

ABADÍAS SELMA, Alfredo: *El Derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Aranzadi, SAU, Navarra, 2023, 140 pp.

El Derecho penal como ciencia vinculada al conflicto social desde su perspectiva teórica ha pasado por un sinnúmero de avatares jurídicos, políticos, económicos y sociales. Su presencia, en tanto que responde a las problemáticas más emergentes, va ajustándose a los acontecimientos que aparecen en un entorno convulso como el que nos liga al mundo de las nuevas tecnologías, la informática y las comunicaciones.

Estamos en la «era digital» que ha traído muchos beneficios, pero también ha permitido la justificación de no pocos científicos, juristas y sociólogos a los postulados de la llamada sociedad de riesgo que fueron planteados por el sociólogo alemán *Ulrich Beck* en 1986, al lidiar con los peligros e inseguridades inducidos por la modernización de la sociedad⁽¹⁾.

De otra parte, tras la ruptura de las cadenas que impedían un discurso crítico sobre la discriminación laboral en sus diferentes manifestaciones, la protección de los derechos laborales en estos tiempos se vuelve una constante en los estudios académicos. En este entorno sufre una mutación dicho fenómeno social y adopta una modalidad convenida con su tiempo: la discriminación laboral a través de las herramientas globales de la digitalización.

Los tiempos que corren postpandemia han originado una nueva forma de involucrar las relaciones laborales del empleador con el empleado y viceversa. Se trata de relaciones laborales virtuales muy novedosas, promovidas por las redes sociales y definidas como teletrabajo, manteniéndose así, una dinámica laboral que permite e incrementa las relaciones de producción y prestación de servicios privados y públicos con un alcance nacional e internacional significativo, que se convierte en un reto a la externalización de nuestras sociedades.

Estas propuestas de carácter irreversible tienen aciertos y desaciertos las cuales han sido descritas con mucha concreción en esta obra. Una vez más, la ley tiene que asumir su papel regulador evitando los desatinos e irregularidades que conlleven a la vulneración de los principios fundamentales reconocidos en un Estado de derecho y donde el empleo es uno de los elementos más visibles de la inclusión social.

En el ámbito jurídico el papel principal lo deben asumir las ramas que tienen como encargo establecer los parámetros legales, nos referimos al derecho laboral y administrativo. La norma sustantiva se ha encargado de ir ordenando el contenido del trabajo y de las actividades administrativas, tal y como se observa en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 164, de 10 de julio de 2021 y que entre otras exigencias, establece en el ordinal 5 del Artículo 4 en lo concerniente a la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación, que las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que

(1) BECK, U., *La sociedad del riesgo: En camino hacia otra sociedad moderna*. Paidós Ibérica. España, 1992, p. 21

las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar.

Otras regulaciones como la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, de 2013, establece la obligación de las empresas de más de 50 trabajadores de reservar un porcentaje mínimo de puestos de trabajo para personas con discapacidad, lo que sin duda constituye una evidencia de la preocupación y el interés que demuestra el Estado y la sociedad para evitar las barreras desiguales que provoca la discriminación laboral y mejorar así las oportunidades para ese segmento de la sociedad española.

De igual manera, el *ius puniendi* del Estado ha tomado cartas en este complejo asunto, reprimiendo las conductas que afecten a las relaciones laborales digitales, sean estas colectivas y/o individuales, que originen abusos y discriminación para sus intervinientes por motivos de sexo, raza, edad, religión, discapacidad, etc.

Este último es el tema que involucra en su obra Alfredo Abadías Selma, destacado académico, investigador, profesor universitario y penalista español con numerosos aportes a las ciencias jurídicas y, muy especialmente, a los estudios de la criminología y el Derecho penal.

La obra objeto de la presente reseña consta de una estructura cuyo núcleo básico lo conforman tres capítulos, el numeral segundo bajo el título de «Algunos Ejemplos»; el tercer capítulo donde se explica el «Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación» y el último, relacionado con «El delito de Discriminación laboral ex artículo 314 del Código Penal Español».

Tras una motivadora introducción (pp. 13 ss.) sobre la realidad social relativa a las ventajas y desventajas del teletrabajo, la vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores por el debilitamiento de sus sindicatos, así como el viejo fenómeno de la corrupción sindical como fuente generadora de discriminación laboral, el autor comienza enunciando cinco casos paradigmáticos que son un reflejo de la problemática existente.

El análisis que se realiza del «Caso Amazon» (pp. 29 ss.), es un claro testimonio de como la inteligencia artificial, a través de los programadores encargados de diseñar o desarrollar los algoritmos en esta importante empresa, ha servido para estigmatizar, discriminar o excluir a candidatos y trabajadores, originando resultados inexactos e injustos en la toma de las disímiles decisiones laborales, ya sean, en las políticas de contratación y al momento de optar por puestos de trabajo, respecto a salarios e incentivos o cuando una vez incorporado el trabajador a la entidad, pueda sin menoscabo a sus derechos, mantener correctamente su status laboral y no como lamentablemente se hace la mención en el texto, cuando se explica lo que sucede en los procesos de automatización de la logística empresarial.

La incorporación de algoritmos con sesgos discriminatorios hacia sus empleados, son advertidos de igual manera por el profesor Abadías Selma, en los otros cuatro ejemplos referidos a: «El Caso Uber», «El Caso Google», «El Caso IBM y «El Caso Bosco» (pp. 37 ss. Y pp. 40 ss.), dejando planteado

en cada uno de ellos un mensaje aleccionador para el empresario que en el ámbito laboral realice su inserción en las nuevas tecnologías: «... es importante –dice el autor– que las empresas, organizaciones y gobiernos involucren a las partes interesadas en el proceso de automatización, incluyendo a los trabajadores, los consumidores y la sociedad en general. Además, se debe prestar atención a la ética y la responsabilidad en el diseño, desarrollo y aplicación de la tecnología de automatización» (p. 35.). Es por ello, que en cada ambiente laboral debe primar no solo el interés productivo y mercantilista, sino también una actuación ética, profesional, justa y equitativa en beneficio de todos.

Muy interesante resultan los apuntes que se observan en la investigación sobre la discriminación laboral y la pobreza energética. El primero, un lastre que desde hace un tiempo se intenta superar en España para limitar las insuficiencias que persisten en la realidad de las relaciones laborales, y el segundo, una situación grave para la sociedad española derivada del alza de precios, los bajos ingresos y la incapacidad de una familia para pagar las facturas de energía en un hogar.

Este problema, explicado en detalles en la obra, fue reclamado por un consumidor doméstico, que procesalmente originó una decisión de la justicia contenciosa administrativa, aclarando: «... que los actos administrativos no pueden ser dictados por una aplicación informática», al carecer de valoraciones y argumentos que deben ser ofrecidos por el órgano administrativo, cuestión que consecuentemente puede generar – como señala el autor – «un precedente perverso para situaciones de diferentes tipologías en las que intervengan sistemas de toma de decisiones automatizadas en empresas en relación con sus empleados» (p. 52).

De otra parte y siguiendo las ideas expuestas en el libro, en correspondencia con el tema central, se abordan con mucha claridad, los derechos a la igualdad y a la no discriminación (pp. 59 ss.), explicaciones teóricas y legales que se retoman por su importancia sin que resulten manidas dado que las relaciones entre empleo y trabajo interactúan constantemente con la tecnología digital en esta admitida «cuarta revolución industrial».

A través de un recuento histórico, Abadías Selma, profundiza en el estudio del derecho a la igualdad (pp. 59 ss. Y 63 ss.) no solo con una mirada legal y teórica, sino que para bien del lector se incluyen los criterios jurisprudenciales, resumiendo los fundamentos de este derecho, para luego moverse hacia delante en el tiempo y dejar planteado lapidariamente que «... la igualdad como derecho positivizado, ha de constituir una verdadera realidad ante la ley», y que «... la quiebra de esta, es la discriminación y el trato distinto a las personas y la colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc». , situación que todavía se presenta con mucho acento en nuestro entorno social y por cuya razón resulta inadmisibles e intolerables la discriminación laboral, sea generada con tales sesgos, directa o indirectamente, utilizando algoritmos u otras construcciones digitales.

Finaliza esta excelente obra, demostrando su autor el apego y la vocación que siente de manera incondicional a la dogmática jurídico – penal y lo hace con un estudio exegético sobre el delito de discriminación laboral previsto en el artículo 314 de la norma penal sustantiva española (pp. 75 ss.)

En un análisis crítico, propio de quien domina el contenido teórico del Derecho penal, la obra muestra algunas inconformidades con el planteamiento legislativo que prevé la conducta de discriminación en el ámbito laboral, muy especialmente los fundamentos que justifican la discriminación por razón de la edad en los supuestos de preferir contratar a trabajadores más jóvenes debido a la percepción de que son más enérgicos o tienen habilidades tecnológicas superiores (p. 76 ss.), un tema muy actual, que viene estudiándose en uno de sus contenidos esenciales, bajo la denominación de «Edadismo», fenómeno referido a la discriminación por edad por la cual, los profesionales «sénior» y otros ciudadanos, disfrutan de menos oportunidades laborales y son más propensos al desempleo de larga duración que perfiles más jóvenes, planteando serias preocupaciones en términos de justicia y equidad en el mercado laboral, como muy recientemente lo han señalado la Fundación Iseak, un Centro de investigación social especializado en el diagnóstico de problemáticas sociales con sede en Bilbao⁽²⁾.

El estudio de la norma penal parte del criterio de que en el artículo 314 del Código Penal no se reprocha de forma directa la discriminación en sí misma, sino que sanciona el mantenimiento y reiteración de los hechos cuando el empresario es advertido por la Administración, cuestión que indica oscuridad respecto al requerimiento previo de esta al empresario, postura asumida por el autor y de la que se precisa una valoración casuística a efectos de las consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de cada hecho penal punible que se suscite.

Igualmente no escapan del análisis valorativo del artículo 314, puntos imprescindibles en cualquier balance que se haga de los tipos penales, como son los relativos al bien jurídico protegido (pp. 84 y 85), los sujetos activo y pasivo de la conducta (pp. 85 ss.), cuyas polémicas doctrinales han sido acuciosamente examinadas por el autor haciendo especial referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la presencia del «Compliance» entre las novedades que se acusan respecto a la exigibilidad de una empresa u organización por una conducta ilícita, irregular o defectuosa.

Este último capítulo cierra con temáticas que, de seguro, serán bien acogidas por los interesados como pudieran ser estudiantes y operadores del sistema de justicia penal, desentrañando asuntos no menos complejos de interpretación y aplicación como el relativo a las formas de ejecución penal (pp. 92 ss.), lo concerniente a la culpabilidad (pp. 96 y 97), el concurso de normas y delitos (p. 98 y 99) así como la perseguibilidad, penalidad y la responsabilidad civil de la conducta delictiva establecida en la ley penal (pp. 100 ss.).

(2) DE LA RICA, S; QUESADA, O y MARTÍNEZ DE LA FUENTE, D. «¿Demasiado mayor para trabajar? Evidencia de un experimento de campo sobre el edadismo en el mercado laboral español», *Informe 2023*. Disponible en: https://iseak.eu/proyectos_iseak/investigacion.

De esta forma, cada criterio, opinión y postura, respecto a la figura delictiva, es asumida en sus vínculos con la discriminación algorítmica y el uso de la inteligencia artificial, alertando a la comunidad científica y al gremio laboral de la mejor manera en que deben ser interpretados los postulados de las leyes penales y extrapenales que le dan soporte al comportamiento ilícito de la discriminación laboral.

Por último, quiero llamar la atención de un aspecto que se suma a la novedad y calidad de la obra comentada, y es que el lector, no podrá desdeñar el lenguaje terminológico que aparece en toda la obra, el cual ha sido descrito meticulosamente por el autor y en la que con acierto ha logrado referir – ajustado a las exigencias de la era digital– los conceptos jurídicos y ramales que ordenan definiciones, tales como: «Culture touch»(p. 14), «Infoxicación»(p. 15), «Metaverso» (p. 19), «Blockchain»(p. 20), «Generación baby boom» y «Gentrificación»,(pp. 21 y 22), entre otros, los que entiendo resultarán muy útiles a los juristas que también forman parte del grupo de nativos e inmigrantes digitales.

Resulta igualmente muy estimable, las conclusiones y propuestas de «lege lata» y «lege ferenda», que se hacen en este libro (pp. 105 ss.), una lección más, cuyo corte orientador y preventivo, compromete a la administración y al empleador público y/o privado a mantener un ambiente de transparencia, integridad, coherencia y respeto a sus empleados, ante la toma de decisiones administrativas que involucren la automatización digital, ello no solo como elemento deóntico en sus actuaciones, sino también en evitación de reclamaciones e impugnaciones laborales.

En condiciones y supuestos como los explicados en el cuerpo del trabajo, el control sistemático mediante auditorías de las operaciones digitales; el acceso de los trabajadores a la información; el derecho a la intimidad; la protección y el procesamiento de datos personales, entre otros, se constituyen en aspectos que consagran el respeto a los derechos fundamentales como pilares del valor humanístico que debe caracterizar a las sociedades modernas en la protección de los trabajadores y trabajadoras, tal y como se postula en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los que España y la Unión Europea son partes.

Se convierte así esta obra, en un referente indiscutible para quienes ávidos de conocimientos sobre la realidad española actual, quieran entender e interpretar qué está ocurriendo tras la digitalización empresarial; la aplicación automatizada de algoritmos y la inteligencia artificial en las relaciones laborales; el peligro que entraña para los trabajadores las desigualdades y manifestaciones discriminatorias en el tratamiento de sus datos personales; los perjuicios, daños y afectaciones que se originan; así como la respuesta jurídico-penal que la ley aborda, todo ello en aras de fortalecer como una necesidad imperiosa, los mecanismos e instrumentos democráticos en la lucha por erradicar la discriminación laboral en España.

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ

Docente e investigador
Universidad Internacional de La Rioja