

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

RECENSIONES

ABADIAS SELMA, Alfredo, *El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 140 pp., ISBN 978-84-1124-618-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.2937>

Publicado en línea: diciembre 2023

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 71/2, julio-diciembre 2023
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

ABADIAS SELMA, Alfredo, *El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 140 pp., ISBN 978-84-1124-618-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.2937>

Publicado en línea: diciembre 2023

En un pasaje ya clásico de Lewis Carroll, Alicia pregunta al Gato de Chesire por qué camino ha de andar a lo que este le responde con un nuevo cuestionamiento de ¿A dónde quieres ir? Para Alicia la respuesta no es importante por lo que el gato responde que en consecuencia tampoco es trascendente el camino que elija. En *El derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica* del Dr. Alfredo Abadías se expresa «Nos encontramos en una sociedad cambiante, que fluctúa, que navega sin un claro norte por la creciente incertidumbre y la falta de seguridad».

De esta manera, en la obra en cuestión es inevitable la remisión a cuestionamientos de este tipo y a otros tantos de naturaleza orweliana o kafkiana, ante los profundos elementos de análisis que sus páginas condensan y que se refiere a tópicos como la libertad, la intimidad, el control y el poder, tópicos que diestramente son

analizados desde el ámbito del derecho penal (ex artículo 314 CP) y, particularmente, en relación con la discriminación laboral derivada de los algoritmos tecnológicos.

A lo largo de sus páginas el lector conocerá de primera mano el contexto actual de la situación en el que la persona trabajadora –de nueva cuenta– es colocada en una crítica situación de cara a las nuevas tecnologías en donde su fuerza de trabajo queda sujeta a las condiciones más amplias de la libre oferta y demanda (*Lex mercatoria*) acompañada de precarias condiciones de retribución y en las que incluso no pocas veces se discute la propia condición de agente trabajador de la persona.

La condición es incluso más crítica a los pasajes ya ocurridos en las anteriores revoluciones industriales y tecnológicas (lo que hoy se denomina cuarta revolución industrial) en tanto que, como expresa el libro reseñado,

los eventos contemporáneos acompañan a los trabajadores de una constante erosión en la fuerza de los sindicatos, la solidaridad social, la conciencia de clase trabajadora, la flexibilidad laboral y el deterioro cada vez más frecuente de las condiciones de trabajo, la crisis del Estado social y de sus instituciones.

Por si fuera poco, a lo ya dicho puede sumarse el embate de las nuevas tecnologías que, como apunta el autor reseñado, en teoría deberían servir a la humanidad pero que, como la cada vez más contante experiencia en el terreno fáctico demuestra, se coloca como uno más de los obstáculos a los que se enfrentan los trabajadores y la sociedad en general, muestra de ello son los casos de grandes compañías como Amazon, Uber, Google o IBM y, en el contexto español el conocido caso Bosco con incidencia en el consumo energético, así como diversos casos de discriminación en razón de la discapacidad. En todos estos precedentes, se detalla cómo el empleo de complejos algoritmos favorece la toma de decisiones no siempre neutrales y con incidencia en el ámbito laboral y, más aún, en la propia dignidad de las personas. Esta «no neutralidad» a su vez, se proyecta en decisiones discriminatorias que excluyen, que diferencian y que propugnan por un determinado modelo o estándar frente al cual, quienes son diferentes, tienen escasas (por no decir nulas) oportunidades de verse favorecidos, todas estas son cuestiones objeto de análisis en la obra del Dr. Abadías Selma.

Los casos presentados bajo análisis, a su vez, permiten a su vez derivar reflexiones en torno al ámbito de la responsabilidad penal, así como en relación al limitado arsenal que hoy disponemos para hacer frente a estas situaciones (artículo 314 CP). Como se sabe, el derecho casi siempre va algunos pasos atrás de la realidad y en el caso de la IA, así como de las nuevas tecnologías emergentes podríamos decir que el derecho se encuentra varios pasos detrás, tanto es así que, de cara a situaciones como la exclusión y discriminación los tribunales se han enfrentado a complejos dilemas y a laberintos normativos en los que no siempre se encuentra una respuesta satisfactoria.

En efecto, si las máquinas son alimentadas a través de la información proporcionada por sus programadores, luego entonces una probable vía de responsabilidad puede darse de la mano del control de la información que les es suministrada a estas y, por tanto, atribuir la responsabilidad a quienes las programan. Sin embargo, si partimos del hecho de que una vez «alimentada» la máquina es capaz de «aprender» y tomar sus propias decisiones en tal ámbito ¿podría derivarse una hipotética responsabilidad para la máquina? Y más aún, si se acepta esta situación, ¿cabría entonces repensar la idea de los sujetos de imputación normativa en el derecho? ¿el principio de culpabilidad y de responsabilidad personal? ¿flexibilizar el nexo de causalidad normativa? ¿idear nuevas hipótesis de responsabilidad para sujetos no humanos? (algo ya hecho en el ámbito

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Frente a estas complejas interrogantes, el autor nos expone las serias deficiencias del artículo 314 del Código Penal español y su incapacidad para hacer frente a los nuevos retos de la revolución tecnológica, dando parámetros *de lege ferenda* para eventuales reformas legislativas que puedan aprehender el fenómeno digital y darle una adecuada respuesta por vía de los instrumentos normativos.

Las cuestiones que aquí se presentan, y que derivan de una lectura de la obra reseñada, no son en absoluto baladíes pues, como constatará el lector, en muchos de los juicios que hoy día se llevan a cabo, uno de los principales argumentos esgrimidos por las defensas es que la programación se realiza con base en la información disponible y que, naturalmente, no pueden alterarse esos datos, de tal manera que no cabría atribuir responsabilidad a quien programa una máquina con base en los datos existentes en la realidad. La tecnología «aprende» de esos datos y del propio condicionamiento social contribuyendo a reproducir viejos atavismos humanos.

En efecto, en muchos casos, se requiere de un criterio no automatizado capaz de valorar específicas condiciones en las personas y que permitan superar barreras sociales y culturales de exclusión, cuestión que la IA al momento no logra incorporar (aunque ciertos intentos han sido realizados), el autor se pronuncia en esta dirección, esto es, en la necesidad de una intervención normativa y social que

permita reencauzar el desarrollo tecnológico bajo los cánones constitucionales y de derechos humanos, en particular del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), aspecto al que concede gran relevancia y nos lleva a un estudio pormenorizado de sus antecedentes, estructura, presupuestos y, naturalmente, retos de cara a la revolución digital que hoy experimentamos: «en el ámbito de lo laboral la prueba de una posible discriminación comporta todo un cúmulo de dificultades a veces insalvables, y es aquí cuando el juez tendrá que aquilatar, templar y velar incluso por la inversión de la carga probatoria con la finalidad de impedir una perpetuación de una situación totalmente contraria al ordenamiento constitucional».

Finalmente, el lector encontrará propuestas normativas concretas dirigidas al logro del objetivo constitucional antes trazado, dentro de estas medidas se contempla la responsabilidad de la persona jurídica, mecanismos de autoregulación (tipo *compliance*), reglas para la autoría y participación, herramientas para la garantía de la intimidad y la privacidad, medidas en materia de transparencia y acceso a la información (incluyendo en ciertos supuestos el acceso al código fuente de algoritmos y demás programas informáticos), instrumentos de trazabilidad, tutela de la neutralidad en la red, así como la previsión de diversos elementos tecnológicos y digitales en el ámbito laboral, incluyendo recursos y garantías *ad hoc* basadas en las nuevas tecnologías. Como señala el autor, «La digitalización de la sociedad es

una realidad imparables, y para evitar que se produzcan abusos en las relaciones laborales se impone la necesidad de una verdadera vertebración»,

esta vertebración exige esfuerzos conjuntos de Estado, trabajadores, sindicatos, empresas y de la sociedad en general.

Mario Eduardo Maldonado Smith

Profesor de Derecho Penal

Universidad Internacional de la Rioja

Investigador parlamentario

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México