

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

PERSONAS VULNERABLES Y DERECHO

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

PERSONAS VULNERABLES Y DERECHO

DIRECTORES
OCTAVIO GARCÍA PÉREZ
CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

tirant lo blanch

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores y autoras

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISBN: 978-84-1169-847-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

INTRODUCCIÓN

Aun cuando todas las personas, por el mero hecho de serlo, son vulnerables (aspecto estático y estructural), lo cierto es que no todas lo son en la misma medida (aspecto dinámico y circunstancial). En efecto, son muy diversas las condiciones que pueden incrementar la vulnerabilidad de las personas: edad, género, discapacidad, orientación sexual, migrante, asilado, situación socio-económica, recluso, etc. Esto determina que tengan unas necesidades especiales debido a la desigualdad que padecen, lo que ha provocado que, tanto a nivel internacional como nacional, se hayan aprobado normativas que ambicionan reconocer o reforzar los derechos de estos colectivos de cara a hacer desaparecer o mitigar al menos las condiciones en las que se encuentran.

La presente obra pretende desde una perspectiva interdisciplinar y transversal ocuparse de dos cuestiones fundamentales:

1ª. Proceder al análisis en torno a si es necesario reinterpretar las normativas vigentes sobre estas situaciones o modificarlas o crear otras nuevas que atiendan a las nuevas realidades sociales.

2ª. Quizás la más relevante, apunta a que no basta la aprobación de una normativa para mejorar las condiciones de las personas más vulnerables y ello porque con frecuencia los textos legales son puramente declarativos o simbólicos y, en otras, sencillamente no se aplican o se cumplen.

Desde el punto de vista jurídico, cabe decir que los integrantes de todos estos colectivos en cuanto personas gozan de los mismos derechos que cualesquiera otras. En este sentido, todos ellos son titulares de los derechos consagrados en los textos internacionales de Derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea de Derechos Humanos). Sin embargo, en la práctica, esas declaraciones de derechos han quedado en gran medida en papel mojado o son una mera declaración de intenciones para los miembros de estos colectivos, pues, como ha indicado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, estas “siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”.

De ahí que se haya optado por la elaboración de declaraciones de derechos para algunos de estos grupos. En este sentido a nivel internacional desde finales del Siglo XX se ha avanzado bastante en relación a ciertos grupos de estos colectivos. Para ello se han aprobado, tanto textos donde se han abordado los problemas de un colectivo de forma global, como aspectos específicos relacionados con alguno de ellos. No obstante, y al igual que se ha constatado a nivel internacional, en España los derechos de estos colectivos se siguen vulnerando.

Los estudios que son objeto de desarrollo confirman que buena parte de los problemas que sufren los colectivos vulnerables no son debidos a la falta

de reconocimiento de sus derechos, sino a la ausencia de suficientes garantías y medidas destinadas a ponerlos en la práctica, lo que pondría de manifiesto el logro de su efectiva protección, la cual dejaría de estar meramente reflejada en la norma con carente virtualidad práctica. En este sentido, la revisión de los estudios sobre la realidad social en la que se mueven estos colectivos nos va a proporcionar una imagen de las prácticas que vulneran los derechos de estos grupos.

El problema de la “vulnerabilidad de las personas” tiene una extraordinaria relevancia, tanto cualitativa, como cuantitativamente. Desde este último punto de vista, estamos hablando de varios millones de personas que en mayor o menor medida son vulnerables. El estudio pretende que el Estado de bienestar haga honor a su propio nombre, mejorando la vida de estos colectivos para lo cual no solo hay que reconocer derechos, sino, especialmente, disponer de los mecanismos necesarios para garantizar su efectividad. Estamos ante un problema de bienestar social de primer orden que también afecta a la salud. Igualmente se pretende responder al reto de buscar una sociedad más inclusiva en la medida en que pretende mejorar los derechos de los colectivos más propensos a la exclusión social, asegurando la efectividad de los mismos.

La obra recoge las ponencias y comunicaciones que se han presentado en el Congreso Internacional sobre la protección de las personas vulnerables en el ámbito nacional y europeo que se celebró en Málaga los días 3 y 4 de noviembre de 2022. Este Congreso se ha organizado en el marco de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PGC2018-097607-B-I00 sobre el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno” y FEDER Andalucía 2014-2020 UMA-18-FEDERJA-175 sobre “Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado de bienestar”.

Octavio García Pérez
Carmen Sánchez Hernández

Índice

| | |
|---|-----|
| <i>Reflexiones en torno a la discriminación laboral tecnológica en los tiempos del “Metaverso” y la necesaria reforma del art. 314 CP</i> | 15 |
| ALFREDO ABADÍAS SELMA | |
| <i>El consentimiento de la víctima y la violencia de género.....</i> | 49 |
| CATARINA ABEGÃO ALVES | |
| <i>La responsabilidad civil de las personas en situación de discapacidad. La coherencia del sistema de responsabilidad frente a la distinta regulación civil y penal.....</i> | 65 |
| <i>Población vulnerable y prisiones: problemáticas y limitaciones de los instrumentos penitenciarios aplicables a los penados por delitos de terrorismo</i> | 101 |
| ELENA AVILÉS HERNÁNDEZ | |
| <i>Aporofobia y exclusión social como motivos agravantes en el Código Penal español...</i> | 127 |
| MIGUEL BUSTOS RUBIO | |
| <i>Apuntes sobre el fideicomiso de residuo como fórmula de protección de la persona con discapacidad tras la reforma de la Ley 8/2021</i> | 153 |
| MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN | |
| <i>La protección del prestatario frente a la asimetría contractual en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario</i> | 177 |
| NEUS CORTADA CORTIJO | |
| <i>La protección precontractual del consumidor vulnerable en la adquisición de vivienda con garantía hipotecaria</i> | 215 |
| MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO | |
| <i>A legitimidade da intervençã o do Estado para proteçã o da saú de da crianç a e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i> | 245 |
| JORGE DUARTE PINHEIRO | |
| <i>La eutanasia y el suicidio asistido en menores de edad. Regulación y jurisprudencia en España y en el contexto europeo</i> | 265 |
| DEBORAH GARCÍA MAGNA | |
| <i>Función de los apoyos informales en la toma de decisiones de las personas mayores vulnerables</i> | 301 |
| ASCENSIÓN LECIÑENA IBARRA | |
| <i>El impuesto de plusvalía, un ejemplo de la creciente vulnerabilidad de la ciudadanía frente a la Administración Local</i> | 333 |
| ADORACIÓN PADIAL ALBÁS | |

| | |
|--|-----|
| <i>Menores con problemas de conducta en régimen de acogimiento residencial: ¿un caso de vulnerabilidad jurídica?</i> | 349 |
| CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ | |

COMUNICACIONES

| | |
|--|-----|
| <i>De la infancia vulnerable al sistema de justicia juvenil: un itinerario latente.....</i> | 391 |
| ELENA BAZAGA CAMPOS | |
| <i>La vulnerabilidad del sujeto pasivo en delito de online child grooming o propuesta sexual telemática. A la vez, consideraciones sobre el adelantamiento de las barreras de protección penal</i> | 405 |
| ROBERTO CRUZ PALMERA | |
| <i>El proxenetismo en la perspectiva actual de la política criminal contemporánea</i> | 419 |
| ANTONINO DI MAIO PIERLUIGI ZARRA | |
| <i>¿Derecho a la libre circulación?, o ¿Garantía de vulnerabilidad? La tragedia de la ciudadanía europea.....</i> | 439 |
| PETER EHRET | |
| <i>La vulnerabilidad de los grupos protegidos en la jurisprudencia del TEDH sobre discurso del odio: comparación con los pronunciamientos de otros órganos que velan por la aplicación de tratados internacionales de derechos humanos.</i> | 449 |
| ALBERTO JOSÉ FERRARI PUERTA | |
| <i>Las medidas civiles de protección de las personas menores víctimas de violencia de género en las relaciones paterno filiales</i> | 463 |
| DRA. ANA GIMÉNEZ COSTA | |
| <i>Derecho de libertad religiosa y derecho a la educación de los inmigrantes de confesiones religiosas no católicas.....</i> | 485 |
| M ^a ÁNGELES HERRERA GARCÍA | |
| <i>Políticas públicas de atención a colectivos vulnerables: Mujeres y discapacidad.....</i> | 501 |
| ÁNGELES LIÑÁN GARCÍA | |
| <i>El control de constitucionalidad de las leyes que afectan a grupos vulnerables.....</i> | 513 |
| DANIEL LÓPEZ RUBIO | |
| <i>El acceso a la jurisdicción laboral de los inmigrantes trabajadores sin permiso de trabajo.</i> | 529 |
| ISABEL MARÍN MORAL JOSÉ MATEOS BUSTAMANTE | |

| | |
|--|-----|
| <i>Intimidación familiar en la LOPIVI: aspectos controvertidos</i> | 557 |
| GUILLERMO A. MORALES SANCHO VICENTE J. NAVARRO MARCHANTE ESTER PASCUAL RODRÍGUEZ | |
| <i>La autorización judicial de expulsión administrativa del extranjero del art. 57.7 de la LOEx como manifestación del principio de oportunidad</i> | 601 |
| PABLO RANDO CASERMEIRO | |
| <i>La protección europea de las víctimas de trata y su aplicación a nivel nacional: reflexiones alrededor de la nueva propuesta de ley integral contra la trata</i> | 627 |
| GEORGINA RODRÍGUEZ MUÑOZ | |
| <i>El delito de embaucamiento de menores con fines sexuales tras la reforma del Código Penal por LO 10/2022, de 6 de septiembre.....</i> | 643 |
| VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ/NATALIA TORRES CADAVID | |
| <i>La violencia de género en las mujeres mayores.....</i> | 657 |
| MARÍA VICTORIA ROMÁN FERNÁNDEZ | |
| <i>La defensa de los derechos fundamentales como estrategia específica de lucha contra la criminalidad organizada.....</i> | 671 |
| DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL | |
| <i>La razón de ser de las medidas voluntarias de apoyo atípicas: el cuidado como consecuencia de la voluntad</i> | 683 |
| ERNESTO FRANCISCO SARRIÓN HERNÁNDEZ | |
| <i>Las personas trans como colectivo vulnerable: medidas legislativas autonómicas para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación por identidad de género...</i> | 697 |
| SERGIO SIVERIO LUIS | |
| <i>La protección de testigos víctimas de trata de seres humanos como grupo vulnerable .</i> | 715 |
| ESTEFANÍA SIXTO SEIJAS | |
| <i>La privación de libertad extrapenal de personas extranjeras no comunitarias: infracciones, sanciones, condiciones de aplicación y una (des)valoración preliminar.....</i> | 729 |
| NATALIA TORRES CADAVID | |
| <i>Un paso al frente en la lucha contra la vulnerabilidad de las personas con discapacidad: las medidas de apoyo a la capacidad jurídica del Derecho catalán. Especial referencia a la asistencia como medida de apoyo prevista en el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto .</i> | 747 |
| CRISTINA VILLÓ TRAVÉ | |
| <i>Estudio victimológico de la mujer refugiada por motivos de género en la UE.....</i> | 765 |
| MERCEDES YELA UCEDA | |

Reflexiones en torno a la discriminación laboral tecnológica en los tiempos del “Metaverso” y la necesaria reforma del art. 314 CP

ALFREDO ABADÍAS SELMA¹

*Profesor Contratado Doctor en Derecho penal
Universidad Internacional de La Rioja UNIR*

Sumario: 1. Introducción 2. Casuística 2.1. El caso Amazon 2.2. La acción sindical de UGT en España 3. El delito de discriminación laboral ex art. 314 CP 3.1. Acción punible 3.2. Bien jurídico protegido 3.3. Sujetos activo y pasivo 3.4. Ejecución 3.5. Tipo subjetivo 3.6. Concursos 3.7. Perseguibilidad 3.8. Penalidad 3.9. Responsabilidad civil 4. Conclusiones y propuestas.

1. INTRODUCCIÓN

Nos ha tocado vivir en unos tiempos cambiantes y convulsos en los que la seguridad es ya una quimera en la mayoría de los ámbitos de nuestra vida.

No ha pasado tanto tiempo desde que se entraba a trabajar en una empresa de aprendiz o “botones”, se iba ascendiendo paulatinamente categoría a categoría, con esfuerzo, tenacidad y fidelidad, y se podía llegar a lo más alto, siendo lo más habitual el jubilarse homenajeado como mínimo entre los compañeros y compañeras del trabajo de “toda la vida”. Esto todavía se mantiene en sociedades avanzadas como la japonesa, donde el entrar a formar parte de una corporación es un honor, y los trabajadores se llegan a identificar con una empresa y su marca para el resto de sus días.

En Japón el paso del tiempo juega a favor, a diferencia de nuestro país, y se busca crear vínculos sólidos en un proceso evolutivo fructífero repleto de detallismo y planificación. Existe una clara aversión al riesgo en todos los sentidos, y se pretende conseguir la seguridad como un valor muy cotizado.

¹ Contacto con el autor: alfredo.abadias@unir.net / aabadiasselma@gmail.com

En España vivimos en un entorno laboral marcado por la incertidumbre, la provisionalidad y la precariedad. Encontrar un trabajo para toda la vida, un anhelado contrato indefinido que permita vivir con seguridad y estabilidad en unas condiciones dignas es algo que hoy en día es realmente un privilegio de unos pocos, y ello hace que el compañerismo sea cada vez más parvo debido al ansia de conservar el puesto de trabajo a toda costa, pisando si es preciso al compañero o compañera en un “sálvese quien pueda”.

Vivimos en unos tiempos complejos con cambios constantes inmersos en la denominada “modernidad líquida” de BAUMAN², cuando no “gaseosa” a la que hace referencia URRA PORTILLO³, o en la “Modernidad tardía” a la que se refiere BENITO SÁNCHEZ⁴, donde las relaciones laborales tienden a la externalización, la deslocalización, la exclusión y la nueva pobreza urbana.

Estamos ante una serie de cambios raudos impulsados por los avances tecnológicos en lo que se denomina “Cuarta revolución industrial”, “Era digital” o el ya afamado término de “Metaverso”.

Términos como “Globalización”, “Big data”, “Blockchain”, “Aldea global” o “Brecha digital”⁵ van repitiéndose entre los llamados nativos e inmigrantes digitales que describe PRENSKY⁶, estos últimos, en la mayor parte de las veces conformando colectivos cada vez más expuestos al abuso, la

² Vid. BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México DF, 2004, *passim*. La sociedad líquida desde el punto de vista sociológico puede considerarse un orden en el que lo percedero, lo transitorio y el liberalismo llevado al extremo se imponen.

³ URRA PORTILLO, J., *El pequeño dictador crece: padres e hijos en conflicto*, La Esfera de los libros, Madrid, 2015, *passim*.

⁴ BENITO SÁNCHEZ, D., “Exclusión social y gobierno de la pena. Un análisis sobre la legitimidad de la producción penal de la exclusión”, en BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (Dirs.), VV.AA., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 21.

⁵ Según Eurostat, la brecha digital hace referencia a la distinción entre aquellos que tienen acceso a Internet y pueden hacer uso de los nuevos servicios ofrecidos por la WWW, y aquellos que están excluidos.

⁶ MARC PRENSKY fundó y es director de Games2train, empresa que se dedica a fomentar el aprendizaje basado en el juego. También fundó *The Digital Multiplier*, corporación dedicada a paliar y/o eliminar la brecha digital existente hoy en día entre generaciones.

discriminación, y en definitiva a la vulnerabilidad en un contexto en el que gobierna la “*Lex mercatoria*”⁷.

Son momentos en los que no hay tiempo para el asueto y la reflexión y se opta por la cultura de la inmediatez, la que venimos a denominar “*Culture touch*”⁸ en la que con un leve deslizarse de nuestras yemas de los dedos “acariciamos” una pantalla táctil de los ya imprescindibles *smartphones* y tenemos a nuestro alcance toda la información que necesitamos al instante, o al menos eso creemos, pues la ingente cantidad de datos que recibimos cuesta de cribar y somos presa fácil de las *Fake news* y la infoxicación⁹.

Sin querer mostrarnos apocalípticos, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de los que habla con meridiana claridad, arrojo y brillantez TERRADILLOS BASOCO¹⁰ están en jaque, cuando no heridos de muerte, y ello entendemos que es motivo suficiente para que nos paremos en el camino a reflexionar de forma pausada sobre ¿dónde se sitúa el hombre y la mujer trabajadora frente a una posible discriminación laboral propiciada por las nuevas tecnologías entre la que se encuentra la inteligencia artificial?

⁷ A la que hace referencia detallada TERRADILLOS BASOCO en diversas obras, *ad exemplum* TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, “Derecho penal económico. Lineamientos de política penal”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, núm. 35, enero-junio de 2015, p. 8, donde señala la «*lex mercatoria* como primera referencia normativa, por encima de derechos humanos fundamentales, de principios constitucionales retóricamente intangibles o de convenciones internacionales que obligan y limitan a los Estados firmantes».

⁸ Sobre el término, puede verse ABADÍAS SELMA, A., *Justicia juvenil e inteligencia artificial en la era de la cultura “Touch”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁹ *Infoxicación* es una palabra adaptada en Lengua española para referirse a un exceso de información difícil de procesar.

Vid. FUNDEU., disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/infoxicacion-neologismo-adeecuado-en-espanol-1279/>. (Fecha de última consulta: 3 de octubre de 2022). Sobre el término véase CORNELLA SOLANS, A., “Ignorancia profunda, ignorancia conocedora e internet”, *El profesional de la información*, Vol. 8, núm. 4, 1999, p. 37; asimismo es de interés MARTÍNEZ-CAÑADAS, E., *El mito de la infoxicación*, UOC, Barcelona, 2021, *passim*.

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea*, J.M. Bosch, Barcelona, 2020.



2. CASUÍSTICA

2.1. *El caso Amazon*

Los sistemas de IA se utilizaron en un origen para evitar discriminaciones en los procesos de selección y conseguir una óptima imparcialidad, sin embargo, se ha demostrado que la tecnología también es capaz de recabar múltiples datos para conseguir conocer características personales del comportamiento humano en relación con los hábitos de navegación por Internet y publicaciones en redes sociales. Dicho esto, es sabido que no está permitido recabar datos en materia de afiliación sindical, sexo, orientación sexual o discapacidad, pero la IA será capaz de obtener información mediante el cruce de otros parámetros.

Asimismo, la IA puede recopilar datos que pueden tener un sesgo sustentado en pautas discriminatorias, pues la realidad como elemento de aprendizaje puede comportar la perpetuación de la estigmatización para el trabajador.

Además, la Estadística como ciencia, contempla que tienen más valor las decisiones que se tomen con la mayor cantidad de datos de que se dispongan y ello provocará que las minorías queden subrepresentadas y por ende marginadas.

Según la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017¹¹ se sabe que estos errores en el diseño de la IA y los sesgos en los datos recopilados pueden provocar discriminaciones que se generan por múltiples factores, tasados o no específicamente en la normativa laboral.

Se sabe que muchos especialistas en inteligencia artificial señalan que esta no solamente evita el error humano eliminando prejuicios, sino que incluso puede llegar a empeorar situaciones de clara discriminación por razón no solamente de sexo, sino de raza, procedencia geográfica, orientación

¹¹ PARLAMENTO EUROPEO., *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI))*, p. 8. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017IP0076>. (Fecha de última consulta: 6 de noviembre de 2022). La UE advierte que: “se requiere la máxima prudencia para evitar la discriminación ilícita y la selección de determinadas personas o grupos de personas...”.

sexual, etc. Todo dependerá de quién haya alimentado la base de datos de la que se nutre el algoritmo creado ex profeso. Quizás sería útil que las mujeres, personas de distintas razas, origen geográfico, creencias, etc., participen de forma directa en la creación de estas herramientas y en los procesos de selección para evitar sesgos generadores de clara discriminación.

Ya entrando en el ámbito de la casuística, en 2014 un equipo de expertos de Amazon diseñó un sistema basado en inteligencia artificial para poder seleccionar currículums tomando como base datos archivados de los últimos diez años. El objetivo era automatizar la búsqueda de los mejores talentos, sin embargo, la compañía pudo comprobar que los algoritmos que estaban utilizando para la criba masiva de datos producía el efecto de seleccionar a muchos más hombres en detrimento del sexo femenino¹².

El sistema que diseñó la compañía buscaba que entre cien currículums solo quedasen los cinco mejores llevándose a cabo un puntaje del 1 al 5.

Nerea Luis Mínguez, experta en inteligencia artificial¹³, afirmaba que esto es lo que ocurre cuando se entrena a un sistema con unos datos que pensamos que no están sesgados, pero que realmente lo están.

El sistema que había diseñado la multinacional Amazon excluía la candidatura a puestos de trabajo simplemente por contener la palabra “mujer”, y ello se demostró de forma curiosa en un caso de una postulante que indicaba que era capitana de un equipo de ajedrez de “mujeres”.

Amazon intentó rectificar el programa de selección, pero puesto que estaba nutrido de currículums tomados de una base de datos que tenía diez años y que de forma sistemática descartaba al sexo femenino, hubo de desistir porque en el fondo existía un sesgo discriminatorio.

La gran compañía nunca llegó a reconocer de forma explícita que su departamento de recursos humanos había discriminado a las candidatas mujeres para seleccionar a sus trabajadores/as, sin embargo, todo hace pensar lo contrario.

¹² Vid. RUBIO ARROYO, I., “Amazon prescinde de una inteligencia artificial de reclutamiento por discriminar a las mujeres”, *El País*, Madrid, 12 de octubre de 2018, disponible en: https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html, (Fecha de última consulta: 4 de octubre de 2022).

¹³ Fundadora de T3chfest, un evento tecnológico en la Universidad Carlos III de Madrid. T3chfest. Disponible en: <https://t3chfest.es/2023/>. (Fecha de última consulta: 4 de octubre de 2022).

Cristina Aranda, encargada de preventa e innovación en Intelygenz y cofundadora de MujeresTech, indicaba que no se ha entrado a valorar que existe el denominado “Síndrome del impostor”¹⁴, también conocido como “Síndrome del farsante”, que consiste en que algunas mujeres llegan a creer que no están preparadas para desempeñar ciertos puestos de trabajo y atribuyen los méritos a agentes externos a ellas.

La gran automatización de la logística de los almacenes junto a un masivo comercio electrónico que cubre la mayoría de las necesidades de los usuarios en cada vez un menor tiempo, un hecho que Amazon haya conseguido un hecho diferenciador y un gran valor añadido que la ha convertido en líder del mercado con más de un millón y medio de empleados en todo el mundo¹⁵.

De una encuesta que se realizó en EE. UU. por Career Builder en 2017, se extrajo que alrededor del 55% de gestores de recursos humanos reconoció que la inteligencia artificial sería utilizada de forma habitual para captar talentos. De esta encuesta también se pudo deducir que los encargados de reclutar al personal para ocupar puestos de trabajo utilizaban la inteligencia artificial sobre todo para llevar a cabo los primeros pasos de las selecciones, que suelen ser tediosos y que ocupan mucho tiempo¹⁶.

¹⁴ El “síndrome del impostor” es un fenómeno psicológico por el que la persona cree y se llena de pensamientos entre los cuales no se considera inteligente, capaz o creativo. A pesar de que existen evidencias que indican que sí tiene habilidades, presenta un bajo rendimiento laboral que se demuestra con éxitos.

¹⁵ Vid. STATISTA., Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/535623/numero-de-empleados-de-amazon/>, (Fecha de última consulta: 6 de noviembre de 2022).

¹⁶ Para la selección de personal de forma lo más imparcial posible y con un sistema “ciego” han sido varias las empresas (también ETT) que se han servido de este como Adecco, GapJumpers (de Silicon Valley), Banco Santander, Aqualia, KPMG o Gamesa y también administraciones públicas como el servicio público de empleo de Francia, o la administración pública australiana. Es de destacar la experiencia piloto de 2017 impulsada por el entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad que se difundió mediante el Protocolo general para llevar a cabo procesos de selección de la forma más objetiva posible con un CV de carácter anónimo. Esta iniciativa tomó una gran fuerza porque arrancó con 78 empresas y sindicatos de trabajadores como UGT, CCOO y FETICO, algunas universidades, asociaciones profesionales. Al respecto puede verse RIVAS VALLEJO, P., *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 365.

2.2. La acción sindical de UGT en España

UGT en 2019 pidió reforzar la vigilancia para que se evitase la discriminación laboral de las personas con discapacidad¹⁷. Concretamente en diciembre de 2019, este sindicato presentó la “Guía sindical de la discapacidad en el empleo”¹⁸ coincidiendo con el Día Internacional de las personas con discapacidad¹⁹, ello para evitar conductas discriminatorias frente a estos/as trabajadores/as.

Adela Carrió, en calidad de secretaria confederal de UGT destacó el papel fundamental del empleo como elemento de inclusión social de los trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad y recordaba que solo uno de cada cuatro trabajadores (según datos del INE de 2019) estaba

¹⁷ EFE., “UGT pide “reforzar la vigilancia” para evitar la discriminación laboral de las personas con discapacidad”, disponible en: <https://www.europapress.es/epsocial/responsables/noticia-ugt-pide-reforzar-vigilancia-evitar-discriminacion-laboral-personas-discapacidad-20191202160044.html>, (Fecha de última consulta: 5 de octubre de 2022).

¹⁸ Vid. UGT., *Guía sindical de la discapacidad en el empleo*, pág. 5. Disponible en: <https://www.ugt.es/sites/default/files/guia-sindical-discapacidad-2019-ugt.pdf>, (Fecha de última consulta: 5 de octubre de 2022). En la citada guía se recuerda que: “El concepto de discapacidad ha experimentado una extraordinaria evolución a lo largo de nuestra historia. No hace muchos años tener una discapacidad significaba la segregación de la persona, estigmatizándola, y apartándola de la sociedad. Con el paso del tiempo, la discapacidad empezó a tener cabida en las políticas sociales, pero con un tratamiento asistencial y paternalista, que refuerza la dependencia y acentúa la discriminación social y laboral. Ya en la Constitución de 1978 se recoge y se ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran las personas con discapacidad, y el amparo para el disfrute de sus derechos”.

¹⁹ Vid. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132, de 03/06/2021. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/2021/06/02/8/con>. (Fecha de última consulta: 14 de noviembre de 2022). En el apartado II de su Preámbulo se indica que: “La presente Ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno”.

trabajando y en un 90% eran contratos temporales. Este dato revela que el colectivo de trabajadores discapacitados es altamente dependiente de sus familias y de las ayudas públicas para poder subsistir.

Se destacaba que la guía elaborada por UGT ha de servir para el fomento de la contratación de las personas discapacitadas, evitar las situaciones de discriminación laboral y promocionar asimismo que se mantengan las condiciones de contratación también para quienes padecen una incapacidad sobrevenida.

El sindicato hacía especial inciso en los derechos de: acceso al trabajo, igualdad de trato, la no discriminación, normal promoción y ascensos para evitar en definitiva la discriminación de un colectivo que es altamente vulnerable.

UGT ponía de relieve que la acción sindical y la negociación colectiva son claves para conseguir que las personas con discapacidad puedan ejercer con normalidad su derecho al empleo. Asimismo, señalaba que es fundamental que se luche para combatir las estigmatizaciones, el acoso y cualquier tipo de violencia en los centros de trabajo, pues ello afecta sobremanera a las personas discapacitadas.

Hemos de señalar que los datos están a la vista, con una baja ocupación²⁰ y la precariedad laboral y contractual de este colectivo.

Pensamos que en los procesos de selección ya habría de existir un control público para que de ninguna forma se discrimine mediante cribas de currículums que pueden llevarse a cabo con facilidad mediante herramientas basadas en la inteligencia artificial.

Un factor fundamental para evitar la discriminación de las personas discapacitadas, entendemos que consiste en que se fomente la contratación con ayudas directas y subvenciones a las empresas, algo que todavía no se

²⁰ Según datos del INE, el 34,3% de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocida en 2020 eran activos, 0,3 puntos más que en el año anterior. Esta tasa de actividad era 41,8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. Según el mismo organismo oficial, el empleo de las personas con discapacidad es una operación de periodicidad anual que tiene como objetivo obtener datos sobre la fuerza de trabajo (ocupados, parados) y la población ajena al mercado laboral (inactivos) dentro del colectivo de personas con edades comprendidas entre los 16 y 64 años y con discapacidad oficialmente reconocida. Vid. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE). Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736055502&menu=ultiDatos&idp=1254735976595, (Fecha de última consulta: 7 de octubre de 2022).

ha potenciado suficientemente en la realidad de las relaciones laborales de nuestro país.

3. EL DELITO DE DISCRIMINACIÓN LABORAL EX ART. 314 CP

3.1 Acción punitiva

Artículo 314.

«**Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia²¹ o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses**».

Las causas de discriminación que enumera este artículo son tasadas y no admiten otras, sin embargo, se contempla el factor edad, y es cuanto menos chocante que en la Constitución española no es así, aunque es un elemento muy sensible y que ha generado jurisprudencia del Tribunal Constitucional ²². 

²¹ Vid. sobre este concepto CORTINA, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*, Paidós Ibérica, Madrid, 2017 y BUSTOS RUBIO, M., «Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22. 4.ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23 de abril de 2021, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>, (Fecha de última consulta: 8 de noviembre de 2022).

²² Así en STC 184/1993, de 31 de mayo: «aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el artículo 14 de la CE, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto, y por ello podrá en algunos casos ser tomada en consideración

En este punto nos planteamos ¿por qué no se tiene en cuenta la discriminación generada por la inteligencia artificial y los algoritmos -cuando no “Algoritarismos”²³?

La actual redacción del artículo 314 CP proviene de la Ley orgánica 8/2021, de 24 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha ampliado las causas de discriminación que se recogían con anterioridad. Con la inclusión de las nuevas causas el legislador pretende incorporar a nuestro ordenamiento una serie de instrumentos internacionales²⁴ suscritos por España en relación con las relaciones laborales a los efectos de conseguir la eliminación de desigualdades en este ámbito.

El derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales encuentra sustento en el principio de igualdad contemplado en el art. 14 de la CE, además de tener amparo en una serie de derechos fundamentales como: la libertad ideológica *ex* art 16 CE, la libertad de expresión *ex* art. 20.1 CE, el derecho de reunión *ex* art. 21 CE, el derecho de asociación *ex* art. 22 CE, la libertad sindical y el derecho de huelga *ex*

por la norma o su intérprete cuando resulta relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad»

²³ Puede verse sobre la dictadura de los algoritmos, la extensa obra de SABARIEGO, J; JOBIM DO AMARAL, A y BALDISSERA CARVALHO SALLE, E., (Coords.), *Algoritarismos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 15, donde se recoge: Con traducción mía: «lejos de cualquier generalización, se acercaría a un conjunto multi-dimensional de prácticas políticas que pueden ser actualizadas por diferentes ensamblajes, prácticas que están tecnológicamente dispuestas a secuestrar el ritmo vital que hace vibrar cualquier sentido, es decir, modos de un dispositivo ‘dado’ para informar, planificar funciones repetibles y dar forma a futuros probables bajo lógicas estandarizadas de dolor profundo».

²⁴ Así: el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, el Convenio internacional de Nueva York, de 21 de diciembre de 1965, sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Convenio de Nueva York sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979. En cuanto a la legislación europea, cabe citar la Directiva 75/117 CEE de 10 de febrero, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros, y que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores/as, y la 76/207 CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo, entre otras disposiciones que posteriormente emanan del seno de la Unión Europea en aras de conseguir una igualdad real y efectiva entre trabajadores y trabajadoras.

art. 28 CE. Estos derechos vienen complementados con el derecho a la no discriminación por razón de sexo *ex* art. 35 CE, ello avalado por abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre la que podemos destacar la STC 214/1991 de 11 de noviembre, con argumentos que aparecen de nuevo en la STC 176/1995 de 11 de diciembre²⁵.

Ya entrando en el tenor literal del texto del art. 314 CP, cuando se indica “grave discriminación”, entendemos que se trata de un elemento de valoración cuantitativa menos poco preciso, que sin embargo habrá de interpretarse para situaciones reiteradas e intolerables²⁶. La gravedad²⁷ de la situación es algo complejo y etéreo de valorar que puede generar situaciones de inseguridad jurídica, pues dentro de la discriminación laboral, ¿podemos diferenciar situaciones de discriminación grave y otras que no lo sean? En este punto estamos de acuerdo con SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO²⁸ cuando afirman que se precisa una profunda reflexión para determinar el concepto de gravedad.

Como hemos indicado, para que la discriminación pueda considerarse relevante, ha de ser grave, y para poder determinar la situación hay que estar a lo que preceptúa el art. 17.1 del Estatuto de los trabajadores en relación con los arts. 8.12 y 16.2 TRLISOS.

También es de destacar que la protección penal se extiende al empleo público y al privado, referencia que, sin embargo, no consta en el resto de los tipos que se recogen en el Título XV del CP.

Según el Tribunal Constitucional lo que prohíbe el principio de igualdad son «las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado»²⁹.

²⁵ Véase al respecto a LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación en el Código penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 219-288.

²⁶ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Dir. y coord.), JUDEL PRIETO, Á., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal parte especial*, tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 509.

²⁷ Para LASCURÁIN SÁNCHEZ la gravedad debe medirse desde la entidad y cantidad de las consecuencias de la discriminación en relación con el trato igualitario y desde el grado de repugnancia del motivo de la misma. Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, F., (coord.), *Memento práctico Penal 2016*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1414.

²⁸ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 610 y 611.

²⁹ STC 36/2011 de 28 de marzo, ponente DELGADO BARRIO.

A la gravedad de la discriminación AGUSTINA SANLLEHÍ³⁰ también añade que la conducta no ha de ser solamente puntual, sino renuente, y señala que, el Tribunal Constitucional distingue entre la “discriminación odiosa” y “discriminación razonable”.

La discriminación no razonable supondría una diferencia de trato en la relación laboral derivada de la concurrencia de determinadas características en el sujeto pasivo que le distinguen de otros empleados o trabajadores, sin que haya una justificación objetiva para la discriminación.

La actuación contumaz en la relación laboral es un elemento que también señala MESTRE DELGADO³¹, que afirma que el artículo no 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 y no cesa en su conducta restaurando la situación de igualdad sin reparar incluso los daños económicos que se hayan generado.

Cuando la acción de la Administración ha resultado infructuosa por una conducta renuente del empleador es cuando debe aplicarse la sanción penal, como bien señalan LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN³².

En el artículo 314 CP se establece el requisito de que «...no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa...».

El “requerimiento” previo y necesario, no resulta un término suficientemente claro desde el punto de vista jurídico y podría generar una situación de inseguridad, sin embargo, el término “sanción administrativa” entendemos que sí tiene la suficiente entidad.

El requerimiento previo ha de entenderse como un levantamiento de un acta que inicia un procedimiento sancionador de la Inspección de Trabajo a quien ha infringido la normativa laboral a tenor de la Ley 23/2015,

³⁰ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a (Dir.), ROBLES PLANAS, R.; RAGUÉS y VALLÉS, R.; FELIP i SABORIT, D.; ÍÑIGO CORROZA, E.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.; MONTANER FERNÁNDEZ, R.; COCA VILA, I.; ESTRADA i CUADRAS, A.; CIGÜELA SOLA, J.; GOENA VIVES, B.; CARLOS de OLIVEIRA, A. C. y PASTOR MUÑOZ, N., *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 405.

³¹ MESTRE DELGADO, E., «Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A. y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *Derecho Penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 606.

³² LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Ed. (S.N.), Madrid, 1996, *passim*.

de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, donde existe la previsión consistente en que la Inspección pueda requerir al empresario para que adopte las medidas necesarias para restablecer la legalidad y por ende la igualdad y no discriminación.

En algunas ocasiones nos encontramos con advertencias y recomendaciones a las que se refiere el artículo 49 TRLISOS y que, de forma similar, utiliza el artículo 43 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En cuanto al término “requerimiento”, autores como NAVARRO CARDOSO³³ apuntan que este puede ser una parte que esté integrada en una sentencia que decreta la conculcación de la igualdad, reconociendo además el trato discriminatorio al que hacen referencia los arts. 25, 26, 95 y 96 y concordantes de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. También en relación con el requerimiento, autores como BAJO FERNÁNDEZ³⁴ han estimado que estamos ante una condición objetiva de punibilidad.

Para una mejor comprensión, vemos que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de mayo de 1998, donde se sostenía que el requerimiento típico es el administrativo, y en relación con el AAP Madrid, 15.^a de 6 de noviembre de 2007 se consideró que el requerimiento no puede quedar constreñido al administrativo (invocando sobre todo la interpretación gramatical a la que añade ulteriores razones político-criminales) y llega hasta el punto de reconocer la validez de un requerimiento sindical³⁵.

Al tener que producirse un incumplimiento de un requerimiento y/o de una sanción MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³⁶, NARVÁEZ BERMEJO³⁷,

³³ Vid. NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, *passim*.

³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, *passim*.

³⁵ En la SAP de Madrid, núm. 4, de 13 enero de 2010, ARP2010\460 se indica que: «Extender el concepto de requerimiento al de cualquier naturaleza supondría, efectivamente, como se dice en la antes citada sentencia de 9 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Asturias, una interpretación extensiva del tipo penal, que conculcaría la función garantizadora que está llamado a cumplir en el Derecho Penal (vid. STC 133/1987), pues los jueces en su tarea exegética han de abstenerse de realizar interpretaciones extensivas y, menos aún, analógicas, en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal».

³⁶ *Ídem*, p. 888.

³⁷ NARVÁEZ BERMEJO, M.Á., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, *passim*.

VILLACAMPA ESTIARTE y SALAT PAISAL³⁸, ORTUBAY FUENTES³⁹ y PÉREZ MANZANO⁴⁰ son del parecer que existe parangón con el delito de desobediencia, pues defienden que se está dañando el derecho del Estado para casos de incumplimiento de requerimientos y/o sanciones que dimanen de la Administración y de la jurisdicción laboral en casos de discriminación grave.

Entendemos que lo que es de especial relevancia es que se proteja el derecho del trabajador a tener un trato de igualdad y sin discriminaciones arbitrarias, y es por lo que, sin minusvalorar las necesarias formas preceptuadas en el proceso, se ha de encontrar el equilibrio valorando *ad casum* en cuanto al requerimiento se refiere.

El art. 314 CP que aquí analizamos contiene que ha de existir una «[...] reparación de los daños económicos que se hayan derivado...» y aquí entendemos que ha de haber una declaración previa judicial, pues no todo tipo de discriminaciones han de tener *per se* un correlato de una indemnización económica, si bien en la mayoría de los casos sí existirá, contando también con la dificultad que existe en materia probatoria para demostrar y cuantificar el monto de forma aquilatada.

Nos preguntamos ¿qué sucedería si el sujeto activo restablece de forma inmediata la situación de igualdad tras el requerimiento o la sanción administrativa, y sin embargo la reparación de los daños económicos se demora? Según BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO⁴¹ si el contenido prístino del derecho a la igualdad queda respetado, la reparación económica tendrá que sustanciarse por su propio cauce, pues de no ser así, la exigencia de responsabilidad en este punto se convertiría en la ya extinta prisión por deudas.

³⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SALAT PAISAL, M., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», VVAA, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1151 a 1184.

³⁹ ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, Bilbao 2000, *passim*.

⁴⁰ PÉREZ MANZANO, M., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm.1, 1997, pp. 270-307.

⁴¹ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.

Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴² entiende que si hay una ausencia de reparación económica ello comporta la efectiva realización del injusto omisivo, todo y que apunta que ello ha de poder ser compatible con una interpretación razonable de la norma que de alguna forma consiga una flexibilización para el sujeto que ha restablecido la situación de igualdad siempre que *ex ante* exista un compromiso fehaciente de cumplir, hecho que el órgano judicial tendrá que reconocer de forma expresa.

4.2. Bien jurídico protegido

El artículo 314 CP protege el derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales con un carácter de irrenunciabilidad en concordancia con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional⁴³.

En la línea de la doctrina del Tribunal Constitucional BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO⁴⁴ afirman que el art. 314 CP proporciona una tutela de un derecho subjetivo que pertenece a trabajadores y trabajadoras como colectivo, sin que pueda darse cabida al consentimiento, pues estamos ante un derecho público e irrenunciable que sobrepasa la individualidad, y en este sentido también MUÑOZ CONDE⁴⁵.

⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 893.

⁴³ Vid. STC núm. 241/1988 de 19 de diciembre en la que se dirimió una discriminación laboral por razón de sexo donde se afirma en el FJ 6.º que «Es evidente que los presupuestos en que se sustentaba la anterior concepción resultan hoy en día inadmisibles, una vez que, para poner fin a la tradicional postergación de la mujer, borrando aquellas diferencias que históricamente la han colocado en situación de inferioridad en la vida jurídica y social, se ha consagrado en nuestra Constitución el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, con la consiguiente proclamación de la igualdad jurídica de marido y mujer en el matrimonio y en las responsabilidades familiares (arts. 14 y 32 C.E. y art. 66 del C.C.), consagración que ha quedado reforzada con la incorporación de nuestro país a la UE, que mantiene entre sus principios básicos la igualdad entre ambos sexos (art. 119 del Tratado constitutivo de la CEE y Directivas 75/117, 76/207 y 79/7)». Vid.: <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1989-875.pdf>. (Fecha de última consulta: 18 de octubre de 2022).

⁴⁴ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M.ª., *Op. cit.*, *passim*.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 29ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 292.

Asimismo, el art. 314 CP dispone de un carácter pluriofensivo, que juntamente a la igualdad material y formal de los arts. 9.2 y 14 CE, teleológicamente subyace la finalidad de proteger los intereses del Estado para que se pueda dar cumplimiento a las resoluciones administrativas y judiciales en las relaciones laborales *ex art.* 117.3 CE.

No se trata de ninguna forma de acudir al Derecho penal en contradicción con el principio de lesividad como un apoyo a la regulación administrativa, o como un instrumento de intervención dirigido a la protección de mecanismos y funciones económicas. Es lo que denuncia HASSEMER⁴⁶ en relación con tomar el principio de lesividad o del bien jurídico no como un límite de la criminalización, sino como impulso «convirtiendo dolorosamente la prohibición de exceso en una prohibición de defecto»⁴⁷.

4.3. Sujetos activo y pasivo

El sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, y no es preciso que se trate de un empresario, si bien lo habitual es que lo sea, pues puede darse el caso de que haya una delegación de funciones hacia alguien que tenga una relación directa con los trabajadores y trabajadoras. *Sensu contrario* VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁴⁸ aprecia que el art. 314 CP es un delito de carácter especial propio, pues solamente podrá ser cometido por aquel que ostenta la cualidad de empresario o desempeñe funciones delegadas en materia laboral.

Como hemos indicado este delito alcanza al empleo privado y al público y es por lo que un funcionario también podrá ser sujeto activo.

De forma muy atinada PÉREZ CEPEDA⁴⁹ señala que el sujeto activo del delito solamente lo podrá ser aquel que de forma efectiva tome la última decisión, la definitiva que genere la discriminación, si bien será otra cues-

⁴⁶ HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 91-101.

⁴⁷ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 22 y 23.

⁴⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. y SERRANO TÁRRAGA, M.^a D., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 481.

⁴⁹ PÉREZ CEPEDA, A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en GÓMEZ RIVERO, M.^a C., (Dir.), NIETO MARTÍN, A., CORTÉS BECHIARELLI,

tión el hecho de dirimir la responsabilidad de aquellos que la han tomado en su origen, hecho que se ha de resolver mediante las reglas generales de la participación delictiva.

En caso de una situación de omisión que consista en el no restablecimiento de la situación de igualdad, autores como CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC⁵⁰ plantean si el sujeto activo ha de ser el mismo que haya producido la grave discriminación y afirman que no es preciso. Por el contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵¹ entiende que el tenor literal del artículo 314 CP es claro a la hora de excluir esta posibilidad, habiendo de existir una clara coincidencia.

Por otra parte, de todos es sabido que existen procesos de selección de personal que están desde un inicio totalmente “viciados” por la inteligencia artificial y los algoritmos con sesgos, pudiendo producirse una discriminación incluso *ex ante*, sin que todavía el sujeto pasivo haya entrado a formar parte de la plantilla de trabajadores. Sin embargo, aquí podríamos entender que hay un avance de la barrera de protección penal que no recoge de forma expresa el art. 314 CP⁵². Según LASCURAÍN SÁNCHEZ⁵³, la expresión “en el empleo” debe englobar también los supuestos de discriminación en el acceso al empleo,⁵⁴ y en el mismo sentido TAPIA BALLESTEROS⁵⁵.

E., NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones fundamentales de derecho penal parte especial*, Tecnos, Madrid, 2020, p. 440.

⁵⁰ CARBONELL MATEU, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en AA.VV., *Comentarios al Código penal de 1995* (De T. VIVÉS ANTÓN *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Op. cit.*, p. 893.

⁵² AGUSTINA SANLLEHÍ advierte en este sentido que: «[...] en la era del *compliance* y del Big Data, el conocimiento de aspectos personales de los empleados y los pronósticos de conflictividad o peligrosidad que puedan arrojar todo un conjunto de información no declarada voluntariamente, pueden empujar al empresario a adoptar decisiones basadas en las tendencias estadísticas o en información privada no siempre puesta de manifiesto». AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *Op. cit.*, p. 404.

⁵³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc/Mes 1, 2004, pp. 19-52.

⁵⁴ Vid. Convenio OIT núm. 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

⁵⁵ TAPIA BALLESTEROS, P., «Infracciones y sanciones derivadas de la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito laboral», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4/2011, p. 6, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/851_es.pdf. (Fecha de última consulta: 9 de noviembre de 2022).

Por nuestra parte, entendemos que lo que es realmente importante es que el delito solo lo puede cometer aquel que tenga un ámbito de poder suficientemente relevante en la relación laboral que le permita discriminar.

Además, parece irrefutable que el sujeto activo será aquel que no restablezca la situación de igualdad tras el requerimiento o sanción administrativa, toda vez que no repara los daños cuantificados económicamente que se hayan generado con la conducta.

En cuanto al art. 318 CP entendemos que se trata de un craso error del legislador que no exista una previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues no es nada infrecuente que grandes corporaciones discriminen a sus trabajadores mediante la inteligencia artificial y los algoritmos, ya incluso desde que se está en un proceso de selección y/o promoción de personal.

En referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si la hubiere, la problemática radica en conocer quién es el responsable directo de la acción criminal, máxime cuando se trata de grandes corporaciones⁵⁶, incluso multinacionales con complejas estructuras de organización, si bien es obvio que a raíz de la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del CP de 2010 y con continuidad en 2015 empieza a crearse en España la cultura del *Compliance* de prevención y lucha contra el delito.

El sujeto pasivo del art. 314 CP es el trabajador o trabajadora, ya sea español o de otra nacionalidad, ora empleado público ora privado, que como seres humanos tienen el derecho a ser tratados bajo el prisma de la igualdad y la dignidad, y por consiguiente también es la comunidad la que sufre los embates del delito con por poner un ejemplo, bajas por depresión y ansiedad debido al trato discriminatorio con vocación de permanencia.

También es sujeto pasivo el Estado cuando puede comprobar que los requerimientos y/o sanciones no se cumplen de forma persistente. *De facto* entendemos que un país que no tenga una política muy clara de lucha con-

⁵⁶ Como muy bien señala TERRADILLOS BASOCO «...la sociedad matriz- está tan alejada, material y jurídicamente, de los instrumentos ejecutivos, que la posibilidad misma de identificación de un centro de imputación, objetiva y subjetiva, se complica en extremo, y más aún cuando las empresas agrupadas tienen diferente nacionalidad, con lo que el grupo -la multinacional- actúa, incluso delictivamente, en varios países, pero, sin personalidad jurídica unitaria...». TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Derecho penal económico. Lineamientos... *Op. cit.*, p. 22.

tra la desigualdad y la discriminación en sus más diversas formas, incluida la tecnológica y/o logarítmica ve como se socavan los cimientos de lo que ha de constituir un verdadero Estado social y democrático de Derecho.

4.4. Ejecución

QUERALT JIMÉNEZ⁵⁷ indica que el art. 314 CP es un delito de mera actividad, y que cuando se produzca la lesión económica, esta es un efecto asociado inherente y con relevancia jurídica, sin embargo, irrelevante desde el punto de vista penal. El mismo autor también afirma que es complejo encontrar una causa de justificación que podría ser la ignorancia y/o la mala educación, que pueden ser muy nocivas, pero de irrelevancia penal.

Por contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁵⁸ es del parecer que el art. 314 CP es de omisión pura en tanto que el precepto castiga la negativa a cumplir un mandato y la infracción de la ley, que se agotaría en cuanto cesase la inactividad del autor, puesto que no se precisa que se produzca un resultado dañoso diferente de la omisión. Asimismo, el autor afirma que se requiere una discriminación en el empleo y la posterior existencia de un requerimiento y/o una sanción administrativa que tiene su origen en un trato discriminatorio, pues se trata de elementos que constituyen el núcleo del injusto integrado por la omisión.

A diferencia del anterior autor, NAVARRO CARDOSO⁵⁹ postula que el art. 314 del CP es un tipo que incorpora un resultado de peligro concreto. Sin embargo, no se trata de proponer un Derecho penal de “segunda velocidad” para retornar al peligro presunto, pues si se acepta esta presunción sería inconstitucional, y de forma contraria se puede reivindicar el tipo de peligro cuando se piensa que este dispone de una probabilidad de un mal que en Derecho penal ha de afectar a un bien jurídico de forma tangible, como bien indica TERRADILLOS BASOCO⁶⁰.

⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 809.

⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Op. cit.*, p. 889.

⁵⁹ NAVARRO CARDOSO, F., *Op. cit., passim*.

⁶⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M.^a, «Sistema penal y empresa», en TERRADILLOS BASOCO, J.M.^a y ACALE SÁNCHEZ, M^a, (Coords.). *Nuevas tendencias en derecho penal económico. Seminario internacional de derecho penal*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 27.

Estamos con VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁶¹ en el sentido de apreciar que la acción punible discriminatoria de gravedad puede generarse por acción u omisión, pues si ha habido un requerimiento y/o sanción y el empleador sigue protagonizando una conducta discriminatoria en el caso de no hacer absolutamente nada para frenar ascensos de empleados que están “marcados” por un algoritmo aplicado hace tiempo, se puede generar una situación de estigmatización perpetua que incluso pase totalmente imperecible por el empleado, que verá, por ejemplo, que nunca es propuesto para un ascenso⁶².

La tentativa no podría apreciarse en el art. 314 CP, si lo consideramos como delito de omisión pura, a no ser que pudiera valorarse una tentativa inidónea. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶³, BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO⁶⁴.

4.5. Tipo subjetivo

La existencia de los elementos cognitivo y volitivo intrínsecos al dolo del sujeto activo bastan para apreciar que se conoce que la acción u omisión que se está perpetrando comporta una distinción de trato totalmente injustificada y grave por las causas tasadas que contiene el art. 314 del CP toda vez que se es consciente de la existencia de un requerimiento y/o sanción administrativa de forma previa sin que sea necesaria la concurrencia del *animus*⁶⁵.

⁶¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Op. cit.*, p. 480.

⁶² Se estima que los sistemas denominados “reputacionales” pueden llegar a perpetuar conductas discriminatorias por razón de raza, sexo, discapacidad, etc. Estamos de acuerdo con TODOLÍ SIGNES que por ejemplo podría puntuarse más bajo o tener una exigencia más férrea basada en estereotipos cronificados. Véase TODOLÍ SIGNES, A. «La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos», *Revista de Derecho social*, núm. 84, 2018, pp. 69-88.

⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Op. cit.*, p. 895.

⁶⁴ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Op. cit.*, p. 134.

⁶⁵ En este sentido, SIERRA HERNÁIZ señala que existe un requisito subjetivo al exigirse la existencia de dolo eventual por parte del sujeto activo, en el que ha de concurrir una intención o finalidad de discriminar por alguno de los motivos tasados en el artículo 314 CP, sin que se exija un especial ánimo o voluntad específica de no reponer la situación de igualdad. Vid. SIERRA HERNÁIZ, E., «La represión penal de la discriminación laboral. Necesaria revisión del artículo 314 del Código penal», en GÓMEZ MARTÍN, BOLEA BARDÓN, C., GALLEGO SOLER, J.I., HORTAL IBARRA, J.I., JOSHI JUBERT, U. (Dir.); VALIENTE IVAÑEZ,

Yendo al extremo QUERALT JIMÉNEZ⁶⁶ trae a colación aquel lamentable caso de un empleador de imagen autocomplaciente que contrata a un trabajador inmigrante considerando que ya hace suficiente con contratarle, aunque sea con un salario notablemente inferior a lo estipulado, simplemente por considerar que no es ciudadano español. Se trata de un caso de “grosería mental” que, según el autor, el sujeto activo no percibe como trato discriminatorio.

De forma preclara MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁶⁷ al referirse a la imputación subjetiva indica que el dolo del autor del delito ha de comprender todos los elementos del tipo y no solo los de la conducta omisiva, sino también los hechos generadores de la discriminación y la existencia del requerimiento y/o sanción previa. El mismo autor entiende que desde la dogmática cabe la posibilidad del dolo eventual siempre que se observe el principio de intervención mínima con una interpretación restrictiva del dolo directo.

Estamos de acuerdo con la postura de VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁶⁸ cuando afirma que este 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 autor señala que el dolo indirecto y el eventual han de ser descartados porque la discriminación debe ser grave, y ello solamente es posible con una gran carga de intención, y además apunta que la inútil y abrumadora enumeración de las causas que se recogen en el art. 314 CP no son necesarias porque en su lugar se podría haber indicado con una frase comprensiva de los derechos fundamentales de la Constitución española. Y en este punto, entendemos que podría recogerse perfectamente la discriminación mediante la inteligencia artificial y/o algorítmica de cualesquiera formas que produjesen la acción y/u omisión discriminatoria.

V., RAMÍREZ MARTÍ, G., (Coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora MIRENTXU CORCOY BIDASOLO*, B.O.E., Madrid, 2022, p. 1401.

⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Op. cit.*, p. 809.

⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Op. cit.*, p. 896.

⁶⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado (Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, Atelier, Barcelona, p. 550.

4.6. Concursos

Hemos de remarcar que la discriminación que se recoge en el art. 314 CP se comete dentro del ámbito de las relaciones laborales, y ello *per se* tiene una clara diferencia en relación con otros tipos penales que contienen conductas discriminatorias, como pueden ser los arts. 510 -de apología de la discriminación- y 511 CP, que sancionan la discriminación llevada a cabo por un particular encargado de un servicio público o por un funcionario que deniega una prestación, y asimismo el art. 512 CP que sanciona a quien deniega una prestación a la que se tenga derecho «en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales» tomando como base alguno de los motivos que se recogen en el tipo. Todo y así, el art. 314 CP está en una relación de especialidad que entendemos no debería plantear problema alguno. En esta línea lo que realmente delimita que se aplique el art. 512 o el 314 CP es la existencia o no de una relación laboral entre el sujeto activo que comete la acción y/u omisión discriminatoria y el sujeto pasivo que la sufre, y a tenor del art. 8 CP deberemos acudir al art. 314 CP como base en el principio de especialidad.

MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ⁶⁹ se inclina por la aplicación del art. 512 CP en relación con el principio de alternatividad y defiende que tampoco sería de aplicación el art. 314 CP constituyendo una ley especial frente al art. 607 CP -que castiga el genocidio- puesto que en todo caso consumiría la posible concreción del delito del art. 314 CP.

CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC⁷⁰ postulan que el art. 314 CP es ley especial en relación con el art. 607 CP, y matizan que ello sucederá «salvo que con la discriminación se persigan algunos de los fines allí descritos», lo que equivale a afirmar que se daría si se cumplen los presupuestos del art. 607 CP que prevalecen. Así las cosas, estos autores argumentan que aquí habría un traslado al supuesto del art. 510 CP.

Afirma NAVARRO CARDOSO que sería más problemática la posibilidad de admitir el concurso de delitos con el tipo de las coacciones a la vista del tipo cualificado incluido en el párrafo segundo del artículo 172.1 CP⁷¹, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁷² apunta que el artículo 314 CP podría entrar

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Op. cit.*, pp. 895 a 897.

⁷⁰ CARBONELL MATEU, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Op. cit.*

⁷¹ Así, NAVARRO CARDOSO, F., *Op. cit.*, *passim*.

⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Op. cit.*, pp. 895 a 897.

en concurso de delitos con las figuras que tutelan otros bienes jurídicos mediante los delitos de lesiones, injurias y amenazas.

Según QUERALT JIMÉNEZ⁷³ en este caso se entiende que estaríamos ante un concurso de leyes en relación de especialidad, hecho que llamaría la atención, puesto que el delito no resultaría privilegiado. Así pues, por ser inherente a este delito *ex art. 67 CP*, no podría apreciarse la agravante del art. 22.4 CP.

Asimismo, podría apreciarse concurso real con el trato degradante del art. 173 CP, puesto que *ad exemplum*, las amenazas no son un medio que sea estrictamente necesario para que se cometa el delito.

4.7. Perseguibilidad

El art. 314 del CP es un delito de carácter público, pues tiene carácter preceptivo que la autoridad laboral tenga conocimiento de los hechos debiendo incoar el procedimiento trasladando el tanto de culpa al Ministerio fiscal, pues *sensu contrario*, podría incurrir en responsabilidad por omisión del deber de persecución de delitos previsto y penado en el art. 408 CP, sin olvidar la posible responsabilidad por un delito de prevaricación *ex art. 404 CP*.

4.8. Penalidad

En el artículo 314 del Código penal se indica que se aplicarán las penas establecidas cuando «[...] no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado...». Del tenor del texto podemos extraer que el delito no se puede perseguir sin que previamente haya existido una resolución de carácter administrativo de requerimiento o sanción al autor de la grave discriminación en el empleo, y que además no se haya restablecido la situación de desigualdad, condiciones que entendemos que son objetivas para la punibilidad.

Aquí el Derecho penal solamente actuará como verdadera *ultima ratio*, esencia fundamental de este ámbito del Derecho.

El castigo que recoge el art. 314 CP es pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. En este punto coinci-

⁷³ QUERALT JIMÉNEZ, J., *Op. cit.*, pp. 810.

dimos con VILLACAMPA ESTIARTE y SALAT FAISAL⁷⁴, que encuentran una pena demasiado benigna, máxime cuando las penas establecidas en el título son como mínimo de seis meses a tres años de privación de libertad, cumulativas con una pena de multa, a excepción del delito contra la libertad sindical previsto en el artículo 315.1 CP. En los casos en los que la multa sea la pena elegida por el juzgador, puede darse que esta sea muy inferior a la sanción pecuniaria que tendría que cumplir el sujeto activo del delito por una sanción administrativa.

En cualquier caso, de todos es sabido que mediante el uso de algoritmos que generen discriminación laboral, el daño puede ser incalculable, no solamente para un trabajador, sino para un gran colectivo, que podrían ser por ejemplo los “Riders”, y entendemos que el castigo podría ser aquí verdaderamente nimio.

4.9. Responsabilidad civil

El delito de discriminación laboral comporta una responsabilidad civil por la que tendrá que responderse, y asimismo el art. 28 del Estatuto de los trabajadores, con la cláusula discriminatoria, y en su caso, la norma en la que se fundamenta sea reglamentaria o convencional, será nula a todos los efectos, hecho que podrá ser decretado por el juez de lo penal.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La tecnología punta abre un horizonte repleto de oportunidades para la sociedad y concretamente para el mundo del trabajo, si bien existen riesgos que hay que detectar, valorar y erradicar.

El nudo gordiano de la cuestión de la discriminación laboral mediante la inteligencia artificial y/o algoritmos entendemos que radica en la imposibilidad de acceso al código fuente, que comportará decisiones tomadas con base en este por parte del empleador público y/o privado. Y es por ello por lo que las reclamaciones de los trabajadores en la mayoría de las ocasiones se basan en la demanda de esta información esencial que determina el sentido de decisiones de enorme relevancia.

La inmensa mayoría de impugnaciones que están basadas en algoritmos provienen de la demanda de acceso al código fuente, donde está en juego

⁷⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y SALAT FAISAL, M., *Op. cit.*, pp. 1184.

la predicción que realice el usuario a veces sin comprobar con el suficiente tiempo si existe o no un correcto funcionamiento. Dicho esto, ya que el código fuente es solamente comprensible por expertos, impera la necesidad de que se indiquen con claridad los parámetros que se han utilizado para la creación de este de una forma lo más sencilla y próxima para el ciudadano.

Llegados aquí es de especial relevancia que se consiga el más alto grado de transparencia en relación con el acceso a los parámetros que fundamentan el acceso a la medición del modelo algorítmico y predictivo, tal y como ya se ha llevado a cabo en diversas iniciativas de la Unión Europea con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo artículo 23 resulta especialmente novedoso, ya que establece obligaciones para las Administraciones Públicas en relación con los algoritmos de inteligencia artificial para la toma de decisiones.

Una aplicación automática de los algoritmos en las relaciones laborales no debe existir si no hay un control humano que mediante un testeo de una muestra lo suficientemente amplia a lo largo del tiempo pueda garantizar un cumplimiento escrupuloso de la legislación de protección de datos y de los derechos fundamentales.

El trabajador ha de poder acceder a la información precisa que ha llevado al algoritmo a inclinarse hacia una decisión u otra de forma transparente, pues pueden producirse perjuicios muy graves que generen una verdadera situación discriminatoria. El ciudadano ha de poder de alguna forma defenderse de posibles sesgos mediante los mecanismos de recursos y revisión que sean precisos.

El análisis y procesamiento de ingentes cantidades de datos mediante la inteligencia artificial puede poner en riesgo el derecho a la intimidad *ex* art. 18 CE⁷⁵ y a la protección de datos de carácter personal⁷⁶, pues pensemos que durante el trabajo puede extraerse información mediante diversas técnicas y herramientas como: parte de cámaras, micrófonos, *wearables*, sensores biométricos, GPS, software espía, etc.

⁷⁵ Vid. la STC 292/2000, de 30 de noviembre, que dispone que el derecho constitucional a la intimidad permite al ciudadano que se sirva de facultades de control sobre sus datos personales para impedir una comercialización de estos sin el debido permiso, oposición, acceso, rectificación y uso.

⁷⁶ Vid. SSTC 196/2004, de 15 de noviembre y 170/1987, de 30 de octubre.

En el tratamiento de datos se ha de seguir un preciso respeto de la LO-PDGDD⁷⁷ y el Reglamento (UE) 679/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD).

El art. 22 RGPD dispone una prohibición general en el ámbito de la toma de decisiones automatizadas, sin embargo, la permite para que se celebren o se ejecuten contratos de trabajo. En esta línea el art. 5 RGPD preceptúa que el procesamiento de datos sea justo y transparente, permitiendo al ciudadano destinatario de decisiones automatizadas que se apliquen los arts. 13.2 f) y 14.2 g) RGPD en aras de conseguir que quien tiene los datos entregue información que puede tener un contenido con gran repercusión jurídica.

En cuanto a las decisiones automatizadas la legislación de protección de datos demanda una intervención del ser humano como mínimo en el tramo final del proceso que comportará una decisión a tenor del art. 22 del RGPD ya citado.

Asimismo, la utilización de sistemas de IA que recogen y procesan datos de trabajadores y/o candidatos para realizar una perfilación requieren una evaluación de impacto según el art. 35.3 a) RGPD.

La evaluación del impacto que pueda producirse con el tratamiento de protección de datos personales se ha de llevar a cabo *ex ante* cuando pueda haber una previsión de alto riesgo para los derechos y libertades de la ciudadanía. Dicha evaluación de impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales deberá llevarse a cabo con carácter previo al mismo, cuando sea probable que, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas (art. 35.1 RGPD)⁷⁸.

Para evitar o minimizar los impactos negativos de una mala praxis en el ámbito de la inteligencia artificial cuando utiliza sesgos injustos, desde la Comisión Europea se fomenta que hay que garantizar la trazabilidad de los

⁷⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales.

⁷⁸ Vid. VILASAU i SOLANA, M., «La realización de perfiles y la salvaguardia de los derechos y libertades del afectado», VV.AA., *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 183-186.

sistemas, registrar y documentar las decisiones tomadas por estos, así como la totalidad del proceso, incluida una descripción de la recogida, etiquetado de datos y algoritmo que se haya utilizado. También se hace especial inciso en la instauración de mecanismos que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de inteligencia artificial y de sus resultados, antes y después de que se pongan en práctica. Dichas medidas pueden aplicarse asimismo a las posibles vulneraciones discriminatorias⁷⁹.

Por cuestiones fundamentalmente técnicas que conllevan que el ciudadano de a pie en las más de las veces no sepa cómo está construido el algoritmo que ha comportado una decisión que puede ser o no de una gran trascendencia, es de mucha importancia que exista un sistema de gobierno bien definido y solvente sobre este tipo de herramientas.

Siendo realistas, sabemos que existen algoritmos que se entrecruzan con otros, que incluso pueden llegar a un autoaprendizaje en las decisiones automatizadas que afectan a trabajadores y trabajadoras y que tienen una alta complejidad para conocer el origen de la decisión.

Como señaló el Parlamento de la Unión Europea en 2017 respecto de la robótica, la UE no puede renunciar a sus «valores humanistas intrínsecamente europeos y universales que caracterizan la contribución de Europa a la sociedad. Estos valores son de carácter humanista basados en la dignidad y los derechos fundamentales»⁸⁰.

La Comisión Europea apuesta por «garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado, basado en los valores de la Unión y en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE»⁸¹.

⁷⁹ Vid. las reflexiones que entendemos que son muy acertadas de HERNÁNDEZ GARCÍA, en HERNÁNDEZ GARCÍA, A., «La inteligencia artificial, *Op. cit.*, pp. 138-139.

⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO., *Normas de Derecho civil sobre robótica. Resolución del Parlamento Europeo*, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) letra U. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//ES>. (Fecha de última consulta: 30 De octubre de 2022).

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA., *IA para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. COM (2018) 237 final{SWD (2018) 137 final} Bruselas, 25.4.2018. 4; pp. 14 y ss.

Por todo ello entendemos que ha de existir un control público basado en auditorías de alta especialización que sean capaces de descifrar el código fuente del algoritmo para conseguir eliminar ni siquiera un atisbo de discriminación en las relaciones laborales. Iniciativas como el denominado *Libro blanco de la Comisión Europea de 2020*⁸² han de ser superadas y reforzadas para que exista una verdadera supervisión *ex ante*, durante y después de la aplicación del algoritmo que podría generar una situación discriminatoria, ya sea en la selección de personal, la contratación o la promoción de trabajadores y trabajadoras.

No es posible poner “puertas al campo” y así sucede con la inteligencia artificial que ya está presente en el quehacer diario de las empresas y hogares, estos en menor medida, siendo algo que las administraciones también fomentan. Basta ver que con la eclosión de la pandemia de 2020 y el durísimo embate que sufrió la economía mundial, la Unión Europea se ha apresurado, por ejemplo, a implementar los fondos “*Next Generation*” para que, de una vez por todas, se produzca un verdadero despliegue de las tecnologías en todos los ámbitos, si bien con una serie de “líneas rojas” en relación con derechos fundamentales que nunca podrán ser conculcados.

Las diferentes administraciones públicas de diversos países ya han apostado de forma decidida por la transparencia de los algoritmos y concretamente en aquellos que se refieren a las relaciones laborales. Ello puede apreciarse en los distintos trabajos que está llevando a cabo la Unión Europea para la protección de los trabajadores y las trabajadoras con auditorías que permitan conocer el verdadero fondo de una decisión automatizada.

Pensamos que sería de interés la implementación de “Sandboxes”⁸³ como zonas de prueba piloto exentas de “contagio”. La Ley 7/2020, de 13 de noviembre para la transformación digital del sistema financiero (también conocida como Ley Sandbox), supone un importante avance en el marco regulatorio de la innovación financiera en España con la intención de coordinar las necesidades de innovación y desarrollo del sector con las actividades supervisoras y la protección de los clientes, mediante la crea-

⁸² COMISIÓN EUROPEA., *Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf, (Fecha de última consulta: 9 de noviembre de 2022).

⁸³ Véase al respecto DELGADO LARENA-AVELLANEDA, J.E., «El “sandbox” español», BARRIO ANDRÉS, M., (Dir.), *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 167-184.

ción de un espacio controlado de pruebas, y ello podría utilizarse *mutatis mutandis* en el ámbito de las relaciones laborales.

No podemos esperar a que se produzcan situaciones discriminatorias segregadoras de la clase trabajadora y actuar de forma reactiva, sino que hay que comenzar de forma proactiva desde el proceso de desarrollo de cualquier herramienta algorítmica que pueda afectar a una relación laboral y ello con una intervención pública dotada de la mayor imparcialidad posible. De lo contrario nos vemos abocados a que las distintas administraciones solo puedan reaccionar *ex post*, con la enorme desventaja que ello comporta y sobre todo, con los daños que ya se hayan podido causar. Ello cuando no es la propia administración el sujeto activo de la discriminación y conculcación del derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos.

La digitalización de la sociedad es una realidad imparable, y para evitar que se produzcan abusos en las relaciones laborales se impone la necesidad de una verdadera vertebración de la clase trabajadora mediante sindicatos, asociaciones profesionales, agrupaciones, etc., que tengan la suficiente representación y fortaleza para actuar como interlocutores válidos y efectivos, algo que hoy en día no se produce.

Se infiere la necesidad de actuar *ex ante* y *ex post* para evitar el sesgo de forma previa, como hemos señalado anteriormente, pues la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, reconoce el derecho de las personas afectadas a la transparencia e información (arts. 11 y 12), al acceso a los datos (art. 13), o el derecho a la neutralidad de Internet (art. 80 LOPDGDD). Todo ello va referido al tratamiento de los datos personales de la ciudadanía y el derecho a conocer la utilización de estos y las relaciones que mediante algoritmos se están llevando a cabo en cualesquiera ámbitos.

Los proveedores de Internet han de tratar los datos personales con la máxima transparencia y neutralidad, colaborando en la actividad de inspección que han de llevar a cabo las distintas administraciones públicas.

Para proteger los derechos de los trabajadores cuando son el sujeto pasivo del uso de la inteligencia artificial, procede de *lege ferenda* que se imponga la necesidad de valorar la finalidad que tiene la misma y evaluar sus decisiones desde el prisma de códigos deontológicos muy definidos en las decisiones que afectan a las relaciones laborales, pero códigos que no sean meras declaraciones de intenciones o de intento de conseguir una buena imagen ante la opinión pública, sino que se implementen de forma real.

Es preciso que se fomente una cultura que crea firmemente en algoritmos generadores de igualdad y de oportunidades para empresas y trabajadores, pues la tecnología puede y debe aportar a la sociedad todo el potencial positivo de que dispone. La denominada “Tecnoética”⁸⁴ se impone hoy más que nunca en una sociedad en la que los cambios son constantes en todos los ámbitos. En esta línea COTINO HUESO⁸⁵ hace especial énfasis en la ética para abordar los retos que deparan las tecnologías disruptivas, pues el punto de partida no es otro que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y en consecuencia los derechos fundamentales que se derivan.

Estamos de acuerdo con SALAZAR GARCÍA⁸⁶ cuando afirma que los desarrollos de sistemas de inteligencia artificial están muy ligados al programador que los crea y este es quien ha de poner límites éticos en todo el proceso de desarrollo de los algoritmos, desde la elección y revisión de los datos de los que se nutre supervisando el resultado final, pues la máquina no dispone de ética, pero sí existe “inconsciencia” en el ser humano a la hora de revisar posibles sesgos generadores de efectos negativos en la toma de decisiones.

Dicho esto, entendemos que el Derecho penal en las relaciones laborales ha de existir como último baluarte para la protección de los/las trabajadores y trabajadoras desde la prevención general y prevención especial. Como muy bien afirma TERRADILLOS BASOCO⁸⁷ «el derecho penal, si quiere ser eficaz -y legítimo- ha de integrarse en la panoplia de medios

⁸⁴ RIVAS VALLEJO, P., *Op. cit.*, pp. 359 y ss.

⁸⁵ COTINO HUESO, L., «Nuevo paradigma en la garantía de los derechos fundamentales y una nueva protección de datos frente al impacto social y colectivo de la inteligencia artificial», COTINO HUESO (Dir.) y BAUZÁ REILLY (Coord.). VV.AA., *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 69

⁸⁶ SALAZAR GARCÍA, I., «Retos actuales de la ética en la inteligencia artificial», COTINO HUESO (Dir.) y BAUZÁ REILLY (Coord.). VV.AA., *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 59.

⁸⁷ TERRADILLOS BASOCO, J. M.^{a.}, «Derecho penal económico. Lineamientos...», *Op. cit.*, p. 16. El mismo autor manifiesta que «El derecho penal que actúa a través de la pena, no puede afrontar tan trascendentes objetivos y debe limitarse, primero, a considerar, con rigurosa observancia del principio de lesividad, en qué casos la actividad económica puede comportar ataques intolerables a bienes jurídicos relevantes, y, en segundo lugar, a implementar respuestas coherentes con las características específicas de la realidad a la que se pretende hacer frente, pues su desconocimiento o preterición son prenda de ineficacia preventiva». Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M.^{a.}, «Delitos contra el orden socioeconómico», BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I y TERRADILLOS BASOCO, J. M.^{a.}, (Coords.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Vol. 4, Iustel, Madrid, 2012, p. 22.

propios de una política social, no ya solo criminal, de amplio espectro dirigida a la tutela de los derechos, intereses o principios propios del modelo económico...». Así pues, no se puede infravalorar *de facto* el art. 314 CP por cuestiones meramente procedimentales, pues la clase trabajadora debe contar con un ordenamiento penal sólido, ágil y acorde con los tiempos actuales para conseguir una efectiva protección de la clase trabajadora sin olvidar el principio de *ultima ratio*.

Ya es histórico que el Derecho penal del trabajo en España tiene un carácter “aluvional”⁸⁸, pues ha ido creándose con promulgaciones, derogaciones y superposiciones en una situación de cambio cuasi permanente que no tiene viso de ser fruto de una sosegada y aquilatada política criminal acorde con los tiempos, pues no podemos olvidar que en el ámbito de las tecnologías, la inteligencia artificial y los algoritmos la revolución es trepidante en un mundo interconectado, globalizado, dominado cada vez más por grandes corporaciones que generan pingües beneficios a base de la explotación, en una “nueva esclavitud laboral” de trabajadores y trabajadoras que pueden ser discriminados sin ni tan solo ser conscientes de ello.

De facto con el devenir de los tiempos se ha revelado que el art. 314 CP prácticamente no se ha aplicado, y ello puede ser debido a toda una serie de circunstancias, entre las que se encuentra la existencia de la agravante genérica *ex art. 22.4 CP* «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación...».

Para la aplicación del art. 314 CP se imponen una serie de requisitos, que son: una grave discriminación laboral, la necesidad de la existencia de un incumplimiento del empleador que se cometa con carácter previo a una reclamación en el ámbito de las relaciones laborales y una inadmisión de la inversión de la carga de la prueba que dificulta que las víctimas se sirvan de la vía penal, traduciéndose ello en una verdadera impunidad de los que disponen de gran poder económico.

Además, se requiere que el empleador no restablezca la situación de igualdad después de haber recibido un requerimiento y/o sanción administrativa sin haber reparado los daños que hayan podido derivarse de su acción y/u omisiones contrarias a la ley.

⁸⁸ Sobre el concepto tan gráfico de “aluvional”, Vid. SMURAGLIA, C., *Diritto Penale del Lavoro*, CEDAM, Padova, 1980, pp. 3-4. Asimismo, es de gran interés la obra del mismo autor SMURAGLIA, C., «Realtà e prospettive del diritto penale del lavoro», en AMATO-MATTONE (edir.), *Diritto e giustizia del lavoro oggi*, Milano, 1984, p. 278.

Para hallar el pernio donde se encuentra el fundamento sobre si se ha incumplido la ley, hemos de acudir a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y la Ley de la Jurisdicción de lo Social, amén del Estatuto de los trabajadores y del Estatuto Básico del empleado público. Este requisito en la mayoría de las ocasiones lo que provoca es la inaplicación del art. 314 CP, pues el trabajador ha de interponer una denuncia y probar además los hechos discriminatorios en una situación harto compleja.

En cuanto a la valoración de los posibles daños discriminatorios causados por el empleador y su reparación hemos de matizar que si se materializa durante la vigencia o extinción de la relación laboral el asunto se dirimirá en el orden de lo social y no vía penal, situación nada fácil para el trabajador que ha sufrido la conculcación de sus derechos.

La falta de transparencia es una cuestión muy conocida en cuanto a las decisiones del empleador, pues muy pocas veces se obliga para que justifique sus decisiones. Ello no es nada nuevo ni tampoco es que provenga directamente de la inteligencia artificial, sino que la realidad es que la empresa dispone de un gran margen para tomar sus decisiones sin necesidad de motivarlas ni justificarlas.

Ello tiene una excepción, y es que cuando el trabajador alegue una discriminación que vulnere un derecho fundamental y consiga a través de la existencia de un panorama de indicios suficiente convencer al juez de que esta ha existido, la empresa estará obligada a justificar su decisión para poder desvincularse de la posible discriminación que se alega. La necesidad de justificación solamente es precisa en sede judicial, una vez el trabajador demandante haya aportado un panorama suficientemente indiciario de discriminación y así lo entiende el Tribunal Constitucional en diversas sentencias⁸⁹.

Los criterios para apreciar una posible discriminación son los siguientes: no bastará para neutralizar los indicios una genérica invocación a las facultades legales o convencionales, tampoco bastará una explicación superficial y será necesario acreditar que la actuación estaba desconectada completamente de la vulneración alegada, lo más importante es que la empresa aporte al juez la convicción de que las causas que indica para defender su decisión están completamente desvinculadas del derecho fundamental protegido, y por último, una vez se haya acreditado la desconexión

⁸⁹ SSTC 140/2014, de 11 de septiembre, 30/2002 y de 11 de febrero y 98/2003, de 2 de junio, que han asentado una serie de criterios, recogidos también por el Tribunal Supremo (STS 22 de enero de 2019 rec. 3701/2016).

entre la medida empresarial y el derecho presuntamente vulnerado ya será irrelevante la calificación jurídica en relación con la que la causa que se haya alegado comporte una legalidad ordinaria⁹⁰.

Como hemos comentado *ut supra*, otra dificultad que se encuentra en este artículo 314 CP es el número cerrado de causas para su aplicación, y que hoy en día debería incluir la discriminación laboral tecnológica y/o logarítmica como medio y/o causa de consuno a nuestra carta magna, que finaliza con una cláusula de cierre genérica para no limitar los supuestos de discriminación «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» *ex art.* 14 CE.

Además, es de destacar que el art 17.1 ET recoge un conjunto mucho más amplio de causas discriminatorias que el art. 314 CP.

La gran mayoría de la doctrina⁹¹ penalista es del parecer que el art. 314 CP es en la práctica ineficaz a todas luces, puesto que la legislación penal es más restrictiva que el ordenamiento laboral, pues como hemos indicado tampoco coinciden los presupuestos laborales con los que recoge el CP.

El ordenamiento laboral con mayor amplitud de miras recoge más supuestos que el penal, hecho que denota una forma distinta de entender la discriminación, pues se comprende que son cruciales tres derechos fundamentales específicos que se recogen en el art. 14 CE y que se proyectan en los arts. 17.1 y 28 ET.

De *lege ferenda* pensamos que es preciso que se homogeneicen los criterios legislativos y por ende jurisprudenciales para la sanción de las conductas discriminatorias, y sobre todo en los tiempos en los que vivimos, donde los avances tecnológicos son raudos y en la mayoría de las ocasiones están al servicio del poder, del capital, frente a una clase obrera cada vez menos cohesionada en sus reivindicaciones porque el alto índice de paro

⁹⁰ Véase al respecto, TODOLÍ SIGNES, A., «La reputación digital de los trabajadores: perfiles y decisiones automatizadas», VV.AA. *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 306 y 307.

⁹¹ Vid. *ad exemplum* GÓMEZ MARTÍN, V., «¿Por qué no se aplica el artículo 314 CP? Algunas reflexiones sobre la ineficacia del delito de discriminación laboral», *Revista Técnico Laboral*, núm. 145, 2015, pp. 517 ss; TAPIA BALLESTEROS, P., «El delito de discriminación laboral (art. 314 CP): ¿ejemplo de una deliberada técnica legislativa deficiente», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019, p.1.; HORTAL IBARRA, J. C., «Tutela de las condiciones laborales y reformas penales: ¿El ocaso del derecho penal del trabajo?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, 2018, pp. 65 y ss.

y la precariedad laboral son factores que generan un escenario altamente inestable e intimidatorio.

Asimismo, defendemos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debería alcanzar al artículo 314 del Código penal, pues como hemos indicado anteriormente no es nada infrecuente que grandes corporaciones discriminen a sus trabajadores en un verdadero intrínquilis de diversas empresas consiguiendo una impunidad *de facto*, en una situación en que las multas les pueden llegar incluso a salir a cuenta imputándolas como “pérdidas” en sus contabilidades.

TERRADILLOS BASOCO⁹² advierte que el número de sanciones administrativas por discriminación en el trabajo refleja una realidad relativamente alta y que apenas se dictan sentencias en aplicación del artículo 314 CP.

Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ en relación con el art. 314 CP, postula que si se aplicase con mayor frecuencia dispondría de una menor eficacia preventiva, pues la pena que contiene es mucho más benigna⁹³ que la sanción administrativa⁹⁴. Aquí se puede apreciar de forma clara la plasmación del llamado “Derecho penal del amigo”⁹⁵, que actúa como protección de los más poderosos.

Así pues, después de más de dos décadas de nimia o nula aplicación⁹⁶ del art. 314 CP, quizás el legislador debería reaccionar con una reforma del precepto acorde a los tiempos que estamos viviendo.

⁹² TERRADILLOS BASOCO, J.M.^a, *Aporofobia y plutofilia...*, *Op. cit.* pp. 141-142.

⁹³ Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, (Coord.), *Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)*, 2.^a ed., IUSTEL, Madrid, 2016, p. 286.

⁹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ es del parecer que «resulta más que discutible que el Derecho penal deba enfangarse en la prevención de las discriminaciones laborales, por mucho que estas hayan de ser “graves”, si la discriminación no comporta la imposición de condiciones irregulares en el discriminado (lo que nos llevaría al artículo 311 si concurriera engaño, abuso de necesidad, violencia o intimidación)». Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», De LA MATA BARRANCO, N., NIETO MARTÍN, Á., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 604.

⁹⁵ Concepto que de forma muy acertada acuñó por primera vez PRIETO del PINO en PRIETO del PINO, A. M.^a, «La armonización del Derecho penal español», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 15 de junio de 2006, pp. 101 y ss.

⁹⁶ Una inaplicación del artículo que POMARES CINTAS considera premeditada intrínseca con base en el mismo precepto en cuanto a su formulación se refiere. Vid. POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 143.

Independientemente del castigo penal que se pueda imputar objetiva y subjetivamente es igualmente necesario que exista una previsión de mecanismos jurídicos penales que actúen en el origen del problema, en tanto que el delito se haya cometido desde una criminalidad sistemática empresarial⁹⁷.

En estos tiempos en los que las TIC, la inteligencia artificial, las herramientas de *Business Intelligence* (BI), los algoritmos, etc., que cada vez tienen una mayor perfección y que han de estar al servicio de la humanidad para su bienestar, también existe un grave peligro de una utilización masiva de forma perversa contra los intereses de la clase trabajadora creándose discriminaciones abominables al socaire de una tecnología que puede superar todas las causas tasadas en el art. 314 CP.

Sin duda alguna, entendemos que legislador ha de actuar con premura en este ámbito en aras de defender a quienes son más débiles y vulnerables en este contexto donde todo o casi todo se puede saber sobre nuestras vidas mediante las TIC, como el Orwelliano⁹⁸ “ojo que todo lo ve”.

⁹⁷ Como bien señala GIL NOBAJAS, M.^a S. en «Respuesta penal a la criminalidad empresarial en supuestos de explotación laboral», BENITO SÁNCHEZ, D. y GÓMEZ LANZ, J. (Dirs.), MARTÍNEZ DE BRINGAS, A; CASANUEVA SANZ, I; OBREGÓN GARCÍA, A; MOLINA BLÁZQUEZ, M.^a C; VELÁZQUEZ VIOQUE, D; CABRERA MARTÍN, M y VEIGA GUERRA, N., *Sistema penal y exclusión social*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 203.

⁹⁸ *Big Brother* (conocido en Lengua española como Gran Hermano o, en su traducción correcta, Hermano Mayor. Vid. ORWELL, G., 1984, Ediciones Destino, Barcelona, 1952/2005, 6.^a edición, 2005.