

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Año LXXVIII

Núm. 2.271

Enero de 2024

RECENSIÓN



ABADÍAS SELMA, Alfredo
**El Derecho Penal frente a la discriminación
laboral algorítmica**

Miguel Ángel López Marchena



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

ISSN: 1989-4767

NIPO: 143-24-001-2

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la propiedad y académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

*Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.^a Encarnación Roca Trías

*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)*

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Nieves Fenoy Picón

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Teresa Armenta Deu

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)*

ENLACES DE CONTACTO

[Contacto Boletín](#)

[Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de la Presidencia,
Justicia y Relaciones con las Cortes](#)

RECENSIÓN

ABADÍAS SELMA, Alfredo
El Derecho penal frente a la discriminación
laboral algorítmica

Aranzadi, Pamplona, 2023, 140 págs.
ISBN 9788411246200

MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ MARCHENA

Magistrado
Doctorando de la UNIR

Ministerio de Justicia

En el presente trabajo, comentamos la monografía del profesor Alfredo Abadías Selma, en la que aborda el estudio del art. 314 del Código Penal (CP) y, en concreto, en cuanto a las causas de discriminación previstas en el mismo, desde la perspectiva del déficit legislativo que el autor apunta en relación con la creciente discriminación basada en la Inteligencia Artificial (IA), ausente de la referida regulación.

Quienes conocen al profesor Abadías Selma, en su espíritu, saben que es una persona comprometida con temas sociales. Basta repasar su extenso currículum académico para comprobarlo¹. Temas como la prisión preventiva, la violencia filio-parental², los riesgos sexuales para los menores por Internet, el *mobbing* inmobiliario, el desabastecimiento de los mercados, etc. denotan el marcado compromiso social del autor que exterioriza en el abordaje de unos temas de máxima actualidad y fruto de ese fino olfato investigador que atesora.

Fiel a su estilo, en la búsqueda de temas con marcado acento social, el autor se adentra en el estudio de un tema que afecta a la clase trabajadora en general, como consecuencia del desarrollo tecnológico al que se enfrenta la humanidad. La IA va a provocar cambios importantes, no solo en ámbitos como el derecho, las relaciones personales³, el proceso productivo, el ámbito digital y educativo⁴, sino también en las relaciones laborales tal y como han sido concebidas hasta el momento y, frente a estos, el legislador ha de dar una respuesta jurídica.

La monografía del profesor Abadías Selma, editada en Aranzadi, contiene una extensa relación bibliográfica, que se relaciona en los folios 127-140, y se desarrolla en las notas al pie de página. El lector encontrará una afinada y completa fundamentación de las ideas que se desarrollan en la obra que le servirá para hacerse un juicio crítico sobre la tesis en la que se cimienta la obra.

El trabajo cuenta con un prólogo del catedrático Juan Carlos Ferré Olivé, lo cual facilitará al lector situarse en el problema abordado en la obra y lo motivará a su lectura, especialmente a aquellos interesados en el estudio de dos temas de máxima actualidad: el derecho penal económico y la IA.

La idea central de la monografía, y que nos sirve de lanzadera para describir la estructura y contenido de los capítulos de la obra, se sintetiza en la constatación por el autor de que el desarrollo tecnológico, al que va ligado la IA, puede provocar alteraciones importantes en las relaciones laborales. Se visualizan no solo con la desaparición de empleos, sino también generando desigualdades en la contratación de la clase trabajadora,

1 Vid. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/investigadores/3897310>.

2 Es presidente de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-Parental.

3 La IA ha llegado al ámbito de las relaciones de pareja y mediante estos sistemas una persona puede crear su novio/a.

4 La aparición de ChatGPT está provocando que los alumnos recurran a este sistema para hacer sus trabajos.

cuando en el proceso se utilicen sistemas de IA que empleen algoritmos que puedan provocar graves desigualdades entre los aspirantes, intencionadas o imprudentes.

El autor nos sitúa en el contexto, ya acreditado, de prácticas de grandes y medianas empresas que, en la búsqueda de candidatos y para la mejora de la producción, emplean sistemas de IA, que pueden provocar discriminaciones laborales e injerencias en derechos fundamentales —fundamentalmente la intimidad— para la consecución de los objetivos empresariales.

Con fina agudeza investigadora, constata que el artículo (art.) 314 del CP, reformado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, sanciona la discriminación grave en el empleo público o privado por una serie de causas tasadas, entre las que el autor no encuentra la discriminación algorítmica.

La obra sitúa el problema al que se enfrentará el legislador frente a las consecuencias que tendrá la irrupción de la IA en las relaciones laborales y los necesarios cambios a los que habrá de hacer frente para asegurar unas relaciones empleador-trabajador de equilibrio justo en el ámbito del derecho del trabajo, como primer dique de contención frente al poder empresarial. Como segundo dique de protección en el ámbito del derecho penal, el trabajo es un aviso al legislador sobre la necesidad de una reforma legal frente a prácticas empresariales que necesitarán de la protección para tutelar los derechos del trabajador y ciudadanos en general frente al desarrollo de la IA.

El autor, con un diseño estructural muy acertado, antes de abordar el estudio del tipo delictivo, nos adentra en el análisis de la nueva realidad en la que se producen esas nuevas desigualdades en las relaciones laborales producto de la nueva «Era Digital», con un estudio de casos importantes que apoyarán sus argumentos para considerar necesaria la modificación legislativa. Una vez que se ha armado de razones argumentales, se adentra en el estudio del derecho a la igualdad (en el ámbito constitucional, laboral y penal), fundamental para razonar y concretar la discriminación algorítmica y la necesidad de su tipificación legal, concluyendo con unas acertadas, concisas y fundadas conclusiones y propuestas.

En la introducción, el autor nos describe la nueva realidad en la que se puede producir la discriminación algorítmica. En el ámbito de las relaciones laborales, nos encontramos en la «Modernidad Tardía⁵» que se caracteriza por una transformación de las mismas, producto de la externalización, la globalización, así como la aparición del teletrabajo a raíz de la pandemia del COVID-19.

Estos cambios se producen en lo que el autor llama «Cuarta Revolución Industrial», y vienen propiciados por el desarrollo de la «Era Digital» o «Metaverso». Para el individuo, el desarrollo

5 Término acuñado, según el autor, por Benito Sánchez. BENITO SÁNCHEZ, D., «Exclusión social y gobierno de la pena. Un análisis sobre la legitimidad de la producción penal de la exclusión», BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (dirs.), VV. AA., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 21.

tecnológico ha propiciado lo que el autor llama la cultura «touch»⁶, es decir, la facilidad con la que se accede a una ingente cantidad de información con el empleo de los *smartphones*. También los riesgos derivados del acceso a la información, concretados en las informaciones falsas —*fake news*— y la sobresaturación de la información —*infoxicación*—, que nos obliga a discernir y seleccionar la calidad dentro de la cantidad.

Frente a la nueva realidad, el autor resalta también la pérdida de credibilidad de los sindicatos por casos de corrupción recientes que debilitan la capacidad de defensa de los trabajadores. Todo este contexto es el que lleva al autor a plantearse la existencia de una situación de discriminación laboral con fundamento en el empleo de algoritmos.

En el capítulo II, el autor expone y concreta cuatro casos de grandes empresas en los que el empleo de algoritmos puede provocar nuevas desigualdades laborales en la contratación y en la política salarial. También dedica la atención a la situación de los discapacitados y a sus especiales necesidades de contratación, abogando por la implementación de controles públicos en los procesos de selección basados en IA.

Por último, trae a colación una serie de casos en los que las Administraciones públicas emplean la IA, resaltándose cómo sería necesaria la implementación de auditorías tendentes a evitar situaciones de discriminación, de acuerdo con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Amazon, en su búsqueda de talento, seleccionaba currículums con un sistema de IA buceando en la red. El empleo de algoritmos puede generar errores y prejuicios en la toma de decisiones en el supuesto de que los datos de entrenamiento estén sesgados. Junto a esta modalidad, existe la posibilidad de que sean los programadores los que introduzcan sesgos basados en sus propios prejuicios cuando alimentan las bases de datos a las que accede el algoritmo.

En el caso concreto de Amazon, el algoritmo excluía la palabra mujer. La compañía pudo comprobar que, en el cribado masivo de datos, se seleccionaba a más hombres que mujeres, teniendo que desistir de su empleo.

Uber fue investigada por las autoridades norteamericanas por el empleo de un algoritmo que determinaba los salarios en función del empleo de variables para fijar la ejecución de los trabajos. Además, creó un método de incentivos que abocaba a una incertidumbre en las expectativas salariales de los trabajadores. Se constató que las mujeres ganaban un 7 % menos que los hombres. La empresa tuvo que hacer frente a las reclamaciones y abonar indemnizaciones de 11.000 dólares para los trabajadores reclamantes. Se alegó ante las autoridades que había cambiado el sistema de incentivos, si bien, este hecho no se ha acreditado de forma fehaciente. Sigue habiendo denuncias por segregación racial en la contratación.

6 Vid. para un desarrollo de la idea ABADÍAS SELMA, A., *Justicia Juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura «Touch»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Google introdujo un algoritmo para evitar la discriminación salarial por razón de género. Esta se da cuando se producen diferentes ingresos salariales entre hombres y mujeres que realizan el mismo trabajo. Sin embargo, seguían produciéndose discriminaciones salariales en relación con el hombre porque existía un sesgo en el algoritmo que no incluía a las mujeres en su verdadera categoría profesional cuando ingresaban en la empresa.

IBM también empleaba un sistema de IA para el reclutamiento de sus empleados con la finalidad de predecir con un porcentaje del 95 % los empleados que abandonarían la empresa. El sistema ahorra la nada despreciable cifra de 300 millones de dólares. El algoritmo no solo se empleaba en la selección de personal; también se implementó en la gestión de los recursos humanos con la finalidad de conseguir el máximo rendimiento a menor coste de sus empleados. El sistema escudriñaba empleados de los que no se conocían habilidades para identificarlas, buscando datos en redes sociales y encuestas.

La empresa se valía de la IA para fijar la política de remuneraciones, valorando el rendimiento del personal. Los problemas se presentan cuando los ítems valorativos del algoritmo estaban equivocados y provocaban discriminaciones. También el proceso de formación continua estaba controlado por IA.

En 2019, la Unión General de Trabajadores (UGT) dirigió su acción sindical a fin de garantizar el acceso al empleo de las personas con discapacidad, con la finalidad de evitar su discriminación. Los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) evidencian las menores oportunidades de acceso al trabajo, ya que solo el 35,2 % de este colectivo accedía al empleo y la tasa de paro se situaba en el 14,1 %. El legislador ha promulgado leyes⁷ para favorecer el acceso de personas de este colectivo al mercado de trabajo, obligando a las empresas a reservar un porcentaje de puestos de trabajo; existen también ayudas directas a la contratación.

Se propugna por el autor la existencia de un control público cuando las empresas utilicen sistemas de IA y se puedan producir situaciones de discriminación en relación con personas de este colectivo.

Se citan otros casos en los que se emplean sistemas de IA. Así, en el caso Bosco, se recurre al algoritmo para aplicar el bono social, llegando el mismo a dictar la resolución sobre su concesión o denegación. El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), para detectar riesgos de reincidencia, el sistema VeriPol para detectar casos de denuncias falsas, RisCanvi para predecir las probabilidades de reincidencia de presos en libertad, son otros ejemplos. En el ámbito del empleo, se utiliza Send@ para cribar datos de perfiles y seleccionar los mejores currículums para su formación.

7 Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013.

En el capítulo III, el autor se dedica a abordar el estudio de la igualdad y la discriminación. El tipo delictivo, que es objeto de análisis, exige que se produzca una grave discriminación en el empleo público o privado. De ahí que el autor, con buen criterio, dedique un capítulo a concretar el contenido y alcance del derecho y del concepto de discriminación.

Se analizan los antecedentes de la igualdad y se concreta su ubicación en la Constitución Española (CE) como derecho fundamental —art. 14—, como valor superior —art. 1—, y como mandato dirigido a los poderes públicos para promover la igualdad real y efectiva de los individuos y grupos —art. 9. 2—. Se citan las leyes⁸ en las que se encuentran también concretados otros factores no discriminatorios a los previstos en el art. 14 de la CE. A nivel comunitario, se citan varias directivas que regulan otros factores de no discriminación: la Directiva 2000/78/CE (religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual), la Directiva 2000/43/CE (origen racial o étnico) y la Directiva 2006/54/CE (igualdad entre hombres y mujeres).

El autor analiza con detalle el alcance de las causas de discriminación y el carácter abierto de las concretadas en el art. 14 de la CE, con citas fundadas, para llegar a la conclusión de que la discriminación algorítmica puede integrarse en las causas de discriminación como en el caso analizado de Uber. Se analizan las reglas de la prueba en el ámbito laboral y penal en orden a la probanza de la discriminación algorítmica, adelantando el autor la escasa aplicación del art. 314 del CP, precisamente, entiende, entre otros, por los problemas de prueba que plantea.

En el capítulo IV, el autor realiza un estudio completo del art. 314 del CP, analizando la acción, el bien jurídico protegido, el sujeto activo y pasivo, la ejecución, el tipo subjetivo, los problemas concursales, perseguibilidad, penalidad y responsabilidad civil. Su estudio comprende un gran aporte de doctrina científica con la que fundamenta las cuestiones analizadas, propiciando su posición sobre las mismas, y dejando la puerta abierta a que el lector funde la suya.

El análisis de la acción típica evidencia que requiere causar una grave discriminación en el empleo público y privado, debido a una serie de causas tasadas de discriminación no coincidentes con las previstas en la CE. El autor constata que entre estas no se encuentra la discriminación algorítmica. Su inclusión encontraría fundamento en el principio de igualdad y en otros derechos fundamentales. Se analiza el concepto «grave discriminación», destacándose su poca precisión y, de ahí, la posibilidad de que pueda generar inseguridad jurídica, debiendo estarse para su concreción a la legislación laboral.

Se concretan, desde las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia, las características de la discriminación, que ha de ser persistente, contumaz, en definitiva, no ocasional, tras un requerimiento o sanción administrativa, no restableciéndose la situación de igualdad. Se concreta el alcance del requerimiento, desde su doble perspectiva judicial o

8 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), art. 4. 2. c), y Estatuto de los Trabajadores, art. 17. 1.

administrativa, en coherencia con la naturaleza de la discriminación de empleo público o privado.

Se analizan, en última instancia, las posiciones sobre el alcance de la exigencia de la reparación económica, citando a aquellos que entienden que forma parte del injusto omisivo, de los que entienden que no, primando el restablecimiento de la situación de igualdad.

El sujeto activo y pasivo también merece un apunte especial. El autor lo analiza desde la posición de la discriminación en el empleo público o privado y también en relación con la coincidencia o no de la persona que causa la discriminación y la que no ejecuta el requerimiento de restablecimiento de la situación de desigualdad.

La aportación relevante se produce cuando se justifica la necesidad de incluir, por una parte, los supuestos de acceso al empleo, que justifica con aportaciones de doctrina solvente y, por otra parte, destacando y reprochando al legislador no haber previsto la responsabilidad de las personas jurídicas. Ambos aportes son relevantes porque la discriminación puede producirse mediante un proceso de selección público o privado, y también causando discriminación en la relación contractual o funcional.

Y es aquí cuando cobran relevancia los casos concretados —capítulo II— de discriminación algorítmica practicada por grandes compañías para demandar su inclusión en el tipo penal, así como la inclusión de la responsabilidad de la persona jurídica y la implementación de la cultura del *compliance* penal para prevenir este tipo de comportamientos discriminatorios.

Los casos de discriminación en las promociones de personas basados en la IA algorítmica son puestos como ejemplo por el autor para justificar que el delito puede producirse por una conducta tanto activa como también pasiva, cuando el responsable no hace nada para restablecer la situación de discriminación.

Se analiza también el dolo, entendiéndose por el autor que, teniendo en cuenta que la discriminación debe ser grave, no es posible apreciar el dolo indirecto y el eventual, debiendo el dolo comprender todos los elementos del tipo: grave discriminación y conducta omisiva.

El capítulo V lo dedica el autor a las conclusiones y propuestas. Varias son las que el autor constata en relación con los problemas que genera el empleo de la IA y de los algoritmos en el ámbito de las relaciones laborales.

El problema fundamental que presenta la discriminación algorítmica basada en la IA es la falta de transparencia de los procesos en los que se aplica. Los trabajadores deben tener acceso en sus reclamaciones al código fuente para examinar cómo el algoritmo ha tomado su decisión. La transparencia también permite constatar si han sido lesionados otros derechos en la toma de decisiones, como la intimidad.

Es necesaria, en los procesos de selección de trabajadores mediante IA, una evaluación de impacto ante el riesgo de afectación de derechos fundamentales —actuar *ex ante*—.

Debe de existir un control público, mediante auditorías de alta especialización, que sean capaces de descifrar el código fuente del algoritmo para conseguir eliminar un atisbo de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, evitándose con ello abusos —actuar *ex post*—.

En último término, es preciso crear una cultura —denominada «tecnóética»⁹— que apueste por los avances tecnológicos mediante el empleo de algoritmos, siempre con el límite de que deben de generar igualdad de oportunidades.

También se incluyen una serie de reflexiones sobre el art. 314 del CP. Parte el autor de la idea de que la clase trabajadora debe de contar con un ordenamiento penal protector. Sin embargo, constata que el art. 314 del CP no ha sido aplicado por los jueces y tribunales. La mayoría de la doctrina considera que la norma es ineficaz¹⁰, situación a la que contribuye que no existe coincidencia entre las causas de discriminación en la normativa laboral y penal.

Para el autor, contribuye a esta situación la propia configuración de la acción típica que requiere probar una grave discriminación en el empleo, así como el no restablecimiento de la situación previo requerimiento o sanción. Se añade que no deben haberse abonado los daños y perjuicios causados por discriminación.

A estas causas, se añade la falta de transparencia empresarial en los procesos de selección y el carácter cerrado de las causas de discriminación, omitiéndose la discriminación laboral tecnológica o logarítmica. Se propugna también la tipificación de la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con el art. 314 del CP, dado que existen casos, ya constatados, en los que la discriminación tiene su origen en la actuación de las grandes compañías en procesos de selección o fijación de condiciones laborales.

Concluye el autor admitiendo que, si bien, la IA debe de estar al servicio de la humanidad, existe el riesgo de que se utilice en contra de los intereses y derechos de la clase trabajadora, provocando discriminaciones basadas en el empleo de la tecnología. Por ello, considera que el legislador debe de actuar en el plano legislativo para proteger a los más débiles frente a los abusos.

Expuesto cuanto antecede, la tesis que plantea con acierto el profesor Abadías Selma es la inclusión de una causa nueva de discriminación desvinculada del medio con el que se produce la discriminación en el empleo. El planteamiento permite eliminar las posibles dudas interpretativas sobre si la expresión «empleo» se refiere solo a las situaciones producidas durante el contrato de trabajo o su extinción o si abarca también la fase de contratación.

9 RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 359 y ss.

10 Se habla por PRIETO DEL PINO de que el art. 314 del CP se encuadra en el llamado «Derecho Penal del Amigo». Vid. PRIETO DEL PINO, A. M.^a, «La armonización del Derecho penal español», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 15 de junio de 2006.

Como causa específica de discriminación, y no como forma o medio de causación de la grave discriminación, permitiría dar cobertura a toda una serie de supuestos que se generen durante la vigencia del contrato de trabajo en los que el empleador se valga de la IA. Materias como la contratación, las retribuciones, u otros aspectos que, relacionados con el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo, puedan producir discriminación grave en el empleo quedarían cubiertas por la acción típica.

En definitiva, opta el autor por concebir la discriminación basada en la IA en el ámbito de las relaciones laborales, no como forma o medio de causar la grave discriminación en el empleo público o privado, sino como causa específica de discriminación. Planteamiento que consigue desarrollar con un estudio solvente y razonado, que se justifica con el análisis de las particularidades y singularidades en las que se puede producir esta nueva forma de discriminación, asociada al ámbito de la empresa mediana y grande, reclamando, en coherencia con su tesis argumental, la extensión de la responsabilidad penal al ámbito de las personas jurídicas.

Debemos destacar que el autor acierta con la estructura propuesta y el desarrollo argumental, propiciando que el lector cuando lee el capítulo en el que se aborda el estudio del delito de discriminación laboral tenga suficientes datos para valorar las razones del autor para demandar el cambio legislativo.

No solo debemos de resaltar la estructura, sino también, y muy especialmente, el contenido y el aporte bibliográfico para fundar sus razonamientos y conclusiones. Se trata de un trabajo muy bien fundamentado desde posiciones del ámbito doctrinal y legal, que permite al lector tener una base amplia para formar criterio sobre la propuesta del autor.

Expuestos estos humildes apuntes, solo puedo animar a la lectura sosegada de la obra del profesor Abadías Selma, en la que el lector encontrará base para el debate jurídico profundo sobre un tema tan relevante y que plantea la necesidad de una regulación acuciante ante el avance de las tecnologías.

MAQUETACIÓN

Diseño Gráfico Gallego y Asociados, S. L.

gallego@dg-gallego.com

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

Secretaría General Técnica

tienda.publicaciones@mjusticia.es

San Bernardo, 62

28015 Madrid

