras que tutelan bienes jurídicos, mediante los *delitos* de lesiones, injurias y amenazas. A su vez, el art. 314 es un *delito* de carácter *público*, porque tiene carácter preceptivo que la autoridad laboral tenga conocimiento de los hechos y deba incoar el procedimiento. Y respecto a la *penalidad*, el art. 314 prevé que se aplicarán las penas establecidas, si no se restablece la situación de igualdad ante la ley tras el requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos. Por tanto, el Derecho penal sólo actuará como *ultima ratio*. La *pena* prevista es una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, siendo, por tanto, una pena demasiado benigna; máxime cuando el uso de algoritmos para discriminar puede generar un daño incalculable no sólo para el trabajador, sino para un gran colectivo. A la vez, el delito comporta una *responsabilidad civil* por la que tendrá que responderse; y, la *cláusula discriminatoria* y, en su caso, la *norma*, serán nulas a todos los efectos.

El profesor Abadías concluye su obra con unas *conclusiones* en el *capítulo V*, acompañadas de unas *propuestas* fundamentales, desde la *convicción* que la aplicación de los algoritmos en las relaciones laborales no debe existir sin un control que pueda garantizar el cumplimiento escrupuloso de la legislación de protección de datos y de los derechos fundamentales. En efecto, el trabajador ha de poder acceder a la información que ha llevado al algoritmo a inclinarse hacia una decisión u otra, de la forma más transparente posible, sin perjuicios graves, y sin discriminación.

La *evaluación* del posible impacto que puede producirse en el ámbito de los datos personales de los trabajadores se ha de llevar a cabo *ex ante*, cuando pueda haber una previsión del alto riesgo para los derechos y libertades fundamentales. A la vez, es

primordial que exista un sistema de *gobierno* definido y solvente que aplique una serie de *herramientas* que garanticen la trazabilidad de los sistemas, registrar y documentar las decisiones tomadas, así como la totalidad del proceso; y contar con unos *mecanismos* que avalen la *responsabilidad* y la *rendición de cuentas*, en cualquier momento de su puesta en práctica.

Los *valores humanistas* que recuerda el autor son uno de los pilares fundamentales de la UE, y como tal, están consagrados en el Tratado de la Unión Europea. Por ello, ha de existir un *control público* basado en *auditorías* de alta especialización que sean capaces de descifrar el código fuente del algoritmo para eliminar cualquier discriminación en las relaciones laborales. Así, el profesor Abadías recuerda iniciativas como el Libro Blanco de la Comisión Europea de 2020, que han de ser reforzadas para que exista una verdadera supervisión *ex ante*, *durante* y *después* de la aplicación del algoritmo.

En este sentido, el profesor insiste en que hay que actuar de forma *proactiva* durante el proceso de desarrollo de cualquier algoritmo que puede afectar a una relación laboral, con una intervención pública dotada de imparcialidad, y que actúe *ex ante*, evitando desventajas y perjuicios, y también, *ex post*, para evitar el sesgo; tal y como reconoce la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, que proclama el derecho a la transparencia e información, al acceso a los datos y al derecho a la neutralidad de internet. Para proteger los derechos de los trabajadores como sujetos pasivos del uso de la IA, procede de *lege ferenda* que se imponga la necesidad de valorar la *finalidad* que tiene la misma, y evaluar las decisiones desde el prisma de *códigos deontológicos* muy definidos en las decisiones que afectan a las relaciones laborales, y que se implementen de forma real. En el fondo, es preciso que se implemente una *cultura*, es decir, una “*Tecnoética*”, que cree unos algoritmos generadores de igualdad tanto para empresarios como para trabajadores, porque la tecnología, en particular, la IA puede aportar un potencial positivo a la sociedad.

A partir de aquí, el *Derecho penal* en las relaciones laborales ha de existir como *ultima ratio* para la protección de los trabajadores desde la *prevención* general y especial. De todos modos, la doctrina reconoce que el art. 314 es en la práctica ineficaz, puesto que la legislación penal es más restrictiva que el ordenamiento laboral, a la hora de recoger los posibles casos. Por eso, otra *propuesta* del profesor Abadías es homogeneizar los *criterios* legislativos y, por tanto, jurisprudenciales, para la sanción de las conductas discriminatorias. Además, defiende que la *responsabilidad penal* de las personas jurídicas debe alcanzar al art. 314. En todo caso, después de dos décadas de escasa aplicación, el legislador ya debería reaccionar con una reforma del *precepto* acorde con los nuevos tiempos; en los que, la utilización masiva de las TIC exige estar a la altura y actuar con premura en aras de defender a quienes son los más débiles y vulnerables, frente al “*ojo que todo lo ve*” de Orwell.

En conclusión, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho se requieren *avances de lege ferenda* en aras a proteger y fortalecer el *Derecho penal del trabajo* como eje primordial para garantizar los derechos fundamentales y sociales previstos en la Constitución, y cuyos titulares son los *trabajadores*, y que requieren *medidas* concretas para conseguir una vida digna de la clase trabajadora, y de resultas, en toda la sociedad. Indudablemente, pienso que nos encontramos ante una obra de actualidad en la que el profesor Abadías no sólo consigue suscitar en el lector un gran *interés* en la materia desde el punto de vista *académico*, sino, además, desde un punto de visto *práctico*, porque la obra presenta importantes conclusiones para la vida de los trabajadores, y que resultan de aplicación esencial en las relaciones profesionales y laborales.

En definitiva, el profesor Alfredo Abadías ofrece una herramienta útil y necesaria para cualquier jurista que pretende conocer con solvencia la IA y el algoritmo, y sus consecuencias discriminatorias para el trabajador. Pero, sobre todo, ofrece una valoración penal a partir del art. 314 CP, con unas conclusiones y propuestas, en las que, el autor invita a reflexionar sobre soluciones constructivas para esclarecer las incertidumbres y lagunas legales que sobre las materias de estudio la obra revela. Por consiguiente, es una obra: *actual, imprescindible, y necesaria*: *Actual*, porque plantea una serie de problemáticas laborales, sociales y penales, patentes y acuciantes, y que, el profesor ejemplifica con un máximo detalle; *Imprescindible*, porque esta obra nos proporciona una ayuda fundamental para solventar los escollos y las lagunas legales; *Necesaria*, para que, se afronte con decisión y con garantías la solución a los problemas de la clase trabajadora, en beneficio de los demás débiles, y que revertirá, a buen seguro, en beneficio de toda la sociedad. Muchas gracias a nuestro querido profesor Abadías.