



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Vol. VII ► N^o 1 ► 2022

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2022

 CC BY-NC-ND 4.0.



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SUBDIRECTORA

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España
Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Perú
Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dr. Pablo Arellano Ortiz, Especialista en Legislación Laboral. Unidad de D^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza
Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España
Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica
Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España
Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España
Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España
Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España
Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España
Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia
Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos
D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España
Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica
Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España
Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile
Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria
Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania
Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España
D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España
D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España
Dra. Maria Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España
Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España
D. Luis Jurado Cano
Dr. Julio Alberto Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España
Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil
Dr. Fco. Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España
Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España
Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España
Dra. Carmen Moreno de Toro, Universidad de Córdoba, España
Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España
Dr. Guillermo Rodríguez Iniesta, Universidad de Murcia, España
D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España
Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España
Dra. Pepa Burriel Rodríguez, Universidad de Barcelona, España
Dra. Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia Comillas – ICADE- Ediciones Lefebvre-El Derecho Red de expertos de la Comisión Europea FreSsco, España
Dr. David Carvalho Martins, Universidad de Lisboa, Portugal
Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España
Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España
Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España
Dr. Fernando M. Jimeno Jiménez, Profesor Tutor UNED Ceuta Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta, España
Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España
Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná Centro de Postgrado de la PUC/SP, Brasil
Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España
Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España
Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - Brasil), Brasil
Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España
Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España
Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España
Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España
Dra. María Salas Porras, Universidad de Málaga, España
Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España
Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad de Valencia, España
Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España
D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2022 ▶ Vol. VII ▶ N° 1 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2022



CC BY-NC-ND 4.0.

Copyright: Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Dirección y contacto. Postal: c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España

Correo-e: csrodas@us.es, web: <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social> <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips>

Tf.: (34) 9+34 954 55 76 01

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.



ÍNDICE

Vol. VII ▶ N° 1 ▶ 2022

MONOGRÁFICO

“LA PRECARIZACIÓN DEL EMPLEO, EL USO DE ALGORITMOS DIGITALES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL”

Coordinadora: Lucía Aragüez Valenzuela

TRIBUNA

Desafíos de la digitalización de las relaciones laborales: algoritmos digitales, robotización y trabajo a distancia / *Challenges of the digitisation of labour relations: digital algorithms, robotisation and remote working*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.01>

Lucía Aragüez Valenzuela 8-10

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La configuración del algoritmo digital, vacíos de justicia y principales desafíos para el Derecho del Trabajo / *Shaping the digital algorithm, justice gaps and main challenges for labour law*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.02>

Lucía Aragüez Valenzuela 12-29

Entre algoritmos: género humano y género artificial / *Between algorithms: human gender and artificial one*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.03>

Antonio Márquez Prieto 30-51

Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio / *Gender biases in the use of artificial intelligence for the management of labour relations: analysis from the anti-discrimination law*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.04>

Pilar Rivas Vallejo 52-83

La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes / *Artificial intelligence for the workplace. A focus on accident prediction*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.05>

María del Carmen Macías García 84-101

Impacto de la IA y la robótica en la atención sociosanitaria / *Impact of AI and robotics on social and health care*

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.06>

María Fátima Poyatos Chacón 102-130

- El caso de Maya Forstater en Reino Unido: La libertad de expresión en redes sociales de una trabajadora / *The case of Maya Forstater in the UK: A Worker's Freedom of Belief in Social Networking*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.07>
 Tasia Aránguez Sánchez / Laura Redondo Gutiérrez 131-153
- Trabajo a distancia y COVID-19 en Cuba: entre la protección sanitaria obligada y la protección laboral incompleta / *Teleworking and COVID-19 in Cuba: between obligatory health protection and incomplete labor protection*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.08>
 Sandys Menoya Zayas 154-180

MISCELÁNEA

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- A crise da Proteção Social dos trabalhadores das plataformas digitais: breve comparativo entre Brasil e Espanha / *The crisis of Social Protection of digital platform workers: brief comparison between Brazil and Spain*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.09>
 Marcos Paulo da Silva Oliveira 183-201
- El trabajo en plataformas digitales de reparto desde la perspectiva del Tribunal Superior del Trabajo: el caso brasileño / *Work on digital delivery platforms from the perspective of the Superior Labour Court: The Brazilian case*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.10>
 Flora Oliveira da Costa 202-215
- Processo estrutural: solução aplicável ao processo do trabalho? / *Structural injunctions: is this solution applicable to labor procedure?**
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.11>
 Lourival Barão Marques Filho / Thiago Mira de Assumpção Rosado 216-232
- Diez puntos críticos en el régimen de la contratación temporal y fija discontinua tras la entrada en vigor del RDL 32/2021 / *Ten interpretive difficulties in the discontinuous temporary and fixed contracting regime after promulgation of RDL 32/2021*
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.12>
 Francisco Vigo Serralvo 233-258

RECENSIONES

- Recensión de la obra de Yolanda Maneiro Vázquez: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2021
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.13>
 Cristina Sánchez-Rodas Navarro 260-262
- Recensión de la obra de José María Miranda Boto (prólogo de Tom Shippey). *Law, Government, and Society in J.R.R. Tolkien's Works*, Walking Tree Publishers, Zurich - Jena, 2022
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2022.i01.14>
 Cristina Sánchez-Rodas Navarro 263-265



Monográfico

“La precarización del empleo,
el uso de algoritmos digitales
y la inteligencia artificial”

Coordinadora: Lucía Aragüez Valenzuela



Tribuna



TRIBUNA

Desafíos de la digitalización de las relaciones laborales: algoritmos digitales, robotización y trabajo a distancia

CHALLENGES OF THE DIGITISATION OF LABOUR RELATIONS: DIGITAL ALGORITHMS, ROBOTISATION AND REMOTE WORKING

Lucía Aragüez Valenzuela

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo

Universidad de Málaga

l@uma.es 0000-0003-1819-5494

Recibido: 24.01.2022 | Aceptado: 17.05.2022

RESUMEN

La presente obra colectiva se circunscribe a una ayuda obtenida por la Unidad de Igualdad de la Universidad de Málaga para el desarrollo de actividades en materia de igualdad de género. Gracias a la misma tuvo lugar el pasado mes de septiembre de 2021 el “I Seminario Internacional sobre género y colectivos desfavorecidos: discriminación en el empleo, el uso de algoritmos digitales y la inteligencia artificial”. Tras su éxito y las brillantes reflexiones de los ponentes, comunicantes y participantes al mismo, se consideró oportuno efectuar una obra colectiva, la cual se encuentra incluida igualmente en el Proyecto de Investigación recientemente concedido del Plan Propio de la Universidad de Málaga para proyectos dirigidos por jóvenes investigadores denominado: “Legal Tech en el ámbito de las relaciones de trabajo y el uso de algoritmos digitales: primeras aproximaciones” dirigido por la profesora Lucía Aragüez Valenzuela.

ABSTRACT

This collective work is limited to a grant obtained by the Equality Unit of the University of Malaga for the development of activities in the field of gender equality. Thanks to this grant, the “1st International Seminar on gender and disadvantaged groups: discrimination in employment, the use of digital algorithms and artificial intelligence” was held last September 2021. After its success and the brilliant reflections of the speakers, communicators and participants, it was considered appropriate to produce a collective work, which is also included in the recently awarded Research Project of the University of Málaga for projects directed by young researchers called: “Legal Tech in the field of labour relations and the use of digital algorithms: first approaches” directed by Lecturer Lucía Aragüez Valenzuela.

PALABRAS CLAVE

Algoritmos
Tecnologías
Género
Trabajo
Justicia

KEYWORDS

Algorithms
Technologies
Gender
Labour
Justice

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN A LA OBRA COLECTIVA
- II. DESAFÍOS ANTE LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES
- III. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN A LA OBRA COLECTIVA

La irrupción tecnológica está afectando la manera en que las relaciones sociales y laborales se construyen y cimientan. Los canales de comunicación y de prestación del trabajo parecen haber sustituido el trato más humano y personal de la relación por una preocupante tendencia hacia la tecnología, ocasionando cambios abruptos en ciertos modelos de trabajo.

Esta necesidad de regulación respecto a la materia, teniendo siempre muy presente el entorno laboral y el comportamiento de las partes en la propia relación jurídica de trabajo, implicó la concesión de una ayuda económica que dio origen al “I Seminario Internacional sobre género y colectivos desfavorecidos: discriminación en el empleo, el uso de algoritmos digitales y la inteligencia artificial” en la Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo de la Universidad de Málaga, el cual resultó ser un verdadero éxito.

Esta obra, la cual igualmente se encuentra incluida en el Proyecto de Investigación para jóvenes investigadores de la Universidad de Málaga denominado “*Legal Tech* en el ámbito de las relaciones de trabajo y el uso de algoritmos digitales: primeras aproximaciones”, es fruto de una serie de reflexiones y debates planteados por los participantes al Seminario en su mayoría, los cuales pretenden reflexionar acerca de la digitalización de las relaciones laborales desde una perspectiva amplia, teniendo siempre muy presente el enfoque de género y de justicia.

II. DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Las empresas tienden a emplear las herramientas tecnológicas para controlar y vigilar a la persona trabajadora de una manera ciertamente más invasiva. Esto nos hace replantearnos el tipo de relación que se viene estableciendo, la cual debiera orientarse hacia una relación personalísima basada en la confianza entre las partes y honestidad. Sin embargo, parece que este afán empresarial en una vigilancia incesante de su comportamiento merma los cimientos más clásicos de las relaciones de trabajo.

Por consiguiente, resulta fundamental reflexionar con mayor detenimiento sobre los nuevos modelos de trabajo y las nuevas formas de control empresarial. En este sentido, parece que las empresas están recurriendo con mayor frecuencia a los algoritmos digitales para la toma automatizada de decisiones, viéndose sustituida esta parte más subjetiva y humana de las relaciones laborales por una maquinaria que pretende dar respuestas objetivas tras cotejo de una serie de datos de diversa índole.

La creación de estos instrumentos no parece ajustarse a los parámetros de justicia, puesto que, en ocasiones, estos algoritmos –y más concretamente durante su proceso de aprendizaje– se encuentran bastante alejados de la neutralidad. Ello implica la consecución de sesgos en las propias relaciones laborales, creando brechas de diversa índole –por razón de género, etnia, religión, entre otros– entre las personas trabajadoras y modelos laborales muy alejados a la concepción de justicia en la relación jurídica.

Por ende, la aplicación de las tecnologías y, más concretamente, el uso de algoritmos digitales, esta revolucionando el mundo laboral. Sin embargo, lamentablemente, las propuestas normativas se arbitran con cierto retraso respecto a los cambios sociales y laborales existentes, creándose ciertos vacíos de justicia y ocasionando una importante desprotección hacia las personas trabajadoras. A ello se suma que las empresas no ofrecen la información necesaria respecto a la vigilancia real que efectúan, encontrándonos con comunicaciones entre las partes poco transparentes y honestas.

Con estas ideas relativas a la digitalización de las relaciones de trabajo, esta obra colectiva no sólo resulta novedosa, sino también necesaria para el ámbito empresarial y académico, donde se tendrá muy presente el enfoque de justicia y el análisis de la digitalización del trabajo desde una perspectiva amplia e interdisciplinar.

III. REFLEXIONES FINALES

En la presente obra colectiva se reflexionará sobre la excesiva instrumentalización hacia lo tecnológico, por encima del elemento humano y los principales desafíos que ello conlleva en el ámbito de las relaciones de trabajo, mermando no sólo el entorno laboral existente y las propias relaciones personales, sino también modificando los preceptos normativos, los cuáles, por el momento, resultan ser insuficientes.

De este modo, cuestiones como la digitalización de las relaciones laborales, la robotización del empleo, el excesivo control empresarial, los algoritmos y la inteligencia artificial, los sesgos existentes en los nuevos modelos laborales, entre otras cuestiones, serán objeto de estudio con el fin último de conducir la digitalización laboral hacia la consecución de un modelo de trabajo decente orientado hacia la consecución de la justicia.



Artículos doctrinales



La configuración del algoritmo digital, vacíos de justicia y principales desafíos para el Derecho del Trabajo

SHAPING THE DIGITAL ALGORITHM, JUSTICE GAPS AND MAIN CHALLENGES FOR LABOUR LAW

Lucía Aragüez Valenzuela

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo

Universidad de Málaga

luciaaraguez@uma.es  0000-0003-1819-5494

Recibido: 22.01.2022 | Aceptado: 06.04.2022

RESUMEN

El mundo del trabajo se está transformando de forma constante, fundamentalmente debido a la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. De entre las mismas, las empresas recurren cada vez más frecuentemente al uso de algoritmos digitales de diversa índole –ofertas de trabajo, acceso al empleo, diferencias en las condiciones laborales, formas de medición del rendimiento, entre otros aspectos–. Sin embargo, en el proceso de aprendizaje de la maquinaria, siguen existiendo sesgos sociales que continúan perennes en la sociedad. Por consiguiente, en este estudio, trataremos de profundizar en los posibles vacíos de justicia que en la actualidad presentan los algoritmos digitales aplicados en el ámbito del trabajo, aportando posibles propuestas de mejora para la consecución de un algoritmo orientado hacia la consecución de la justicia desde una perspectiva amplia y relacional.

ABSTRACT

The world of work is constantly changing, mainly due to the introduction of new information and communication technologies. Among these, companies are increasingly resorting to the use of digital algorithms of various kinds – job offers, access to employment, differences in working conditions, ways of measuring work performance, among others–. However, in the process of machine learning, there are still social biases that remain perennial in society. Therefore, in this study, we will try to delve into possible gaps in justice that currently exist in digital algorithms applied in the field of work, providing possible proposals for improvement in order to achieve an algorithm oriented towards the achievement of justice from a broad and relational perspective.

PALABRAS CLAVE

Algoritmos
Tecnologías
Trabajo
Justicia

KEYWORDS

Algorithms
Technologies
Labour
Justice

SUMARIO

- I. EL PROCESO DE APRENDIZAJE DEL ALGORITMO: NOCIONES CONCEPTUALES
- II. VACÍOS DE JUSTICIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL ALGORITMO DIGITAL
 - A. Institucionalidad
 - B. Reciprocidad
 - C. Socialidad
- III. SUPUESTOS CONCRETOS DE DISCRIMINACIÓN
 - A. Discriminación en las ofertas de trabajo
 - B. Discriminación en el acceso al empleo
 - C. Discriminación en las condiciones de trabajo y excesivo control en el rendimiento de la persona trabajadora
- IV. REFLEXIONES FINALES: ¿PUEDE CONFIGURARSE UN ALGORITMO DIGITAL JUSTO?
Bibliografía

I. EL PROCESO DE APRENDIZAJE DEL ALGORITMO: NOCIONES CONCEPTUALES

Las tecnologías forman parte del mundo de trabajo de una manera cada vez más asentada. Resultan ser numerosas las empresas que recurren a la incorporación de ciertas herramientas tecnológicas para la prestación de su trabajo y, sobre todo, para ser consideradas más competitivas en el mercado laboral. Por consiguiente, la inclusión de las tecnologías de diversa índole implica ciertos beneficios en relación a la ejecución, organización, dirección y prestación del trabajo; pero, de la misma manera, también ocasiona una cierta desprotección hacia la persona trabajadora por diversas razones.

Por un lado, las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC en adelante), se encuentran en constante cambio, provocando nuevos escenarios a los que la normativa no se encuentra suficientemente adaptada. Esto provoca una cierta desprotección hacia la persona que está ejerciendo el trabajo, puesto que la relación existente en la mayoría de los modelos laborales tiende hacia la asimetría y verticalidad entre la persona trabajadora y la empresa. De hecho, las empresas suelen recurrir al uso de herramientas tecnológicas para fortalecer su poder de vigilancia empresarial respecto a la forma en la que la persona trabajadora se comporta en su puesto de trabajo.

Una de las formas más habituales para ejercitar este poder de control por parte de las empresas es a través de cámaras de videovigilancia, sistemas de localización, vigilancia en el acceso a páginas web, entre otros. Sin embargo, es cierto que cada vez se encuentra más asentado el control empresarial mediante el uso de la inteligencia artificial o los algoritmos digitales en el entorno laboral. De este modo, las empresas tratan de ejercitar esta vigilancia de una manera ciertamente opaca o poco transparente, pasando incluso de manera inadvertida. Esto implica que la persona trabajadora no sea consciente de dicho control o, en el caso de eventualmente serlo, del alcance o la finalidad del mismo.

Esto nos hace cuestionarnos si verdaderamente el uso de toda esta tecnología revolucionaria –centrándonos en la inteligencia artificial y los algoritmos– se ajusta a los cánones de justicia que debieran existir en el ámbito de trabajo y en cualquier relación

jurídica entre la persona trabajadora y la empresa. Sin embargo, antes de responder a esta pregunta, y detectar los posibles vacíos de justicia que pudieran existir en la misma, es necesario efectuar previamente una serie de consideraciones conceptuales.

En primer lugar, debemos señalar que el uso de esta tecnología se realiza a través del *big data*, o lo que es lo mismo, el cotejo de una serie de datos, ya sean personales o no, de diversa índole, que tratan de aportar información relevante a la empresa acerca de la persona trabajadora y la manera en la que la misma desarrolla su comportamiento (reciprocidad). Con estos datos, la empresa realmente lo que pretende es crear un perfil y, en su caso, tomar decisiones que, de manera directa o indirecta, afecten a sus condiciones de trabajo. Los datos están, por tanto, cargados de poder para las empresas puesto que con los mismos tienen una mayor capacidad y conocimiento para tomar ciertas decisiones.

Resulta bastante habitual confundir conceptualmente la inteligencia artificial con los algoritmos digitales o, mejor dicho, llegar a entender que los algoritmos digitales forman parte de la inteligencia artificial. Sin embargo, son conceptos totalmente diferenciados, aunque, a veces, uno pueda asociarse con el otro (cuando nos referimos a la creación de un algoritmo para un sistema de inteligencia artificial). “La Inteligencia Artificial (IA en adelante) es la simulación de inteligencia humana por parte de las máquinas. Dicho de otro modo, es la disciplina que trata de crear sistemas capaces de aprender y razonar como un ser humano, aprendan de la experiencia, averigüen cómo resolver problemas ante unas condiciones dadas, contrasten información y lleven a cabo tareas lógicas”¹.

Por otro lado, el algoritmo es un procedimiento sistemático que se efectúa a través de la composición de una serie de números para resolver un problema; sin embargo, para ello, debe estar instruido de una serie de instrucciones bien definidas para operar de la manera esperada², esto es, conforme a su previa configuración y proceso de aprendizaje. Así, la formulación del algoritmo resulta fundamental, ya que de ello dependerá la posible toma automatizada de ciertas decisiones empresariales.

En este contexto, una de las ramas de la IA es el aprendizaje automático, también conocido como *Machine Learning*, el cual diseña modelos predictivos mediante el análisis de un conjunto de datos y la identificación de patrones (algoritmo digital). Esta tecnología permite el aprendizaje de ciertos sistemas informáticos mediante datos o experiencias en tareas específicas. “Cuando este sistema informático encuentra una correlación significativa que acaba de hallar un fenómeno que desconocía hasta el momento, y esto implica hallar una nueva información. Esta información se reintroduce en los algoritmos para que realicen búsquedas más exactas, de modo que los resultados anteriores perfeccionan el funcionamiento del algoritmo y el sistema aprende”³.

1. Aragüez Valenzuela, L.: “Los algoritmos digitales en el trabajo: brechas y sesgos”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, p. 129.

2. Benítez Eyzaguirre L.: “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género”, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, núm. 25 (3), 2019, pp. 1307-1320.

3. Eguíluz Castañeira, J. A.: “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 68, núm. 2, 2020, pp. 325-367.

De esta manera, el algoritmo consiste en la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos los personales, procedentes de diferentes fuentes, siendo a su vez objeto de un tratamiento automatizado con avanzadas técnicas de tratamiento, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones⁴.

El algoritmo, en su origen y formulación, resulta ser prácticamente un secreto industrial, siendo además un sistema ciertamente complejo⁵ en la utilización de datos personales, ya que convierte a los mismos en una herramienta clave para aportar a las empresas información de manera ágil e inteligente⁶. Así, este proceso de aprendizaje debiera ser sistemático y consistente, esto es, que no resulte ser ambiguo o abierto a posibles interpretaciones arbitrarias e injustificadas. Y es que partimos de la base de que las decisiones de las empresas se dejan en manos de la máquina –el algoritmo–, el cual carece de sentimientos, emociones y, en general, de la parte más subjetiva y personal de las relaciones personales.

Uno de los procesos fundamentales para la creación de un algoritmo digital es su procedimiento de aprendizaje, el cual consiste en comprimir toda la información necesaria para la toma automatizada de determinadas decisiones mediante procedimientos matemáticos basados en parámetros de probabilidades. “Es una serie lógica de pasos para organizar y actuar sobre un conjunto de datos con el objetivo de lograr rápidamente un resultado. Ese aprendizaje es posible gracias a la automatización de la información mediante el uso del aprendizaje profundo y el autoaprendizaje de la máquina”⁷. De este modo, la misión del algoritmo no es el cálculo de una solución exacta o precisa, sobre todo porque esto se convertiría en una finalidad inalcanzable en muchos casos; sino que está más próxima a facilitar una respuesta atendiendo a las probabilidades que les han ido introduciendo durante el proceso de enseñanza. Por consiguiente, aporta una información objetiva al empresario sobre un hecho concreto, esto es, ajeno a cualquier tipo de sentimientos o de sensibilización respecto a las personas trabajadoras, habiendo llegado a dicha conclusión atendiendo al grado de enseñanza realizado por la empresa o la persona en quien ella delegue (en este caso, el técnico informático).

El procedimiento más importante, y a la vez más complejo, resulta ser su formulación, siendo éste un aspecto bastante alejado del conocimiento de los juristas y, por supuesto, de la propia persona trabajadora debido a la complejidad técnica en su creación⁸ y desarrollo.

4. Becerra J. *et al.*: *Derecho y big data*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018, p. 39.

5. Azuaje Pirela M. y Finol González D.: “Transparencia algorítmica y la propiedad intelectual e industrial: tensiones y soluciones”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 30, 2020, pp. 111-146.

6. Castelblanco Gómez, W.: *Algoritmos que discriminan: Derechos Humanos e Inteligencia Artificial*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2021, p. 9.

7. Castelblanco Gómez, W.: *Algoritmos que discriminan: Derechos Humanos e Inteligencia Artificial*, ob. cit., p. 7.

8. A título ilustrativo podemos mencionar que, “Desde 2013, Google utiliza un algoritmo semántico, Hummingbird, diseñado para el análisis del lenguaje natural o búsqueda conversacional. Con este nuevo algoritmo, la compañía actualizó los criterios incorporando la relevancia social, los factores personales, la calidad del contenido y los enlaces, así como la elección personal del usuario a la hora de dirigirse a uno de los resultados. En este sentido, Sweeney (2013) cuestiona cómo este modelo expone a las audiencias a prejuicios raciales y de género, a la vista de cómo se publica la publicidad contextual.

Bajo las consideraciones anteriormente citadas, partimos de la base de que los algoritmos digitales pueden ocasionar una cierta pérdida en la confianza depositada por las personas trabajadoras ya que, en la mayoría de los casos, se recurre a la misma para efectuar una vigilancia empresarial de forma inadvertida en relación a los comportamientos de las personas trabajadoras, aun cuando incluso ellas mismas tratan de mantener en el entorno laboral una cierta expectativa de privacidad.

A ello se le suma la importancia de la formulación del algoritmo, ya que más allá de que se pierda el trato más personal –viéndose sustituido por la toma automatizada de decisiones– es importante que la formulación del mismo se desarrolle bajo cánones basados en la justicia, esto es, creando un algoritmo ético. Por consiguiente, sería necesario que las empresas verdaderamente reformulen sus algoritmos en parámetros éticos, manteniendo la proximidad relacional, con el objetivo de detectar situaciones de flaqueza o debilidades en el ámbito de la relación de trabajo –y no discriminaciones o sesgos en el empleo–. Para ello, se debiera crear el algoritmo en código de fuente en abierto (lo que se conoce como: *Open Data*). De esta manera, será fácilmente auditable –para detectar si establece algún tipo de debilidad en el entorno de trabajo–, y también alterable. Así, se presentará un producto con una estructura “flexible”, permitiendo su modificación ante una posible respuesta a las reclamaciones futuras fruto de su funcionamiento. Esta sería una manera adecuada de garantizar un sistema de control empresarial transparente, leal, justo y honesto a la realidad laboral existente.

Como se ha señalado anteriormente, el proceso de aprendizaje, además de ser complejo, es uno de los más importante en relación a la creación del algoritmo digital, puesto que de él depende la toma de ciertas decisiones. Por consiguiente, la manera en la que se suministra dicha información, y el procesamiento que el algoritmo digital realice, podrá establecer una serie de parámetros orientados –o no– hacia la consecución de la justicia. Este procedimiento resulta altamente complejo, sobrepasando la posible capacidad de control que la empresa pudiera ejercitar sobre el mismo respecto al procesamiento de los datos aportados. De esta manera, podemos distinguir dos fases del proceso:

- “Fase 1ª: se caracteriza por el procedimiento de alimentación de la maquinaria, esto es, la creación del algoritmo digitalizado a través de una serie de datos que se recopilan, analizan y seleccionan minuciosamente para la toma automatizada de decisiones. Estos datos dependen de una manera clara y directa de su programación inicial y de la interacción humana (esto es, de la propia empresa). Para ello, se suele recurrir a los datos –ya sean personales o no– de ciertos usuarios (las personas trabajadoras) en base a un sistema de prueba-error del

Dos años después Google implementó el componente RankBrain, para analizar un quince por ciento de las búsquedas, cuando incluyen términos coloquiales, frases complejas o neologismos, y así anticiparse a la intención del usuario. Entonces también incluyó la herramienta de código abierto TensorFlow, que aplica el modelo matemático Word2Vec, con el que se inicia el aprendizaje de conceptos a partir de las lecturas de artículos y sin supervisión humana. Usa representaciones distribuidas del texto para detectar similitudes entre conceptos, de forma que se hace útil para representar y extraer conocimiento, la traducción automática, la formulación de preguntas y respuestas”.

algoritmo mediante estrategias que permitan suplir las debilidades que pudieran presentarse.

- Fase 2ª: en la cual el algoritmo digital comienza su etapa de automatización y autoaprendizaje mediante el cotejo de datos introducidos por la empresa y convirtiendo los mismos en procesos matemáticos basados en probabilidades. Este estudio lo genera de manera autodidacta la propia máquina tras la intervención empresarial de la Fase 1ª.

En esta segunda fase, la empresa pierde en cierta medida el control del procesamiento de datos por parte del algoritmo. A ello se suma que esta pérdida de control, con independencia de que la “alimentación de la maquinaria” se haya efectuado teniendo muy presente parámetros basados en la justicia, puede ocasionar que el procesamiento de esta información se encuentre sesgada (ya sea por los datos introducidos por parte de la empresa o por el periodo de autoaprendizaje de la maquinaria), ocasionando situaciones basadas en discriminación de diversa índole (las cuales veremos a continuación). Esto nos indica la necesidad de tratar de mantener en este proceso de aprendizaje unos cimientos basados en la ética, la protección y la seguridad de los datos recabados”⁹.

Por consiguiente, es posible que, aunque la empresa tenga una cierta intencionalidad de crear un algoritmo basado en parámetros justos, la realidad de las cosas manifiesta que, en este procedimiento de creación, resultan muy importantes los datos que se utilicen y la manera en la que se “alimenta” a la maquinaria para su procesamiento. Por tanto, es importante reflexionar acerca de la configuración del algoritmo digital y los principales desafíos que, hasta el momento, presentan.

II. VACÍOS DE JUSTICIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL ALGORITMO DIGITAL

Actualmente muchas empresas recurren a los algoritmos digitales para la adopción de ciertas decisiones o para analizar y organizar su propia empresa; sin embargo, en algunos casos, el algoritmo es configurado de manera sesgada, donde parece que los datos introducidos parten de una base poco honesta o transparente, lo cual genera situaciones injustas en la propia relación jurídica. El problema resulta ciertamente complejo ya que, más allá de la posible intencionalidad empresarial en crear, por ejemplo, un algoritmo basado en parámetros discriminatorios, donde, a título ilustrativo, las mujeres tengan menos opciones para acceder a un determinado puesto de trabajo, en la mayoría de los casos en el proceso de aprendizaje puede que ni tan siquiera las empresas sean verdaderamente conscientes de la manera en la que el mismo se encuentra configurado. Esto implicaría un cierto desconocimiento sobre su configuración y consecuencias.

9. Aragüez Valenzuela, L.: “Los algoritmos digitales en el trabajo: brechas y sesgos”, ob. cit., pp. 135-136.

Las tecnologías de la información y de la comunicación forman parte de la sociedad de manera irreversible. Los cambios tecnológicos resultan ser lo suficientemente veloces que presentan un importante desafío para el Derecho del Trabajo, el cual parece ir a la zaga de los mismos. Por consiguiente, esto hace que se presenten ciertas lagunas normativas y, de la misma manera, vacíos de justicia. Y es que partimos de la base de que, para que verdaderamente exista justicia en la relación jurídica-laboral, es necesario tener en cuenta varios aspectos, esto es, tener una perspectiva más amplia donde, además de tener muy presente la norma, se tengan en cuenta el contexto social y los valores de grupo en el entorno de trabajo, así como el comportamiento de las partes¹⁰.

A. Institucionalidad

Centrándonos en el uso de algoritmos digitales en el trabajo, tan solo existe a nivel nacional una norma en el marco de las relaciones laborales, de reciente incorporación constituida por el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

Lo primero que llama la atención de la norma referenciada es que, con la mera observación del titulado, en ningún caso hace referencia a los algoritmos digitales en el entorno de trabajo por lo que, a simple vista, no se deduce del mismo que en su propio contenido se indique alguna cuestión en este sentido, lo cual genera ciertas confusiones.

En cualquier caso, lo cierto es que la norma señala en su articulado, además de la presunción de laboralidad de las personas trabajadoras en plataformas virtuales, un reforzamiento del deber de información hacia el comité de empresa (art. 64 ET). El Real Decreto-ley modifica el artículo 64 del ET, relativo a los derechos de información y consulta de la representación legal de las personas trabajadoras, añadiendo un nuevo párrafo d) a su apartado 4. El precepto indica el derecho de los representantes de los trabajadores del comité de empresa a ser informado de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones, las cuales igualmente pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. En este sentido, las empresas debieran informar al comité de empresa de cuestiones relacionadas con el algoritmo, extendiendo esta obligación de información

10. Para comprender de mejor manera las tres dimensiones de la justicia relacional (institucionalidad, socialidad y reciprocidad), se recomiendan las siguientes lecturas: Caro Gándara, R.: "Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional", *Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi*, núm. 14, 2014, pp. 93-116; Márquez Prieto, A.: "Justicia relacional: economía y trabajo", *Revista Acontecimiento: órgano de expresión del Instituto Emmanuel Mounier*, núm. 104, 2012, pp. 31-34; Márquez Prieto, A.: "Justicia relacional: enfoque, línea y método", en Márquez Prieto A. (dir.): *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 145-218; Márquez Prieto, A.: "La justicia relacional como círculo virtuoso", *Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi*, núm. 14, 2014, pp. 117-134.

a los parámetros, reglas e instrucciones de funcionamiento, lo cual resulta fundamental para proteger a la persona trabajadora.

El legislador pretende aportar una mayor seguridad jurídica a los trabajadores, los cuales pueden encontrarse afectados ante la toma automatizada de decisiones empresariales mediante algoritmos. Sin embargo, en este sentido debemos reflexionar acerca de dos aspectos fundamentales:

- La necesidad del reforzamiento del deber empresarial: como bien es sabido, el art. 64 ET (ex ante al Real Decreto-ley 9/2021), ya incluía en sus líneas el deber empresarial de informar al comité de empresa de “aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma (...) a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen” e incluso “sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa”. Por tanto, parece que ya previamente, aunque no de forma expresa y clara, se debía informar al comité de empresa de la posible incorporación de algoritmos digitales para la organización, dirección o toma automatizada de ciertas decisiones, ya que directamente pudiera ello afectar a la manera de organizar el trabajo y al contrato laboral. Sin embargo, debido posiblemente a la realidad empresarial existente, la cual parece quedar ciertamente alejada de establecer esta información previa al comité de empresas, la normativa refuerza su derecho, ampliando el art. 64 en este sentido.

Esto nos hace replantearnos si realmente era necesario efectuar una matización adicional al precepto normativo, debiendo manifestar el logro por parte del legislador en lo que respecta al reforzamiento del deber de información a los representantes de los trabajadores, ya que, en la práctica, “su formulación –la del algoritmo– es considerado prácticamente un secreto, quedando bastante alejado del conocimiento de los juristas y, por supuesto, de la propia persona trabajadora (art. 22 RGPD) debido a la complejidad técnica en su creación y desarrollo. De hecho, podemos incluso decir que los algoritmos digitales son considerados prácticamente un secreto industrial por parte de las empresas, ocultando de esta manera cierta información relativa a su procedencia y al tratamiento de los datos recabados. Con ello, parece que su implementación en las empresas no hacía que la relación laboral se enfocase a cánones de transparencia o veracidad, sino a aumentar la asimetría existente entre ambas partes en la relación jurídica”¹¹.

11. Para reflexionar sobre la nueva normativa relativa a los algoritmos digitales, se recomienda la lectura de Aragüez Valenzuela, L.: “Comentario crítico al Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, *Revista de privacidad y derecho digital*, Vol. 6, núm. 22, 2021, pp. 199-205.

- Vacío de justicia del precepto referenciado: a pesar de haber indicado con anterioridad el acierto por parte del legislador en reforzar el deber de información previa al comité de empresa, es igualmente necesario detectar un importante vacío de justicia existente en la actualidad del reciente precepto relativo a la asimetría en la propia relación jurídica y la desprotección de ciertos trabajadores. Como indicaba el precepto, el reforzamiento del deber de información empresarial se extiende únicamente a los representantes de los trabajadores en la empresa que forman parte del comité empresarial. Esto nos hace preguntarnos lo que ocurriría en aquellas otras empresas las cuales, por su plantilla, no alcanzan el número suficiente de trabajadores para formar un comité de empresa. En estos casos, parece que la normativa no obliga a las empresas a informar sobre la existencia del algoritmo digital ni tampoco sobre su funcionalidad dentro del tejido empresarial, lo cual presenta una importante inseguridad jurídica a las personas trabajadoras. Y es que debemos partir de la base de que existe un desequilibrio o asimetría entre los sujetos intervinientes en la relación jurídica. Como sabemos, la persona trabajadora y el empresario resultan ser, en la práctica, sujetos diferenciados, pero bajo una relación con cierta tendencia hacia la verticalidad de unos con respecto a los otros. El hecho de que la persona trabajadora se encuentre subordinada a las directrices empresariales significa que existe esta supremacía. Esta situación se extiende con independencia de que haya o no representación, pero quizá incluso exista una mayor tendencia hacia la verticalidad cuando esta representación no existe. Por lo que si a ello le sumamos que la norma no proteja a este colectivo –refiriéndonos a aquellos que no tienen representación de los trabajadores en la empresa o comité de empresa–, se encuentran realmente desamparados, ocasionando un vacío de justicia en la propia relación jurídica.

B. Reciprocidad

La reciprocidad hace referencia al comportamiento de las partes en la propia relación jurídica, por lo que resulta necesario valorar sus actitudes, intenciones y acciones en el entorno de trabajo y, más concretamente, en lo que respecta a la configuración del algoritmo. Para ello, resulta fundamental tener en consideración el grado de participación, información y transparencia existente en relación a la configuración del algoritmo y el proceso de aprendizaje –al que anteriormente hemos hecho referencia desde tres perspectivas distintas atendiendo a los sujetos intervinientes (empresa, persona trabajadora y representantes de los trabajadores):

- Empresa: la empresa tiene un papel claramente diferenciado del resto de sujetos intervinientes en la relación jurídica (persona trabajadora y sus representantes) puesto que, por el momento, es quien tiene el deber de dirección

y organización empresarial, teniendo de la misma manera el derecho de establecer la manera en la que se va a configurar el algoritmo. Con independencia de que esta labor técnica se delegue a otra persona (técnico informático que efectúe el proceso de aprendizaje del algoritmo), la empresa establecerá de una manera clara los datos que debieran ser introducidos en la maquinaria para que se ajuste a sus pretensiones finales (valorar a la persona trabajadora más o menos eficiente, analizar el perfil más idóneo a un determinado puesto de trabajo, etc.).

Como consecuencia de ello, podemos decir que el comportamiento que tiene la empresa en el proceso de aprendizaje del algoritmo es esencial, ya que de su labor depende (y, por supuesto, también del correcto desempeño del técnico informático) la configuración de un algoritmo digital basado en términos de justicia, con independencia del deber de buena fe de la persona finalmente encargada de su formulación (refiriéndonos al técnico).

- Persona trabajadora: por otro lado, la persona trabajadora parece tener un papel ciertamente residual en el proceso de aprendizaje del algoritmo, ya que sólo se convierte en protagonista cuando las decisiones automatizadas de la maquinaria recaen en su persona (lo cual puede conllevar al despido, a un aumento de sueldo, a una sanción disciplinaria, entre otras). Sin embargo, en este proceso previo, en lo que respecta a la configuración del algoritmo digital, la persona trabajadora es considerada una ignorante de la realidad empresarial existente.

Y es que, verdaderamente, el algoritmo digital es considerado en la práctica un secreto industrial por parte de las personas trabajadoras por lo que, con independencia de que puntualmente pudieran conocer que están siendo controladas por parte de la empresa y de su existencia, en la práctica, existe una evidente falta de información en lo que respecta a su configuración, organización y finalidad.

- Representantes de los trabajadores: como ha sido reseñado, los representantes de los trabajadores –y más concretamente el comité de empresa– tiene el derecho de ser informados de la existencia de algoritmos digitales, pero, existen ciertos vacíos de justicia en relación a la capacidad de reacción que pudieran tener los mismos respecto a la configuración poco honesta del mismo. Y es que, en la mayoría de los casos, la información ofrecida al comité resulta poco honesta y transparente, fundamentalmente porque en la configuración del propio algoritmo, se suelen crear en códigos fuentes cerrados, no permitiéndose su cotejo, modificación o alterabilidad.

Esto nos hace reflexionar acerca de que, aunque se les haya extendido este derecho a ser informados, resulta ciertamente complejo que tengan verdaderos conocimientos acerca de la configuración del mismo, así como de su proceso de aprendizaje o la verdadera intencionalidad de la empresa en su uso, lo cual sitúa a la representación de las personas trabajadoras en una cierta asimetría respecto a la empresa.

C. Socialidad

Partimos de la base de que actualmente continúan existiendo ciertos desafíos en el ámbito del trabajo que no han conseguido paliarse desde antaño. Los estereotipos sociales y los prejuicios existentes relativos a ciertos colectivos, considerados vulnerables, es algo que se encuentra aún claramente presente en un importante número de empresas. Nos venimos refiriendo a, por ejemplo, el papel de la mujer en el ámbito del trabajo¹² o a los sesgos existentes por razón de género –salario, condiciones laborales, conciliación, techo de cristal–, la situación de personas con discapacidad –dificultades para acceder a puestos de trabajo, diferencias en condiciones laborales–, inmigrantes o personas que puedan sufrir discriminación de diversa índole –raza, etnia, religión, entre otros–.

En este sentido, debemos cuestionarnos que, si estas injusticias en el ámbito laboral perduran en la actualidad, de qué manera las empresas pueden configurar un algoritmo digital basado en términos de justicia. Así, el problema es mucho más complejo, ya que partimos de la base que es una situación que sobrepasa la esfera empresarial o laboral. Estamos hablando de un aspecto social y cultural existente a nivel global.

Por ende, debemos indicar que un importante vacío en el ámbito laboral, el cual directamente afecta a la formulación del algoritmo, es que aún perduran ciertos temas que ocasionan importantes desigualdades entre las personas trabajadoras. Incluso nos estamos refiriendo a situaciones que de manera inconsciente pudieran surgir, lo que dificulta enormemente la configuración de un algoritmo digital basado en términos de justicia.

III. SUPUESTOS CONCRETOS DE DISCRIMINACIÓN

Tras lo analizado anteriormente, lo cierto es que en la práctica es ciertamente complejo configurar un algoritmo en código en abierto, transparente y orientado hacia la consecución de la justicia. Resultan ser muy escasas las empresas que reflexionan no solo acerca de lo que pretenden que el algoritmo decida, sino además cuestionarse sobre el procesamiento interno de toda esa información por parte de la maquinaria para, de este modo, intentar al menos que las decisiones tomadas sean los más ajustadas al cumplimiento de los derechos fundamentales en garantía de la protección jurídica de las personas trabajadoras.

Estos sesgos se pueden producir una vez que los algoritmos establezcan un perfil determinado de las personas que, o bien ya se encuentran trabajando en la empresa, o pretenden hacerlo tras un proceso de selección; no siendo algo éticamente aceptado el que el mismo esconda una lógica discriminatoria. Y es que estamos hablando de una discriminación que resulta igualmente reprochable que si se hubiese realizado de manera personal y presencial por parte de la empresa. A pesar de ello,

12. Para profundizar sobre estas cuestiones, se recomienda la lectura de Gómez Salado, M. Á. y Aragüez Valenzuela, L. (dirs.): *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019.

es difícilmente demostrable la intencionalidad de las empresas en la configuración de algoritmos sesgados, ya que resulta muy difícilmente probable que exista un “dolo encubierto” por parte de la empresa en la creación del mismo, sobre todo cuando su origen se encuentra en un código fuente cerrado, esto es, no modificable o alterable, no permitiéndose, en principio, una fácil auditoría.

Sea (de) una forma u otra, lo cierto es que los algoritmos están ocasionando situaciones discriminatorias entre las personas trabajadoras, siendo necesario analizar ciertos supuestos de discriminación a título ilustrativo.

A. Discriminación en las ofertas de trabajo

Actualmente, con las tecnologías de la información y de la comunicación, muchas ofertas de trabajo se vienen efectuando a través de plataformas virtuales o redes sociales. Esto, en principio, no debe ocasionar ningún problema, incluso una ventaja por parte de las empresas, ya que pueden alcanzar a un mayor nivel de perfiles, y también para las personas trabajadoras debido a que el estar de altas en dicha plataforma o red pueden tener a su disposición numerosas ofertas de trabajo. Sin embargo, algunas empresas parecen aprovechar esta situación para ofrecer estas ofertas laborales a un determinado colectivo de personas trabajadoras. Con ello no nos referimos a un perfil en concreto de contratante, sino a ofertas con segmentaciones en la edad, sexo, aficiones, país de origen o de residencia, así como ofreciendo un tipo de publicidad centrada en lugares demográficos concretos.

Un ejemplo concreto lo podemos observar con la empresa Facebook. ACLU, *American Civil Liberties Union*, presentó una denuncia ante la Comisión por la igualdad de oportunidades en el trabajo de los Estados Unidos, al observar que la empresa permitía efectuar anuncios seleccionados por razón de género, es decir, dirigiéndolos solo a usuarios masculinos (y excluyendo al femenino por ser mujer). Facebook parecía incumplir con la normativa americana –al igual que ocurriría con la española en su caso– por no ofrecer las mismas ofertas de trabajo tanto a hombres como a mujeres, debiendo estar disponibles para todos los ciudadanos, sin excepciones por razón de género.

Analizando sucintamente este ejemplo, debemos señalar que Facebook tenía un algoritmo digital que articulaba anuncios diferentes dependiendo de si se dirigían a un colectivo (hombres) u otro (mujeres), teniendo en cuenta las posibles preferencias o gustos de ambos. De esta manera, la plataforma excluía a las mujeres de ver ciertos anuncios¹³ (ofertas laborales), cuestión que además de ser reprochable, discriminaba socialmente a las mujeres trabajadoras, limitándosele el acceso a determinados puestos de trabajo por su condición de género. Esto demostraba que el algoritmo de la plataforma se encontraba condicionado en su creación (procedimiento de aprendizaje y procesamiento de datos) por lo que entendía que resultaban ser las preferencias

13. Para profundizar sobre esta cuestión, se recomienda la lectura de Lyons K.: “Facebook’s ad delivery system still has gender bias, new study finds”, *The Verge*, 2021, disponible en: <https://www.theverge.com/2021/4/9/22375366/facebook-ad-gender-bias-delivery-algorithm-discrimination> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2021).

de las mujeres con respecto a los hombres en relación a la selección de determinadas ofertas de trabajo, lo cual resulta injusto y discriminatorio.

B. Discriminación en el acceso al empleo

Los supuestos de discriminación no sólo aparecen en las ofertas laborales, sino también en el propio acceso al empleo, donde cada vez son más las empresas que recurren al uso de algoritmos digitales en el ámbito de recursos humanos para seleccionar a los mejores perfiles a través de la maquinaria, desechando de este modo el resto de perfiles que no supere “el filtro”.

Concretamente, en relación al género podemos señalar el ejemplo de la empresa Amazon. Esta empresa desarrolló un algoritmo en materia de contratación del personal a través de una serie de puntuaciones que iban desde alcanzar una estrella hasta cinco (siendo cinco la puntuación máxima a la que una persona trabajadora pudiera obtener). “El algoritmo que empleaba Amazon para valorar a los candidatos y candidatas demostró que los hombres eran preferibles en estos puestos de trabajo, ya que quedó demostrado que obtenían una valoración mayor con respecto a las mujeres de manera arbitraria e injustificada. Tanto es así que incluso el algoritmo “penalizaba” aquellos currículums que incluían alguna palabra femenina”¹⁴.

En este caso, aunque aún tengamos ciertas dudas sobre la intencionalidad de la empresa en establecer estas evidentes limitaciones para el colectivo femenino, lo cierto es que demostraban inexactitudes en el algoritmo digital empleado, ya que, al parecer, el sistema analizaba los datos de los CV en un proceso de diez años de la vida de la empresa y elaboraba un esquema para determinar qué empleados resultaban más idóneos, ocasionando que, en la mayoría de los datos analizados, esto es, las personas contratadas a lo largo de dicho periodo laboral, eran hombres¹⁵. De esta manera, el algoritmo había tenido un proceso de aprendizaje sesgado desde su origen (esto es, a través de los datos que fueron introducidos por parte de la empresa).

C. Discriminación en las condiciones de trabajo y excesivo control en el rendimiento de la persona trabajadora

Uber podría estar cobrando más a los usuarios de barrios mayoritariamente negros de Chicago según un estudio¹⁶. En este caso parece tener lugar un supuesto de discriminación atendiendo a la edad, el precio de las viviendas, la educación y la etnia. Por consiguiente, parece que la plataforma está ocasionando un verdadero sesgo social,

14. Aragüez Valenzuela, L.: “Los algoritmos digitales en el trabajo: brechas y sesgos”, ob. cit., pp. 138-139.

15. Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 231.

16. Pandey A. y Caliskan A.: “Disparate Impact of Artificial Intelligence Bias in Ridehailing Economy's Price Discrimination Algorithms”, en AA.VV.: *AIES '21. Proceedings of the 2021 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, Association for Computing Machinery, New York, 2021.

estableciendo diferencias en un determinado colectivo de la población, subiendo el precio del servicio por razones arbitrarias e injustificadas. A ello se suma que la propia plataforma también utilizaba un algoritmo que discriminaba a los conductores (en este supuesto no a los usuarios como sí parecía ocurrir anteriormente) por origen racial, ya que encargaba menos trabajo a unos (los negros) con respecto a otros.

Esta actuación de la empresa resultaba ser discrecional, arbitraria, injusta y, sobre todo, desigualitaria. “Esto a su vez implicaba la precarización de sus puestos de trabajo, ya que el hecho de que la plataforma no necesitase sus servicios reflejaba un descenso en el salario de dicho colectivo. Estudios realizados en *Airbnb*, y también en *Craigslist*, han demostrado que las personas negras a menudo suelen ser perjudicadas en las evaluaciones, lo cual les afectará directamente en el salario. Y es que cabe mencionar que en la presente plataforma se ha demostrado que, si los prestadores de servicios no operan para las mismas durante un determinado periodo de tiempo o reciben comentarios desfavorables por sus actuaciones o cancelaciones reiteradas por parte de los consumidores y usuarios, las empresas tienden a enviarles cada vez menos “llamadas”, llegando incluso el punto de tener la capacidad de darles de baja de la propia plataforma”¹⁷.

En este supuesto, podemos observar cómo tiene lugar un excesivo control por parte de la plataforma respecto a la manera que tienen las personas trabajadoras de comportarse en relación a la cancelación de los viajes. Es decir, es muy posible que esta excesiva instrumentalización hacia lo tecnológico implicase que el algoritmo estuviera configurado para que a las personas trabajadoras que se les cancelaban ciertos viajes (los negros), cada vez más recibieran menos llamadas, coincidiendo este sesgo social en algo discriminatorio en el puesto de trabajo de manera automática.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en la aplicación *Predictive hire* (contratación anticipada), que evitaba posibles costes futuros a las empresas mediante predicciones atendiendo a los datos de las personas trabajadoras. Este algoritmo se basaba en descartar a los empleados que tenían una mayor probabilidad de pedir un aumento del salario o de apoyar la sindicalización a través de la transferencia y el análisis de una serie de datos recabados de los trabajadores por las plataformas virtuales (intercambio de correos electrónicos, mensajes, acceso a páginas de Internet, entre otros).

Por consiguiente, este control tecnológico a través de la maquinaria predecía la intencionalidad humana de las personas trabajadoras, analizando su personalidad e intención con la idea de que el algoritmo pudiera anticiparse a ciertos comportamientos de las personas trabajadoras más rebeldes o negativos, incluso llegando a afectar al funcionamiento habitual de la empresa. En este ejemplo podemos observar cómo la empresa, en lugar de mantener una relación honesta con la persona trabajadora, basada en el trabajo personal y la confianza, utilizaba un predictor mediante una maquinaria para poder tomar anticipadamente a la toma de ciertas decisiones y así tratar de ponerle solución de una manera más rápida.

17. Bach Gibert, A.: “Los sistemas de evaluación de trabajadores basados en las valoraciones de los clientes”, *IUSLabor*, núm. 3, 2019, p. 8.

En este ejemplo, el algoritmo controlaba las actitudes de las personas trabajadoras mediante el cotejo de una serie de datos, ya sean personales o no, estableciendo un perfil muy concreto sobre su persona, llegando incluso a predecir posibles comportamientos futuros, perdiéndose de este modo el elemento más personal y humano de las relaciones de trabajo.

IV. REFLEXIONES FINALES: ¿PUEDE CONFIGURARSE UN ALGORITMO DIGITAL JUSTO?

La incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en el trabajo están reforzando notablemente el sistema de control y vigilancia empresarial hacia la persona trabajadora mediante la recopilación de datos de diversa índole. En la actualidad, muchas de estas empresas recurren a los algoritmos digitales para ejercitar su poder de una manera más rápida, objetiva y, sobre todo, inadvertida hacia la persona trabajadora. Por consiguiente, lo que anteriormente era considerado un control más personal y presencial, ahora se ha visto sustituido por una maquinaria (el algoritmo), la cual trata de dar una respuesta a las cuestiones empresariales planteadas con el objetivo de que con dicha información la empresa pueda adoptar ciertas decisiones.

En este sentido, debemos efectuar una reflexión acerca de esta excesiva –y a la vez preocupante– instrumentalización hacia lo tecnológico en el ámbito de las relaciones de trabajo. Y es que es necesario indicar que una relación laboral, entre la persona trabajadora y la empresa, debiera ser personalísima y, además, configurada conforme a la buena fe. Esto quiere decir que debiera existir una verdadera confianza entre ambas partes en el desempeño del trabajo. Sin embargo, el uso abusivo de las tecnológicas y el control incesante en el comportamiento de la persona trabajadora, en ocasiones, puede mermar esta confianza y, por ende, la propia relación de trabajo. Nos referimos a que el fenómeno que está teniendo lugar es una cierta deshumanización de las relaciones laborales, viéndose sustituida por una preocupante instrumentalización hacia la tecnología y, más concretamente, en el uso de los algoritmos digitales.

Además de esta posible merma en el ámbito más subjetivo de la relación de trabajo, nos encontramos con un escenario ciertamente preocupante en lo que respecta al ámbito normativo. A lo largo del estudio se ha evidenciado que la legislación es prácticamente inexistente, ocasionando una importante desprotección jurídica hacia la persona trabajadora. Por consiguiente, en la consecución de un algoritmo digital orientado hacia la justicia, resulta fundamental fortalecer la norma. Y más allá de ello, que exista un verdadero deber de información hacia la persona trabajadora o, en su caso, sus representantes, en la introducción de esta tecnología.

Este deber de información no consideramos que debiera estar limitado solamente para aquellas empresas que cuenten con, al menos, cincuenta trabajadoras y formen un comité de empresas, sino que debiera igualmente extenderse a todas las empresas que, de una forma u otra –y con independencia de la plantilla–, utilicen los algoritmos digitales para vigilar el comportamiento de las personas trabajadoras y

proceder a la toma automatizada de ciertas decisiones. Por ende, es necesario que la normativa, ya sea a nivel legislativo, convencional o contractual, resulte ser lo más transparente posible.

Otro de los aspectos determinantes en la reciprocidad o el comportamiento de las partes en la recopilación de datos, el proceso de aprendizaje del algoritmo y la toma automatizada de decisiones. Analizando esta dimensión, hemos detectado diversos vacíos a lo largo del estudio caracterizados, en su mayoría, por la intencionalidad o el desconocimiento por parte de las empresas en la creación del algoritmo, lo cual hace que desde su configuración existan ciertos problemas derivados de su complejidad, en la delegación hacia un tercero (técnico informático) y en el desconocimiento real del funcionamiento del mismo (sobrepasando la esfera de control empresarial). Esto hace que no sólo la información que aporte la empresa a las personas trabajadoras no sea del todo cierta, sino que ni la propia empresa resulte ser verdaderamente consciente de los sesgos o situaciones injustas que la configuración del algoritmo puede ocasionar.

A ello se suma que cuando se recurre a este tipo de tecnología, las empresas lo que pretenden es agilizar ciertos procesos, por lo que, perdiéndose toda la parte humana de la relación de trabajo, se deja en manos de una maquinaria (el algoritmo) la asunción de decisiones empresariales que no sólo pueden revestir de cierta importancia para el normal funcionamiento de la empresa, sino que directamente van a afectar a la propia persona trabajadora.

Para la configuración de un algoritmo digital justo, o lo más próximo a la consecución de la justicia, se requiere una participación activa por parte de la empresa en la configuración del algoritmo y su funcionamiento, debiendo valorar si cumple el mismo o no conforme a lo esperado. Para ello se requiere de un tiempo prudencial en su configuración y, por supuesto, de valoración y testeo respecto a su funcionamiento, donde además se permita su alteración en cuanto se detecten en el procesamiento ciertas dudas sobre posibles injusticias. A ello se suma la conciencia empresarial en informar a la persona trabajadora, de manera activa, clara, transparente y concisa, sobre la configuración del algoritmo y, sobre todo, acerca de su finalidad, eliminándose así cualquier expectativa de privacidad que la persona trabajadora pudiera asumir.

Y, por otro lado, resulta fundamental en la configuración del algoritmo la socialidad, esto es, realizar un cambio de mentalidad, siendo este último aspecto quizá uno de los más relevantes planteados por el momento. Y es que no debemos olvidar que nos podemos encontrar, como además se ha evidenciado a lo largo del trabajo, con la creación de algoritmos sesgados desde su base u origen (en este procedimiento de autoaprendizaje) debido a un problema social y cultural, donde continúan existiendo situaciones discriminatorias respecto a colectivos ciertamente vulnerables. Así, el algoritmo creado no se encuentra orientado hacia la consecución de la justicia y la igualdad, viéndose, por el contrario, bastante alejado, creando situaciones de discriminación mediante la toma automatizada de decisiones empresariales arbitrarias e injustificadas. “Y es que partimos de la base de que en la sociedad existen sesgos,

donde los valores, creencias y, en general, la cultura de grupo afecta de manera directa a ciertas personas y a la creación propia del algoritmo digital”¹⁸.

Para paliar esta situación, se requiere de un gran esfuerzo social, siendo necesario un cambio de mentalidad, donde todas las personas, con independencia de su condición, tengan las mismas oportunidades. Por consiguiente, parece que el debate existente conforme a la creación de un algoritmo digital justo debiera analizarse desde una perspectiva amplia, teniendo siempre muy presente la necesaria información previa a las personas trabajadoras y el fortalecimiento de la norma en su protección jurídica, el comportamiento de las partes en el proceso de configuración del algoritmo y en su testeo, así como el entorno laboral y social existente, donde además se tenga en cuenta que nos encontramos ante una sociedad donde las desigualdades sociales continúan existiendo.

Teniendo en consideración estas cuestiones, podremos orientar estos modelos de trabajo “digitalizados” hacia la consecución de la justicia en la propia relación jurídica, donde además se fomente el elemento humano y más personal de las relaciones de trabajo por encima de la excesiva instrumentalización hacia la tecnología que existe en la actualidad.

Bibliografía

- Aragüez Valenzuela, L.: “Comentario crítico al Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 6, núm. 22, 2021.
- Aragüez Valenzuela, L.: “Los algoritmos digitales en el trabajo: brechas y sesgos”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021.
- Azuaje Pirela M. y Finol González D.: “Transparencia algorítmica y la propiedad intelectual e industrial: tensiones y soluciones”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, núm. 30, 2020 (DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n30.05>).
- Bach Gibert, A.: “Los sistemas de evaluación de trabajadores basados en las valoraciones de los clientes”, *IUSLabor*, núm. 3, 2019 (DOI: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2019.i03.01>).
- Becerra J. et al.: *Derecho y big data*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018.
- Benítez Eyzaguirre L.: “Ética y transparencia para la detección de sesgos algorítmicos de género”, *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, núm. 25 (3), 2019 (DOI: <https://doi.org/10.5209/esmp.66989>).
- Caro Gándara, R.: “Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional”, *Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi*, núm. 14, 2014.
- Castelblanco Gómez, W.: *Algoritmos que discriminan: Derechos Humanos e Inteligencia Artificial*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2021.
- Eguíluz Castañeira, J. A.: “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 68, núm. 2, 2020 (DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367)).
- Gómez Salado, M. Á. y Aragüez Valenzuela, L. (dirs.): *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019.
- Lyons K.: “Facebook’s ad delivery system still has gender bias, new study finds”, *The Verge*, 2021, disponible en <https://www.theverge.com/2021/4/9/22375366/facebook-ad-gender-bias-delivery-algorithm-discrimination>.

18. Aragüez Valenzuela, L.: “Los algoritmos digitales en el trabajo: brechas y sesgos”, ob. cit., p. 144.

- Márquez Prieto, A.: "Justicia relacional: economía y trabajo", *Revista Acontecimiento: órgano de expresión del Instituto Emmanuel Mounier*, núm. 104, 2012.
- Márquez Prieto, A.: "Justicia relacional: enfoque, línea y método", en Márquez Prieto A. (dir.): *Justicia Relacional y Principio de Fraternidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Márquez Prieto, A.: "La justicia relacional como círculo virtuoso", *Recerca, Revista De Pensament I Anàlisi*, núm. 14, 2014.
- Pandey A. y Caliskan A.: "Disparate Impact of Artificial Intelligence Bias in Ridehailing Economy's Price Discrimination Algorithms", en AA.VV.: *AIES '21. Proceedings of the 2021 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, Association for Computing Machinery, New York, 2021.
- Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo: su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.



Entre algoritmos: género humano y género artificial

BETWEEN ALGORITHMS: HUMAN GENDER AND ARTIFICIAL ONE

Antonio Márquez Prieto

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

amp@uma.es  0000-0002-2654-1433

Recibido: 24.01.2022 | Aceptado: 17.05.2022

RESUMEN

La inteligencia artificial, que lleva décadas de desarrollo, supone cada vez más una realidad presente en las relaciones laborales, de forma sectorizada, pero evidenciándose al mismo tiempo en toda la realidad económica y social. Por ello aquí se aborda como fenómeno universal ante el que se intentan ofrecer medidas legales de regulación, las cuales, en la medida en que responden al binomio conducta-norma, resultan inadecuadas puesto que el desarrollo de la inteligencia artificial requiere un enfoque en el que entre en juego, como tercer elemento, la propia cultura humana de valores subyacentes. Desde este punto de vista se pretende llamar la atención sobre el hecho de que la inteligencia artificial constituye un fenómeno de enorme calado filosófico y, al mismo tiempo, supone una de las mejores oportunidades para el intento global de comprensión de lo que significa ser humano.

ABSTRACT

Artificial intelligence, which has been in development for decades, increasingly supposes a reality that is present in labor relations, in a sectorized way, but at the same time becoming evident in all economic and social reality. For this reason, here we try to address it as an universal phenomenon facing which we try to offer legal regulatory measures, which, to the extent that they respond to the behavior-norm binomial, are inadequate since the development of artificial intelligence requires a focus on the that comes into play, as a third element, the human culture of underlying values. From this point of view, it is intended to draw attention to the fact that artificial intelligence constitutes a phenomenon of enormous philosophical significance and, at the same time, represents one of the best opportunities for the global attempt to understand what it means to be human.

PALABRAS CLAVE

Algoritmos
Inteligencia artificial
Género humano
Ser humano
Digitalización
Socialidad
Humanidad

KEYWORDS

Algorithms
Artificial intelligence
Human gender
Human being
Digitization
Sociality
Humanity

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. MEDIDAS NORMATIVAS DE PROTECCIÓN CONTRA ACTUACIONES ALGORÍTMICAS
 - A. EL ARTIFICIO DE LA INTERACCIÓN
 - B. MEDIDAS INSTITUCIONALES LIMITADAS
 1. PRÁCTICAS PROHIBIDAS
 2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL CONSIDERADA DE ALTO RIESGO
 3. MEDIDAS NORMATIVAS INSUFICIENTES
- III. LO HUMANO Y LO ARTIFICIAL
 - A. HACIA UNA "SUPERINTELIGENCIA"
 - B. EL DESAFÍO DE "SER HUMANO" Y SEGUIR "SIENDO"
- IV. CONCLUSIÓN
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

"Género humano" es el título de un volumen de Isla Correyero¹ que incluye a su vez dos poemarios de la autora. Del primero de ellos, "Diario de una enfermera" podríamos destacar el abordaje de la crisis, la enfermedad, la ancianidad, la fragilidad del ser humano cuando se va acercando al final de su vida, en tanto que "Occidente" retrata a un mundo enfermo que adolece de falsedad, una barca que zozobra en la que aún sigue a flote una sociedad despreocupada. Es a este género humano al que en estas líneas se alude, en un tiempo en que no queremos acusar prematuramente de amenazante el desarrollo industrial de la inteligencia artificial. Pero, en la medida en que esa artificialidad no es como las anteriores, sino que es tejida con hebras de la razón, exige necesariamente un cuestionamiento humano, que en gran parte ya se viene planteando, y que nos interpela a todos y a cada uno. Intentando por ello aportar también mi visión personal, creo que es obligado considerar los escenarios posibles, las relaciones posibles, entre la racionalidad artificial –a la cual no podemos considerar sólo un autómatas o artificio mecánico, sino algo propiamente pensado para "pensar"– y la racionalidad humana. ¿Asistimos al surgimiento de otro género o especie? Y, en caso afirmativo, ¿qué tipo de repercusiones –positivas o negativas– puede ello tener para el género humano? En el marco de las relaciones laborales el asunto viene ya teniendo un importante tratamiento doctrinal, como respuesta al uso de algoritmos en la adopción de decisiones empresariales, en la organización de la propia empresa o en la configuración de plataformas cibernéticas para la prestación de servicios². Pero salta a la vista que esas posibles implicaciones en las relaciones laborales conducen directamente a las relaciones interpersonales de todo tipo, al tratarse éste de un fenómeno universal –en el que ciertamente el trabajo ha empezado a experimentar cambios singulares–.

1. Isla Correyero es el seudónimo con el que escribe su autora, Esperanza Correyero Rodríguez. La obra está publicada en 2014 por Inspirar-Expirar Ediciones.

2. Han sido abundantes e importantes los estudios que han abordado estos aspectos. Permítaseme destacar, por todos, Rivas Vallejo, M. P.: *Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Por eso, de la misma forma que en los dos poemarios del libro de Isla Correyero, se abordan a continuación, en primer lugar, las *medidas legales que atienden al ser humano* (lo que responde a la manera jurídica normal de actuar) y, en segundo lugar, la necesidad de abrir un debate serio sobre las repercusiones de este fenómeno para el *género humano* como tal (según un abordaje que va más allá de lo normativo).

II. MEDIDAS NORMATIVAS DE PROTECCIÓN CONTRA ACTUACIONES ALGORÍTMICAS

En este apartado se aborda el primer paso de los mencionados, correspondiente a la relación entre las posibles conductas de los sujetos y las consecuencias jurídicas previstas en las normas, según es habitual en un esquema jurídico de dos dimensiones (el aludido binomio conducta-norma), comenzando con la dimensión relativa a las conductas interactivas o recíprocas (en el marco de la digitalización) para a continuación abordar las correspondientes medidas legales. En un siguiente paso, como se ha dicho, se tratará de exponer cómo este enfoque bidimensional –claramente insuficiente, especialmente en el caso de la inteligencia artificial– puede ser complementado por una tercera dimensión.

A. El artificio de la interacción

Resulta interesante recurrir a modelos de comportamiento interactivo propios de la teoría de juegos, si, en vez de comentar casos reales concretos, se pretende, como en este caso, presentar de forma abstracta algunos patrones de acción recíproca entre diversos agentes –jugadores– sin que en la opción de cada uno exista influencia por parte de norma alguna, sino que la actuación o decisión de cada uno de los agentes dependa del abanico de opciones posibles de los otros sujetos intervinientes en la dinámica interactiva³. De entre múltiples modelos pueden ser mencionados dos concretos juegos: el dilema del prisionero y la caza del ciervo.

En cuanto al primero, el más famoso de los juegos de “suma no cero”⁴ su matriz de pagos, o de recompensas asignadas a los jugadores, puede cambiar según el autor que se consulte. Y, de hecho, la puntuación que marca las recompensas se corresponde con el número de años de cárcel a que pueden ser condenados dos sospechosos (prisioneros) de haber perpetrado juntos un delito. La posible condena variará dependiendo de que decidan cooperar entre sí (silenciando los dos la comisión del delito), con lo que conseguirían una pena bastante inferior, o no cooperar (confesando) viendo aumentada su condena dependiendo de que confiesen ambos o sólo uno.

3. En la medida en que responden a modelos, suponen una simplificación importante y también un enfoque significativamente reducido de lo que supondrían en realidad las posibles reacciones verdaderamente humanas (siempre de carácter muy complejo). Pero se pueden acercan, sin embargo, a la comprensión de actuaciones artificiales programadas (cuyos enunciados de partida igualmente pueden ser más simples o más complejos).

4. Vid. Martínez Coll, J. C.: *Bioeconomía*, Málaga, 1986, pp. 40-42 y Baird, D.G.; Gertner, R.H. y Picker, R.C.: *Game Theory and the Law*, Cambridge-USA y Londres, 1994, pp. 33 y ss.

Conducta de los jugadores	Número años de cárcel	Puntuación o recompensa
Ni A ni B confiesan (cooperan entre sí)	Cada uno es condenado a 1 año de cárcel	A=3, B=3
A silencia, B confiesa (B defrauda a A)	A es condenado a 10 años y B queda libre	A=1, B=4
Ambos confiesan (ambos se defraudan)	Cada uno es condenado a 6 años	A=2, B=2
A confiesa, B silencia (A defrauda a B)	A queda libre y B es condenado a 10 años	A=4, B=1

Así pues, la matriz de pagos quedaría así:

A/B	Coopera	No coopera
Coopera	3,3	1,4
No coopera	4,1	2,2

O bien, con puntuaciones alfabéticas, que permiten indicar la premisa del dilema del prisionero:

A/B	Coopera	No coopera
Coopera	a,a	c,b
No coopera	b,c	d,d

Donde $b > a > d > c$, premisa que debe cumplirse para que efectivamente se trate de un dilema del prisionero.

En este juego existe sólo una situación de equilibrio (equilibrio de Nash), en el lugar donde ambos jugadores manifiestan una actitud de no cooperar con el otro, a pesar de que, según puede verse, la recompensa conjunta sería superior si decidieran cooperar entre sí. Lo que sucede es que cada uno de los prisioneros trata de maximizar su beneficio, sin preocuparse por el resultado que el otro prisionero obtenga. Cada jugador, de hecho, ante la desconfianza de lo que el otro pueda hacer, está más incentivado a defraudar al otro, incluso tras haberse prometido entre sí la cooperación (éste es el dilema).

El segundo de los juegos aludidos, la caza del ciervo, debe su nombre a un relato de Rousseau⁵, que describe la situación en la que se encuentran dos cazadores, que deben elegir entre cazar juntos un ciervo o atrapar, por separado, cada uno una liebre. El ciervo constituye una pieza de mucho mayor interés que la liebre, pero exige coordinación entre ambos cazadores. En comparación con el dilema del prisionero, la premisa necesaria para que se trate de un juego de caza del ciervo es: $a > b \geq d > c$, pudiendo representarse así su matriz de pagos:

5. Rousseau, J. J.: *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, 1775 (traducción de 1982 de Ángel Pumarega).

A/B	Ciervo	Liebre
Ciervo	4,4	0,3
Liebre	3,0	2,2

Para algunos autores⁶ el juego de la caza del ciervo explica el fenómeno relacionado con la cooperación social –o la ausencia de ella– de forma más completa que el dilema del prisionero⁷ (aunque la prolongación en el tiempo de la relación entre los agentes puede hacer que la cooperación resulte explicable desde el dilema del prisionero, analizado de forma evolutiva). Sin embargo, interesa aquí resaltar una gran diferencia entre ambos juegos: el hecho de que el escenario de partida es en la caza del ciervo definible como neutro, mientras que en el dilema del prisionero es claramente de adversidad o conflicto; la decisión se toma por cada uno de los jugadores sin comunicación con el otro. Por ello constituye un escenario compatible con la existencia de un algoritmo en base al cual sea tomada la decisión por parte de uno de los dos agentes. En primer lugar, por la incomunicación (que puede también referirse a la ocultación de las razones, la expresión por sorpresa de la decisión) y en segundo lugar porque la decisión adoptada puede responder –o generar– un clima de verdadero conflicto. Ese algoritmo utilizado para decidir la opción de uno de los agentes puede tener una orientación predeterminada u otra. Así, puede citarse algún algoritmo que pretenda conducir el juego dentro de unos parámetros de cooperación y sostenibilidad de las relaciones interpersonales, como es, señaladamente “Tit for Tat”, diseñado para jugar al dilema del prisionero, que ocupa sólo 3 líneas en lenguaje Basic, y que consiste en: 1) cooperar la primera vez y 2) a partir de ahí hacer lo mismo que haga el adversario (más tarde se añadió una cierta capacidad de perdón)⁸. Frente a esa estrategia, que puede corresponder en general a una buena fe realista, puede citarse el algoritmo “MINIMAX”, que resulta muy combativo, ya que su estrategia consiste en elegir la opción más conveniente para uno mismo y peor para el adversario, sabiendo que el oponente elegirá también lo mejor para él y peor para uno mismo⁹. Pero, más allá de los algoritmos, es impactante el caso de redes neuronales como *AlphaZero*, presentada en 2017 por la empresa *DeepMind*, que, sin habersele facilitado formación sobre tácticas, sino aprendiendo ella sola desde cero, logró vencer a los ganadores mundiales en ajedrez, *shogi* y *go*¹⁰. Ante estos supuestos surge la pregunta sobre la necesaria reacción de

6. Cortázar, R., “Non-Redundant Groups, the Assurance Game and the Origins of Collective Action”, *Public Choice*, vol. 92, 1997, pp. 41-53; Janssen, M.: “On the principle of coordination”, *Economics and Philosophy*, vol. 17(2), 2001, pp. 221-234; Skyrms, B.: *La caza del ciervo y la evolución de la estructura social*, Barcelona, 2007.

7. Efectivamente es más completo el juego de la caza del ciervo en la medida en que presenta no una, sino dos situaciones de equilibrio posible: la opción por la caza de la liebre, por parte de ambos, y la decisión de ambos cazadores de mantenerse en la coordinación conjunta para la caza del ciervo, siendo esta segunda posibilidad la que mayor recompensa comporta.

8. Axelrod, R., “The evolution of cooperation”, *The Journal of Politics*, vol. 48, núm. 1, febrero-1986, pp. 234-236.

9. Beal, D., *The Nature of Minimax Search*, *Institute of Knowledge and Agent Technology*, Universidad de Maastricht. Disponible en https://project.dke.maastrichtuniversity.nl/games/files/phd/Beal_thesis.pdf (visitado el 23-1-2022).

10. <https://deepmind.com/blog/article/alphazero-shedding-new-light-grand-games-chess-shogi-and-go> (visitado el 23-1-2022).

los ordenamientos jurídicos, debiendo anticiparse que existe una gran dificultad al respecto por el poder de atracción y de convicción que juega a favor de la tecnología. Parece que se la acepta como una realidad imparables. La exagerada fascinación por el progreso de la misma se ve, sin embargo, frenada, cuando se descubre que en muchas ocasiones esta tecnología es utilizada a favor de determinados intereses –o causando importantes perjuicios y vulneraciones de derechos– por parte de instituciones públicas y grandes empresas a nivel nacional e internacional¹¹.

B. Medidas institucionales limitadas

Aparte de medidas legislativas que, a nivel nacional, aborden aspectos jurídico-laborales relacionados directamente con el fenómeno de la digitalización¹², existe en la Unión Europea una propuesta de Reglamento a modo de Ley de Inteligencia Artificial, lo cual se enmarca en toda una serie de iniciativas comunitarias relativas al desarrollo de la inteligencia artificial¹³ que, en años más recientes, ha dado lugar a la definición de una Estrategia Europea para la Inteligencia Artificial¹⁴, el establecimiento de un Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial¹⁵ y la elaboración de un

11. Acerca del uso de algoritmos de impacto social significativo (con abuso de derechos de las personas) por parte de empresas y entidades públicas puede consultarse, p.e., el Observatorio de Algoritmos con Impacto Social (OASI) de Eticas Foundation: <https://eticasfoundation.org/es/weakening-of-democratic-practices-as-a-type-of-social-impact-of-algorithms-in-the-oasi-register/> (visitado el 23-1-2022).

12. En España, de forma pionera, y como resultado del Acuerdo de 10 de marzo entre Gobierno, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME, se han introducido, en relación al trabajo prestado a través de plataforma digital, dos modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores por obra de la Ley 12/2021 de 28 de septiembre. En primer lugar, la introducción de una nueva letra d) en el artículo 64.4, que concede a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informado por parte de la empresa “de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que puedan incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. En segundo lugar, la incorporación de una disposición adicional vigesimotercera, titulada “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”, con este texto: “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. En el Preámbulo se reconoce la labor llevada a cabo por la Inspección de Trabajo en la indagación de las condiciones del trabajo prestado a través de plataformas digitales, además de mencionarse expresamente importantes Ss. del TS, como las de 26-2-1986, 20-1-2015 y 25-9-2020. Junto a lo cual sería injusto no mencionar la labor doctrinal de análisis del trabajo prestado en conexión con plataformas digitales. Es de mencionar –por todos los demás– Aragüez Valenzuela, L.: *Relación laboral «digitalizada»: colaboración y control en un contexto tecnológico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

13. En ocasiones anteriores ya la Comisión había instado a la necesidad de que la U.E. asumiera una posición de liderazgo a nivel internacional en el terreno de la inteligencia artificial. Así fue, p.e., en mayo de 2017, cuando la Comisión publicó la Revisión Intermedia de la aplicación para la Estrategia del Mercado Único Digital, COM/2017/0228 final, que puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2017:228:FIN> (visitado el 7-1-2022).

14. Inteligencia Artificial para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones. Bruselas, 25.4.2018 (COM) 2018 237 final, {SWD(2018) 137 final}.

15. Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones. Bruselas, 7.12.2018 (COM) 2018 795 final, que puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795&from=DA> (visitado el 7-1-2022).

Libro Blanco¹⁶, además de otras medidas¹⁷. El mencionado Reglamento comunitario sobre Inteligencia Artificial, que de momento es sólo una propuesta¹⁸, clasifica las actuaciones posibles de la inteligencia artificial en función de los riesgos conectados con las mismas y, concretamente, establece tres niveles: 1) riesgo inaceptable, 2) alto riesgo y 3) riesgo bajo o mínimo. Independientemente de que la propuesta de Reglamento requeriría un comentario detallado –que no es posible llevar a cabo en estas páginas– es necesario señalar que entre el primer y el segundo nivel –en los que nos centramos aquí– la diferencia está en que las prácticas que conlleven un riesgo inaceptable quedan prohibidas, mientras que los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo están permitidos, si bien condicionados al cumplimiento de determinados requisitos. Analicemos, aunque sea de forma sucinta, la regulación contenida en la propuesta acerca, primeramente, de las prácticas prohibidas y, a continuación, la permisión de la llamada inteligencia artificial de alto riesgo; a lo que, en tercer lugar, se podrá añadir alguna consideración algo más general relativa al carácter limitado de estas medidas normativas.

1. Prácticas prohibidas

Comenzando por las conductas que según la propuesta de Reglamento quedarían prohibidas, se citan textualmente a continuación las cuatro prácticas descritas en el artículo 5, algunas de cuyas formulaciones, según ha valorado el Comité Económico y Social Europeo (CESE) “no están claras, con lo que determinadas prohibiciones pueden ser difíciles de interpretar y fáciles de eludir”¹⁹. Según la redacción del apartado 1 del mencionado artículo 5 de la propuesta de Reglamento “Estarán prohibidas las siguientes prácticas de inteligencia artificial:

16. Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final, que puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf (visitado el 7-1-2022).

17. Se indica la necesidad de atender a Directrices Éticas que fomenten la confianza en la inteligencia artificial en la siguiente Comunicación de la Comisión (disponible en inglés): Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Bruselas, 8.4.2019, COM(2019) 168 final, que se puede consultar en: [file:///C:/Users/User/Downloads/1_en_act_part1_v8_DA596EE2-A7B1-2FF2-976724FBD96DE1F1_58496%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/1_en_act_part1_v8_DA596EE2-A7B1-2FF2-976724FBD96DE1F1_58496%20(1).pdf) (visitado el 7-1-2022). También el documento Directrices Éticas para una IA fiable, elaborado por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial y editado por la Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/08746> (visitado el 12-1-2022).

18. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, Bruselas, 21.4.2021 COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), que puede consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF (visitado el 7-1-2022).

19. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, ap. 4.1.

- a) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra". Se trata de una indicación que, aunque se haya querido centrar en las técnicas subliminales, en realidad podría –y debería– referirse a la potencialidad de la inteligencia artificial para manipular –sea con dichas técnicas subliminales u otras por extensión–, pudiendo contemplarse los perjuicios también de manera más extensa, tanto en sentido objetivo como subjetivo. De hecho, el Dictamen mencionado del CESE (ap. 4.3) propone una modificación de la redacción de la parte que figura arriba en cursiva, quedando así: “un sistema de IA desplegado, destinado o utilizado para distorsionar sustancialmente el comportamiento de una persona de forma que pueda menoscabar los derechos fundamentales de esa persona, otra persona o de un grupo de personas, incluidas su salud y seguridad físicas o psicológicas, o la democracia y el Estado de Derecho”²⁰
- “b) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que aproveche alguna de las vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad o discapacidad física o mental para alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona que pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra”. Se trata de una redacción un tanto ambigua que podría trasladar a los tribunales –como en otros casos– la labor de concretar más las conductas prohibidas (qué se deba entender por “vulnerabilidades de un grupo específico” o por alteración sustancial del comportamiento, qué “perjuicios físicos o psicológicos” son significativos)²¹.
- “c) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA por parte de las autoridades públicas o en su representación con el fin de evaluar o clasificar la fiabilidad de personas físicas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad conocidas o predichas, de forma que la clasificación social resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente; ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros que es injustificado o desproporcionado con respecto a su

20. El Dictamen del CESE da esta explicación en su ap. 4.2: “Existen pruebas de técnicas subliminales que pueden, además de causar perjuicios físicos o psicológicos (la condición actualmente necesaria para que esta prohibición específica entre en vigor), derivar en otros efectos adversos personales, sociales o democráticos, como la alteración del comportamiento de voto, debido al entorno en el que se despliegan. Además, el elemento basado en la IA suele ser la decisión de a quién dirigirse con una técnica subliminal, en lugar de la propia técnica subliminal”.

21. El Dictamen del CESE (ap. 4.4) recomienda que, tras la palabra “provoque” se incluya “el menoscabo de los derechos fundamentales”, además de la alusión que se hace a los perjuicios físicos o psicológicos”.

comportamiento social o la gravedad de este”. La mención de la “clasificación social” y la “fiabilidad” de los ciudadanos señala, como en los otros apartados del artículo 5 de la propuesta de Reglamento, riesgos muy preocupantes; de ahí la necesidad de concretar más la redacción, que también en este caso adolece de cierta ambigüedad. El Dictamen del CESE (ap. 4.5) recomienda que esta prohibición se aplique no sólo a autoridades públicas, sino también a las semipúblicas y a organizaciones privadas, a fin de contemplar otros entornos, como el laboral, donde pueda llevarse a cabo una clasificación en base a la fiabilidad de las personas.

“d) El uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes: i) la búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos; ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de un atentado terrorista; iii) la detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo²², para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro”. En realidad, la posibilidad de uso legal de sistemas de identificación biométrica es más amplia de lo que parece permitir el mencionado precepto, puesto que no queda restringida a los supuestos mencionados como excepcionales²³. Así, por ejemplo, al prohibirse la identificación biométrica “en tiempo real” se entiende permitido el reconocimiento “posterior” y “próximo”; también queda permitido el reconocimiento que no tenga por finalidad identificar a una persona, lo que incluye la posibilidad de evaluar su comportamiento en base a las distintas características biométricas (que incluyen, p.e., micro-expresiones, temperatura, etc.); e incluso resulta también posible que podamos ser continuamente evaluados emocionalmente por parte de agentes públicos o privados, en lugares de trabajo o en otros ámbitos. Repárese en la clara petición de modificación contenida en el Dictamen del CESE (ap. 4.8): “Coincidiendo en líneas generales con la petición del Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Comité Europeo de Protección de Datos, presentada el 21 de junio de 2021, de prohibir el uso de la IA para el reconocimiento automatizado de rasgos humanos en espacios de

22. Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18 de julio de 2002, p. 1).

23. El apartado 2 del art. 5 de la propuesta de Reglamento exige además tener en cuenta otros criterios para la permisión del uso de sistemas de identificación biométrica, expresados en términos amplios. Por su parte el apartado 3 del mismo precepto exige contar con una autorización judicial, aunque también se menciona, alternativamente, una autorización de un órgano administrativo independiente, e incluso se permite que se lleve a cabo sin ningún tipo de autorización ante una “situación de urgencia debidamente justificada”.

acceso público, así como algunos otros usos de la IA que pueden dar lugar a una discriminación injusta, el CESE pide:

- la prohibición del uso de la IA para el reconocimiento biométrico automatizado, en los espacios de acceso público y privado (como los rostros, la forma de andar, la voz y otras señales biométricas), excepto con fines de autenticación en circunstancias específicas (por ejemplo, para facilitar el acceso a espacios sensibles desde el punto de vista de la seguridad);
- la prohibición del uso de la IA para el reconocimiento automatizado, en los espacios de acceso público y privado, de señales de comportamiento humano;
- la prohibición de los sistemas de IA que utilicen la biometría para clasificar a las personas en grupos en función de su etnia, género, orientación política o sexual o cualquier otro motivo de discriminación prohibido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;
- la prohibición de utilizar la IA para inferir las emociones, la conducta, la intención o los rasgos de una persona física, excepto en casos muy específicos, como determinados fines relacionados con la salud, en los que sea importante reconocer las emociones del paciente”.

2. Inteligencia artificial considerada de alto riesgo

El artículo 6 de la propuesta de Reglamento determina los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en base dos posibles criterios. El primero, contenido en su apartado 1, consiste en el cumplimiento cumulativo de dos condiciones: a) que el sistema de inteligencia artificial esté “destinado a ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos contemplados en la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, o [sea] en sí mismo uno de dichos productos”; y b) que el producto del que el sistema de inteligencia artificial sea componente de seguridad, o el propio sistema de IA como producto, deba someterse –conforme a la legislación de armonización de la UE indicada en el anexo II– “a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio”. Conforme al segundo criterio, mencionado en el apartado 2, “también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA que figuran en el anexo III”. Y, en relación a los sistemas determinados de acuerdo con ambos criterios, el artículo 8.1 dispone taxativamente que “cumplirán los requisitos que se definen en el presente capítulo”, lo cual, según una desconcertante deducción implícita, significa que el cumplimiento de los requisitos exigidos permite operar libremente a los sistemas considerados de alto riesgo²⁴. Ante ello adquiere todo el sentido la pregunta que formula el Dictamen del CESE acerca de si los requisitos impuestos reducen de forma efectiva los riesgos de los sistemas mencionados, siendo negativa su respuesta: “los riesgos de menoscabo de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales no se reducen siempre necesariamente

24. Esos requisitos se refieren a 1) los datos y su gobernanza, 2) la documentación y el registro, 3) la transparencia y la comunicación de información a los usuarios, 4) la vigilancia humana, 5) la solidez, 6) la precisión y la seguridad.

a través del cumplimiento de los cinco requisitos establecidos para la IA de alto riesgo, en particular con respecto de los derechos fundamentales menos mencionados que podrían verse afectados por la IA, como el derecho a la dignidad humana, la presunción de inocencia, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, la libertad de asociación y de reunión y el derecho de huelga, entre otros” (ap. 4.14)²⁵. Pero además el CESE denuncia que la propuesta de Reglamento no ha incorporado cinco de los siete requisitos recogidos en las Directrices Éticas para una IA Fiable²⁶, recomendando que sean incorporados al texto normativo y ser tenidos en cuenta. Y, lo que es más grave, advierte (ap. 4.13) que el enfoque «basado en listas» para la IA de alto riesgo escogido en el anexo III puede llevar a la legitimación, normalización e integración de un gran número de prácticas de IA que todavía reciben muchas críticas y cuyos beneficios sociales son cuestionables o inexistentes”. En efecto, los sistemas de inteligencia artificial que son mencionados como de alto riesgo en el Anexo III de la propuesta de Reglamento (al que remite el art. 6.2) se refieren a los siguientes ámbitos:

1. Identificación biométrica y categorización de personas físicas («en tiempo real» o «en diferido»), es decir, que, con la condición de que sean cumplidos los requisitos, quedan permitidos cuando su uso se realice en términos más amplios que excedan de lo que prohíbe el artículo 5 (en espacios de acceso público, «en tiempo real» y con fines de aplicación de la ley).
2. Gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales (componentes de seguridad en la gestión y funcionamiento del tráfico rodado y el suministro de agua, gas, calefacción y electricidad); al igual que en el caso anterior –y en todos los posteriores–, queda clara la permisión de estos sistemas con la condición de que se cumplan los requisitos establecidos en el capítulo II de la propuesta de Reglamento.
3. Educación y formación profesional (se alude al uso de sistemas de IA que pueden llegar a ser muy invasivos tanto para determinar el acceso a la educación como para proceder a la evaluación de estudiantes)²⁷.

25. “El CESE recomienda que se incluya una disposición que contemple la situación en la que bien sea obvio o bien quede claro en la evaluación de conformidad previa que los seis requisitos no reducirán de forma suficiente el riesgo de menoscabo de la salud, la seguridad y los derechos humanos” (ap. 4.22 del Dictamen).

26. Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, *Directrices éticas para una IA fiable*, op. cit. El Dictamen del CESE dice así en su apartado 4.10: El CESE acoge favorablemente la adaptación de estos requisitos a los elementos de las Directrices éticas para una IA fiable. Sin embargo, la Ley de Inteligencia Artificial no contempla específicamente cinco requisitos importantes relativos a la IA de alto riesgo incluidos en las Directrices, a saber: i) la acción humana, ii) la privacidad, iii) la diversidad, no discriminación y equidad, iv) la explicabilidad y v) el bienestar ambiental y social. El CESE considera que esto supone una oportunidad perdida, ya que muchos de los riesgos que plantea la IA están relacionados con la privacidad, el sesgo, la exclusión, la inexplicabilidad de los resultados de las decisiones de la IA, el menoscabo de la acción humana y el medio ambiente, aspectos todos ellos que afectan a nuestros derechos fundamentales”.

27. “Los sistemas de IA para determinar el acceso a la educación y evaluar a los estudiantes plantean una serie de riesgos de menoscabo de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de los estudiantes. Las herramientas de supervisión en línea, por ejemplo, destinadas supuestamente a señalar «comportamientos sospechosos» e «indicios de fraude» durante los exámenes en línea mediante el uso de todo tipo de indicadores biométricos y de

4. Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo (sistemas destinados a la toma de decisiones relativas a la contratación, selección, evaluación de candidatos, despidos, etc.). Ante la posibilidad de conculcación de derechos fundamentales “el CESE pide que se garantice la plena participación e información de los trabajadores y los interlocutores sociales en el proceso de toma de decisiones sobre el uso de la IA en el lugar de trabajo, así como sobre su desarrollo, adquisición y despliegue” (ap. 4.17 del Dictamen del CESE).
5. Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios (sistemas de IA utilizables para evaluar el posible acceso a prestaciones y servicios de asistencia pública, mantenimiento o modificación de los mismos, evaluación de la solvencia de las personas e incluso decisión de prioridades para el envío de servicios de emergencia como bomberos y asistencia médica).
6. Asuntos relacionados con la aplicación de la ley (sistemas de IA para evaluar el riesgo que plantee una persona física que pretenda entrar en el territorio de un Estado miembro, la autenticidad de los documentos de viaje o el examen de solicitudes de asilo, visado y permisos de residencia).
7. Gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo (entre los sistemas mencionados están polígrafos y herramientas similares, o bien instrumentos para detectar el estado emocional de las personas)²⁸.
8. Administración de justicia y procesos democráticos (a pesar de que se alude sólo a sistemas de IA para “ayudar” a los jueces en la investigación e interpretación de los hechos y de la ley, resulta algo bastante delicado; incluso se menciona esa “ayuda” para la aplicación de la ley a hechos concretos; piénsese también en los peligros de uso electoral de sistemas de IA)²⁹.

control del comportamiento, son verdaderamente invasivas y no existen pruebas científicas al respecto” (ap. 4.16 del Dictamen del CESE).

28. “La IA empleada por los servicios policiales y en la gestión de la migración, asilo y control de fronteras para realizar evaluaciones del riesgo individuales (en materia penal o de seguridad) supone un riesgo de menoscabo de la presunción de inocencia, los derechos de la defensa y el derecho de asilo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En general, los sistemas de IA suelen buscar simplemente correlaciones basadas en características de otros «casos». En estas situaciones, las sospechas no se basan en una sospecha real de un delito o una falta de la persona en cuestión, sino simplemente en características que esa persona comparte con delincuentes condenados (como la dirección, los ingresos, la nacionalidad, las deudas, el empleo, el comportamiento, tanto propio como de amigos y familiares, etc.)” (ap. 4.20 de Dictamen del CESE).

29. En efecto, como alega en su Dictamen el CESE (ap. 4.21), “el uso de la IA en los procesos democráticos y de administración de justicia es especialmente sensible, y debe abordarse con más matices y un mayor escrutinio que en la actualidad. La mera puesta a disposición de sistemas para su utilización por la autoridad judicial en la investigación y la interpretación de los hechos y de la ley, y en la aplicación de la ley a una serie concreta de hechos, no tiene en cuenta que las resoluciones judiciales van más allá de encontrar patrones en datos históricos (que es, en resumen, lo que hacen los sistemas de IA actuales). El texto también asume que estos tipos de IA solo servirán de apoyo en el ámbito judicial, con lo que la toma de decisiones totalmente automatizada se excluye del ámbito de aplicación. El CESE también lamenta que no se mencionen los sistemas o los usos de la IA en el marco de los procesos democráticos, como las elecciones”.

3. Medidas normativas insuficientes

La propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial regulación es claramente limitada y desenfocada. Es así en primer lugar, por lo inapropiado que resulta el enfoque de los riesgos. Por un lado parecer ser el único enfoque al que atiende el Reglamento, lo que lo convierte en un planteamiento parcial de entrada; la consideración de los riesgos es fragmentada, abordando cada sistema de IA de manera particularizada, ignorando que el fenómeno de la inteligencia artificial en su conjunto ofrece posibilidades crecientes de control dentro de una cada vez más extendida red de interacciones automatizadas, lejos de la búsqueda reflexiva del sentido correspondiente a cada una³⁰. Ciertamente se prohíben algunas posibles prácticas consideradas inaceptables –en los términos e incertidumbres expuestos–, pero, aparte de ello se establecen requisitos que –tal como se ha dicho– no están pensados para proteger de forma realmente suficiente al ser humano ante peligros considerados casi como externalidades, como efectos colaterales. Consideración fragmentada de riesgos y protección insuficiente contra los mismos que no puede redundar sino en una división y debilitamiento de la protección de la sociedad, de los derechos fundamentales.

Existe, en segundo lugar, más que un enfoque de los riesgos, una apuesta entusiasta por los beneficios de la inteligencia artificial, tal como afirma la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento en sus primeras líneas, en las que se destacan, además de grandes oportunidades de mejora para la sociedad y de liderazgo de la Unión Europea a nivel tecnológico, los posibles beneficios económicos³¹. El planteamiento es claramente de mercado, como se dice claramente en el apartado 3.3 de la Exposición de Motivos: “La Comisión examinó diversas opciones para alcanzar el objetivo general de la propuesta, que es garantizar el buen funcionamiento del mercado único mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo y la utilización de una IA fiable en la Unión”. Por lo que se entiende que los requisitos cuyo cumplimiento resulta exigido para la utilización de sistemas de alto

30. Como si la IA no se refiriese a algo más ambicioso, totalizador, con capacidad para afectar al modelo social y cultural (a partir de aquí se sigue profundizando en esta llamada de atención).

31. En efecto, esto se expresa a partir de la tercera línea: “La inteligencia artificial (IA) es un conjunto de tecnologías de rápida evolución que puede generar un amplio abanico de beneficios económicos y sociales en todos los sectores y las actividades sociales. Mediante la mejora de la predicción, la optimización de las operaciones y de la asignación de los recursos y la personalización de la prestación de servicios, la inteligencia artificial puede facilitar la consecución de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental, así como proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y la economía europea. Esto es especialmente necesario en sectores de gran impacto como el cambio climático, el medio ambiente y la salud, el sector público, las finanzas, la movilidad, los asuntos internos y la agricultura”. A continuación, y tras una referencia a posibles riesgos, a los que no parece darse de entrada la misma importancia que a los beneficios –porque no hay respecto de ellos la misma referencia ni detalle–, se insiste destaca el liderazgo tecnológico que la UE debería mantener, buscando un enfoque “equilibrado” respecto a valores y principios: “No obstante, los mismos elementos y técnicas que potencian los beneficios socioeconómicos de la IA también pueden dar lugar a nuevos riesgos o consecuencias negativas para personas concretas o la sociedad en su conjunto. En vista de la velocidad a la que cambia la tecnología y las dificultades que podrían surgir, la UE está decidida a buscar un enfoque equilibrado. Redunda en interés de la Unión preservar su liderazgo tecnológico y garantizar que los europeos puedan aprovechar nuevas tecnologías que se desarrollen y funcionen de acuerdo con los valores, los derechos fundamentales y los principios de la UE”.

riesgo sean contemplados ante todo como un coste económico a satisfacer, especificando además que no será muy alto³² y que su aplicación se llevará a cabo con cierta flexibilidad³³.

Y, en tercer lugar, se han de considerar medidas normativas insuficientes porque la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial no constituye una regulación de la misma como tal. En lugar de ello, como ya se ha dicho, se someten a prohibición algunas prácticas consideradas como “riesgo inadmisibles” y se someten a cumplimiento de requisitos –para poder ser permitidos– los sistemas de IA considerados de “alto riesgo”. Es decir, en vez de una regulación de la IA, se pretende una regulación para la IA, puesto que las normas propuestas se presentan como marco legitimador de la llamada “IA fiable”³⁴. Es verdad que la Directrices Éticas para una IA Fiable habían mencionado que “es preciso encontrar un equilibrio entre lo que se puede hacer con la IA y lo que se debería hacer con ella, además de prestar la debida atención a lo que no se debería hacer con esta tecnología”³⁵. Pues bien, partiendo de que la propuesta de Reglamento atendiera dicha indicación e incluso asumiera directamente la regulación de la transformación digital como fenómeno –cosa que no se hace– habría que decir también que dicho planteamiento es erróneo: las expresiones “lo que se puede hacer” y “lo que se debería hacer”, ¿de qué sujetos se predicán? Ya que está claro el predicado, pero, hablando de la transformación digital, ¿podemos mantener –y seguir manteniendo durante mucho tiempo– que los sujetos seremos únicamente humanos? Porque, en la medida en que surjan subjetividades artificiales, ¿se podrá realmente limitar su actuación en términos de “lo que se debería hacer”, o sólo será realísticamente posible poner un límite a tiempo acerca de “lo que se puede hacer”

32. Así se expresa la Exposición de Motivos (ap. 3.3): Las empresas o las autoridades públicas que desarrollen o utilicen aplicaciones de IA que entrañen un riesgo elevado para la seguridad o los derechos fundamentales de los ciudadanos tendrían que cumplir requisitos y obligaciones específicos. El cumplimiento de estos requisitos tendría un coste aproximado de entre 6 000 y 7 000 EUR para el suministro de un sistema de IA de alto riesgo promedio con un valor de en torno a 170 000 EUR para 2025. Por su parte, los usuarios de la IA tendrían que cubrir, cuando correspondiese, el coste anual del tiempo dedicado a garantizar la vigilancia humana, en función del uso concreto que hagan. Se calcula que este coste ascendería a entre 5 000 y 8 000 EUR al año, aproximadamente. Además, los proveedores de IA de alto riesgo podrían tener que abonar unos costes de verificación adicionales de entre 3 000 y 7 500 EUR. Las empresas o las autoridades públicas que desarrollen o utilicen aplicaciones de IA no consideradas de alto riesgo únicamente tendrían que cumplir unas obligaciones mínimas de información. No obstante, podrían decidir unirse a otras y, juntas, adoptar un código de conducta para cumplir los requisitos adecuados y garantizar la fiabilidad de sus sistemas de IA. En tal caso, los costes podrían ser, como máximo, tan elevados como los de los sistemas de IA de alto riesgo, aunque lo más probable es que fueran inferiores”.

33. “Las soluciones técnicas exactas que se necesitarán para lograr el cumplimiento de tales requisitos podrían proceder de normas u otras especificaciones técnicas, o bien desarrollarse con arreglo a los conocimientos científicos o de ingeniería generales, a discreción del proveedor del sistema de IA de que se trate. Esta flexibilidad reviste una importancia especial, ya que permite a los proveedores de sistemas de IA decidir cómo quieren cumplir los requisitos, teniendo en cuenta el estado de la técnica y los avances tecnológicos y científicos en este campo” (ap. 5.2.3 de la Exp. de Mot.).

34. Así se dice en la primera línea del documento llamado Directrices Éticas para una IA Fiable de 2019 (*cit.*): “El objetivo de las presentes directrices es promover una IA fiable”. Y en el punto 11 de la Introducción se añade: “(...) identificamos que la IA fiable constituye nuestra aspiración fundamental, puesto que los seres humanos y las comunidades solamente podrán confiar en el desarrollo tecnológico y en sus aplicaciones si contamos con un marco claro y detallado para garantizar su fiabilidad”.

35. Así se afirma en la pág. 42 de dicho Documento, elaborado en 2019 por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (*op. cit.*).

para no progresar a partir de ahí? Ésta es una pregunta cuya respuesta puede ser muy probablemente adivinada: no es fácil un consenso para poner límites a la inteligencia artificial mientras no haya una conciencia real de hasta dónde puede aquélla llegar si no existen límites. Y, si se suman los beneficios sociales que la inteligencia artificial parece ofrecer, pero, sobre todo, los altísimos intereses en juego a favor de algunos, se entiende que la regulación del fenómeno de transformación digital no sea una prioridad, sino que dicha transformación sea presentada como un objetivo a lograr con rapidez, proponiéndolo como la solución frente a los errores y efectos perniciosos del ser humano en el medio ambiente³⁶; una “IA fiable” entendida ya no sólo como realidad en la que el ser humano puede confiar, sino como algo que es más fiable que el ser humano, capaz, por ejemplo, de evitar accidentes de tráfico, por ofrecer un mejor tiempo de reacción que los humanos y un mejor respeto de las normas de seguridad vial³⁷. Un objetivo tecnológico indiscutido ante el cual los seres humanos quedan condicionados a adaptarse continuamente y estar disponibles a adquirir las cualificaciones adecuadas que ello exige³⁸. Dentro de esta transformación digital, cuya regulación tal vez no se quiere acometer por entender que supondría un freno a algo considerado altamente benéfico, se ha expresado la propuesta de reconocer la categoría jurídica de personalidad electrónica³⁹. Este solo ejemplo, en caso de estar sometido a regulación, contribuiría a tener un marco normativo más adecuado. O bien, en caso de no regularse –en el sentido de limitar o prohibir–, operarían de facto dichos actores de forma libre, sometidos sólo a las posibilidades de la tecnología; con un importante dato añadido: que, a medida que avanza la transformación digital, habrá también que recurrir a agentes de la propia IA para encargarse del control de ella misma. Es decir, que la digitalización no sólo puede incrementar las posibilidades de control para seres humanos por parte de otros humanos, sino que los propios sistemas cibernéticos necesitarán ser controlados –independientemente

36. “(...) la transformación digital y la IA fiable ofrecen un potencial enorme para reducir el impacto que ejerce el ser humano sobre el medio ambiente y posibilitar un uso eficiente y eficaz de la energía y los recursos naturales (*Directrices Éticas...*, ob. cit., p. 42, ap. 123).

37. *Id.*, p. 43, ap. 124.

38. “Los cambios tecnológicos, económicos y medioambientales obligan a la sociedad a ser más proactiva. Gobiernos, líderes industriales, instituciones educativas y sindicatos se enfrentan a la responsabilidad de ayudar a los ciudadanos a realizar la transición a la nueva era digital, garantizando que posean las cualificaciones que requerirán los puestos de trabajo del futuro. Las tecnologías de la IA fiable podrían ayudar a predecir con mayor exactitud qué puestos de trabajo y qué profesiones se verán afectados de un modo fundamental por la tecnología, qué nuevas funciones se crearán y qué competencias se necesitarán. Esto podría ayudar a los gobiernos, sindicatos y a la industria a planificar la (re)cualificación de los trabajadores. También podría ofrecer una vía para el reciclaje profesional a aquellos ciudadanos que temen que sus cualificaciones puedan quedar obsoletas” (*Id.*, p. 46, ap. 127).

39. 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)), P8_TA(2017)0051, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf (visitado el 19-1-2022). Apartado 59: “Pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como: f) crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”.

de su tamaño–, para lo cual serán necesarios controladores igualmente artificiales, surgiendo una vez más la pregunta: *quis custodiet ipsos custodes?*⁴⁰. Por lo que, ante el silencio de la propuesta de Reglamento al respecto, tiene toda la razón el Comité Económico y Social cuando “recomienda encarecidamente que la Ley de Inteligencia Artificial contemple que determinadas decisiones sigan correspondiendo a las personas, especialmente en ámbitos donde estas decisiones tengan un elemento moral e implicaciones jurídicas o repercusión social, como en los ámbitos judicial y policial, los servicios sociales, la sanidad, la vivienda, los servicios financieros, las relaciones laborales y la enseñanza”⁴¹.

Interesa aludir al final de este apartado a la cuestión sobre el objeto de la transformación digital, es decir, qué es lo que se está transformando, o bien, en qué terreno se está produciendo esa transformación digital. Claramente el terreno social – que corresponde al tejido humano interactivo– es el que se siente interpelado, terreno en el que lo digital adquiere cada vez más importancia, ante lo cual se entienden necesarias tanto la reflexión como la protección jurídicas. Ante la ausencia de regulación del fenómeno de la transformación digital se necesitaría una adecuada protección, no sólo del ser humano considerado individualmente, sino, de forma muy especial, del propio terreno humano. El hábitat interactivo humano necesitaría ser protegido como un medio ambiente natural ante la proliferación de especies artificiales, puesto que no asistimos al desarrollo de un tejido interactivo humano, sino al de un sistema de conexiones, seguido de conexiones de sistemas, susceptibles de funcionar unos como componentes de otros, cada vez a mayor escala, donde puede perder escala el ser humano, como elemento “organizado” insertable en una red organizativa; puesto que no puede actuar sin más como “componente”, sino que, conforme a su dignidad de persona y a su naturaleza social, necesita actuar conforme a interacciones que respondan a vínculos con sentido. No se trata sólo del efecto hueco que produce el trato cada vez más frecuente con sujetos artificiales, ni de no tener quizá la seguridad de si el interlocutor es humano o máquina⁴²; sino que el hábito de operar mediante

40. Debido claramente a las características de la IA los inspectores del cumplimiento de la ley por parte de ésta han de ser guardianes artificiales, es decir, programas para controlar el funcionamiento de esa propia IA, ya sea que luego puedan ser supervisados de alguna manera por seres humanos o directamente monitorizados también artificialmente. De ahí la pregunta sobre quién vigila a los vigilantes. Es lo que plantea Cotino Hueso, L.: “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y *big data* confiables y su utilidad desde el Derecho”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, p. 43.

41. Dictamen del CESE, ap. 3.7. Por su parte el art. 22.1 del Reglamento General de Protección de Datos de la UE establece que “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar” (Reglamento UE 2016/679 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 datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE).

42. “Los seres humanos siempre deberían saber si están interactuando directamente con otro ser humano o con una máquina. Los responsables de garantizarlo son los profesionales de la IA. Dichos profesionales deberían, por tanto, asegurar que las personas sean conocedoras de que están interactuando con un sistema de IA o puedan preguntar y dar su aprobación al respecto (por ejemplo, mediante la publicación de cláusulas de exención de responsabilidad claras y transparentes). Obsérvese que existen casos limítrofes que complican la cuestión (por ejemplo, una voz emitida por un ser humano pero filtrada a través de un sistema de IA). Es preciso tener presente que la confusión entre humanos y máquinas puede tener múltiples consecuencias, como el establecimiento de vínculos, la influencia

intercambios y conexiones automatizadas pueden ir erosionando la interacción natural humana, reduciéndola a un modo culturalmente empobrecido y limitado a lo tecnológico, encerrando lo humano en el nivel “micro” por el protagonismo creciente en el ámbito social (“macro”) de la pseudo-cultura de procesos digitalizados. Es por tanto el modo humano de interactuar lo que debe ser protegido, como ecosistema que responda a la dignidad humana, al sentido de humanidad⁴³.

III. LO HUMANO Y LO ARTIFICIAL

Llegados ya al momento de dar el segundo paso aludido en la Introducción, es decir, ir más allá de lo estrictamente normativo, se debe señalar que el abordaje insuficiente por parte de la institucionalidad normativa podría resultar un problema tal vez similar al de la inteligencia artificial: en el caso de que, aun intentando producir una superinteligencia, se detectaran en ésta limitaciones de importancia. Se quiere apuntar a la idea de un abordaje en ambos casos reductivo; es decir, de reducción de lo humano.

A. Hacia una “superinteligencia”

En el contexto de la llamada “cuarta revolución industrial”, relacionada con la combinación de la ingente captación y utilización de datos, del uso para ello de algoritmos y de la inteligencia artificial, en definitiva, como resultado cada vez más actualizado del intento decidido de calcular, programar, automatizar y controlar, es interesante un estudio publicado recientemente que pone en evidencia el carácter nihilista de este proyecto, según ya se había anticipado⁴⁴. Sus autores afirman que “lo primero que debemos tener en cuenta para intentar comprender el significado de la inteligencia artificial (IA) es la propia noción de “Inteligencia”. Definir la inteligencia humana ya es difícil y complejo, sin embargo, cuando se habla de IA se da por sentado lo que se entiende por inteligente. La Inteligencia asociada a las máquinas sólo es un tipo de

o la reducción del valor de la persona⁷³. El desarrollo de robots humanoides debería ser objeto, por tanto, de una evaluación pormenorizada desde el punto de vista ético” (*Directrices Éticas*, ob. cit., p. 45, ap. 131).

43. Sobre la correlación entre dignidad humana y humanidad, vid., entre otros, Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Universidad Católica de Perú, Lima, 1997 (cap. 2), también editado en Comares, Granada, 2003. Vid. también Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.

44. Valle Jiménez, D. y García Ramírez, D.: “Algoritmos, big data e inteligencia artificial: ¿un nihilismo anunciado?”, *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, núm. 48, 2021, pp. 75-103. Los autores aluden a tres principales filósofos (Nietzsche, Jünger y Heidegger) que se habían referido a este programa nihilista, del que la inteligencia artificial es un claro ejemplo. Así, por ejemplo, aluden a Heidegger, en la medida en que éste ve en la voluntad de poder y el superhombre “la representación de los absolutos que subyacen en el mundo tecnológico y en los que se manifestaría el afán de dominio y manipulación del pensar calculante propio de la técnica (...), es un hombre que debe hacerse cargo del dominio incondicionado de la tierra y del mundo en su conjunto (...). En este contexto es importante subrayar que la crítica de Heidegger a la llamada revolución tecnológica no tiene que ver con una demonización de los avances y progresos. (...) Más bien la crítica se dirige a la forma de interpretar la realidad bajo el dominio de la técnica, donde el cálculo, la planificación y programación automática, no solo adquiere un rango de privilegio, sino que se concibe como la única forma de pensar, actuar e interpretar el mundo” (pp. 88-89).

inteligencia definida por su capacidad de cálculo y procesamiento de información. Es inteligente porque puede trabajar con una cantidad de información que excede las capacidades humanas. Esta inteligencia es valorada por su velocidad y eficiencia. En consecuencia, detrás de los discursos y promesas de la IA lo que se prioriza es una idea de inteligencia limitada pero afín a los intereses de quienes la promueven y de aquella racionalidad basada en la cuantificación, cálculo y eficiencia⁴⁵. Ciertamente esa eficiencia parece verse muy acentuada por el uso masivo de datos y por la incorporación de algoritmos. “La aplicación de algoritmos e IA a todos los aspectos de la vida buscan hacer un mundo más controlable y eficiente, además de disminuir la arbitrariedad humana. Sin embargo, esta automatización o algoritmización de la realidad lo que impone es un nuevo tipo de arbitrariedad: la algorítmica. Que a diferencia de la humana se vuelve incontestable y aparentemente incontrovertible⁴⁶. Resultando, pues, que, mientras los sistemas inteligentes pueden ser considerados como la panacea para mejorar drásticamente enormes problemas sociales, pueden en realidad ser considerados inteligentes “de una forma limitada y reducida: sólo sirven para resolver los problemas para los que han sido programados, sus procesos son finitos y sus resultados discretos. Las promesas de una IA o de una superinteligencia que solucionarán los males de la humanidad hacen parte de un discurso ideológico⁴⁷.”

Debemos, pues, tener en cuenta que, en la misma medida en que la inteligencia artificial supone una reducción de la inteligencia humana –además de establecer interacciones que no responden al modo natural de la interacción humana–, también el abordaje jurídico puede ser reduccionista: limitado a la sola regulación de conductas por parte de la norma (sólo dos elementos o dimensiones: interacción de conductas y regulación normativa). Se hace necesario contar con la socialidad humana (como tercera dimensión) para una consideración jurídica completa, especialmente en el caso de la inteligencia artificial. Porque los contenidos de justicia de donde extraer inspiración para la regulación de conductas tienen que ser buscados en la comprensión de lo que es humano. De la misma forma que es necesaria la verdadera comprensión de la inteligencia humana (ya que la inteligencia artificial trata de emularla), para regular de forma sistemática el posible efecto de la inteligencia artificial, a fin de no vernos reducidos los seres humanos a un género cada vez más artificioso o artificializado, es necesario indagar en la dignidad de lo humano.

B. El desafío de “ser humano” y seguir “siendo”

Como ya se ha dicho, el modo interactivo que difunde, como dinámica suya, la inteligencia artificial, puede erosionar el modo natural humano de relaciones, pero, sobre todo, conociendo la concomitancia entre el modelo tecnológico y el nihilismo,

45. *Id.*, p. 92.

46. *Id.*, p. 94.

47. *Id.*, pp. 95-96.

tenemos ahí una pista⁴⁸ para identificar el paradigma de género humano que debe ser protegido: el de la dignidad o valor humanos, para nutrir un vacío nihilista de justicia. Un vacío que, entre otras cosas, consiste en una “inteligencia” que, aunque tiende a colonizar el espacio de la inteligencia humana, carece en realidad de verdadero pensamiento o reflexión⁴⁹. Pero son más las carencias, como plantea María Zambrano, quien diferencia entre lo que llama “etapa humana” y la del “superhombre”⁵⁰, pudiéndose destacar en la primera dos importantes elementos: la conciencia (conciencia y pensamiento, como lugar de residencia del ser humano⁵¹) y la libertad; mientras que en la segunda sobresale la voluntad de desbordar los límites humanos de la conciencia (anclada en el bien y en el mal) y una vivencia extrema libertad, desarraigada no sólo de lo sagrado sino también de la alteridad. Zambrano escribe que Nietzsche, en su propuesta de superhombre, no acogió la idea de libertad del idealismo que trascendía lo humano –por tanto, sin lucha, sin tragedia–, sino que “vivió y apuró la libertad, lejos de la impasibilidad, sólo humanamente. Hubiera sido normal que hubiese aceptado la libertad trágica de un Kierkegaard o de un Unamuno. Pero la tragedia de la libertad, o la libertad vivida trágicamente, requiere un *alguien* a quien ofrecérsela. Toda tragedia es un sacrificio; su protagonista necesita un alguien a quien ofrecerle su agonía. Y en esta soledad radical, frente a la cual la soledad de

48. En este sentido es como se puede mencionar esta parte final del artículo: sólo a modo de simples pistas iniciales que podrían ser seguidas para empezar a recorrer este camino.

49. Precisamente se ha destacado, como ejemplo del carácter nihilista de la IA, que en ella “sobresale la ausencia de meditación sobre las consecuencias humanas y sociales que conlleva esta hibris tecnológica, la medida desmesurada de los números y el cálculo. Nietzsche es quien plantea esta idea cuando habla de la historia de los próximos doscientos años, “Toda nuestra cultura europea se mueve desde hace tiempo bajo la tortura de una tensión que crece decenio en decenio como abocada a una catástrofe: inquieta, violenta, precipitada, como un río que quiere acabar, que no reflexiona ya, que tiene miedo de reflexionar sobre sí mismo”. Precisamente, en esa inquietud, en esa violencia el nihilismo (incompleto) campa a sus anchas, sustituyendo el lugar de Dios por el valor absoluto de la tecnología. Como un discurso e ideología dominante que subrepticamente ocupa el lugar de la deidad, ocultando justamente ese movimiento, en las promesas de salvación, perfección, certeza y eternidad que podrían alcanzar gracias al desarrollo de la tecnología y la inteligencia artificial, como una de las promesas más elocuentes de algunas corrientes del transhumanismo” (*id.* 98).

50. Zambrano Alarcón, M., *El hombre y lo divino*, Alianza Editorial, Madrid, 2020. Se abordan estos argumentos especialmente en sendos capítulos de este libro: “El delirio del superhombre” (pp. 184-206) y “La última aparición de lo sagrado: la nada” (pp. 207-223). Deben expresarse las disculpas correspondientes por aludir aquí de forma excesivamente escueta a nociones que María Zambrano desarrolla de forma más extensa –y que además requerirían mucho mayor comentario, dada su profundidad–. En realidad en los mencionados capítulos se alude a cuatro etapas, pues antes de lo que la autora llama “etapa humana” hay que mencionar la del “rey-mendigo” (que para ella permanece como sustrato último, haciendo las veces de entrañas del ser humano); y, tras el “superhombre”, propone, como siguiente etapa transitable, la de “la nada”, en la que el “superhombre” no ha llegado a adentrarse. Así escribe: “El superhombre, rectificación del proyecto en que el hombre de Occidente decidió su ser, no se hundió lo bastante en el oscuro seno de la vida primaria, de lo sagrado. Lo divino –descubierto por el pensamiento– le atrajo fascinándole. Quiso ser divino como lo «divino» que ya estaba pensado, descubierto... Había en realidad sacrificado al hombre ante lo divino, abismándose en él. Todo lo humano había sido destruido implacablemente, menos el tiempo. Y, más allá del tiempo, le hubiera esperado una última resistencia: la nada” (pp. 205-206).

51. “Si alguien quiere sorprender al hombre como tal, en el punto exacto de su humanización, habrá de dirigirse a este período del pensamiento europeo que va desde Descartes hasta el fin del idealismo, es decir, hasta el momento en que frente a Hegel se levantan las réplicas de Marx, Kierkegaard y más tarde Nietzsche. Los tres, desde ángulos tan diferentes, alzan frente a «lo humano» lo no-humano: lo no-humano económico que deshumaniza –enajena– la vida pretendidamente humana y su libertad, logro último del vivir desde y según la conciencia. La precariedad e indigencia del ser mismo del hombre –otra vez el mendigo frente a Dios–, mas cargado por el fardo de una culpa en Kierkegaard, y la continuación «lógica» del idealismo ávido de deificación en el superhombre de Nietzsche” (*id.*, p. 197).

la conciencia cartesiana se borra, Nietzsche apuró la tragedia de la libertad humana. No tuvo a quien dedicar su sacrificio. Y comenzó la destrucción”⁵². Y, ante todo ello, surgen las cuestiones sobre la forma de encontrar nociones de lo humano que vayan más allá de la conciencia y la libertad, que se correspondieron claramente con la Modernidad (como modo de *ser* humano) y que pueden verse amenazadas, entre otros posibles embates, por el proyecto de una inteligencia artificial reductiva de lo humano, pudiendo ayudar, como posible esbozo de respuesta, estas dos consideraciones finales:

La primera viene ofrecida por María Zambrano, quien, a continuación de su tratamiento sobre el superhombre, plantea la etapa de “la nada”, del no ser, de la total soledad incluso (en referencia entre otros a Sartre, una vez rota la relación con lo sagrado). La oportunidad a la que se refiere la filósofa es una forma de ser compartida, en alteridad: “Y la cuestión que se presenta es si el hombre puede, en verdad, estar entera, absolutamente, solo. A su lado va «el otro», el otro sombra de sí mismo, como Unamuno alumbrara en esa su tragedia –una de las raras tragedias logradas– *El otro*. ¿Quién es «el otro»? El hermano invisible, o perdido, aquel que me haría ser de veras si compartiera su existir conmigo; si nos integráramos en un ser único, a quien ya no le podría ser dirigida la pregunta terrible: «¿Qué has hecho de tu hermano?»”⁵³.

La segunda consideración, más claramente en el ámbito jurídico, es también una llamada, desde la socialidad humana, a una conducta de reciprocidad en correspondencia coherente con el valor, la dignidad, el *ser* de lo humano, que palpita en la cultura jurídica –no sólo de los juristas, sino del pueblo– independientemente de sus atributos –conciencia, libertad, autonomía...–, a modo de fundamento o referencia de humanidad –aunque no exista una explicación más completa–. Esa consideración nos la ofrece, por ejemplo, la Sentencia de 14 de octubre de 2004 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso *Omega*)⁵⁴, que considera conforme al Derecho Comunitario la prohibición por parte de las autoridades alemanas de un juego de entretenimiento que incluye simulaciones de acciones homicidas entre jugadores. Lo destacable de este pronunciamiento es que son los valores principios de la cultura jurídica⁵⁵ los que sustentan una reacción contra actuaciones –aun siendo simuladas o virtuales– que fomentan una actitud contraria al respeto que merece la dignidad humana: “El órgano jurisdiccional remitente expone que la dignidad humana es un principio constitucional que puede verse vulnerado mediante el trato degradante a un adversario, que no

52. Se refiere María Zambrano a la destrucción de la “etapa humana”. Como si Nietzsche reprochara a Sócrates, que había padecido para hacer nacer al hombre, el tipo de criatura a que había dado lugar. Sigue diciendo: “El motivo de la disidencia tiene relación con lo enunciado en la acusación contra Sócrates. Era la vieja cuestión habida entre la filosofía y la piedad, en la que se jugaba no sólo la relación con los dioses del Olimpo griego, sino algo más terrible: el desarraigo del hombre de lo sagrado” (*id.*, p. 202).

53. *Id.*, p. 216.

54. STJUE 14-10-2004, Asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH* contra *Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

55. “En el litigio principal, las autoridades competentes estimaron que la actividad objeto de la orden de prohibición amenazaba el orden público debido a que, según la concepción predominante en la opinión pública, la explotación comercial de juegos de entretenimiento que impliquen la simulación de acciones homicidas menoscaba un valor fundamental consagrado por la constitución nacional, como es la dignidad humana”.

concorre en el presente caso, o creando o fomentando en el jugador una actitud que niegue el derecho fundamental de toda persona a la consideración y al respeto, como sucede en el presente caso, mediante la representación de actos ficticios de violencia con fines lúdicos. Un valor constitucional superior como es la dignidad humana no puede quedar excluido en el marco de un juego de entretenimiento”.

IV. CONCLUSIÓN

Con el fenómeno de la inteligencia artificial tal vez no estemos asistiendo al surgimiento de un nuevo género o especie artificial, al margen del género humano, aunque sí existen motivos que requieren la protección jurídica de éste (contra la vulneración de derechos que conlleven las prácticas de IA o la erosión o empobrecimiento del modo humano de interacción).

La propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE resulta claramente insuficiente: se consideran de forma muy fragmentada los riesgos posibles y no se adoptan en general medidas verdaderamente eficaces para frenarlos. No existe, además, un intento de regular de forma completa y directa la inteligencia artificial como tal, pues dicha regulación parece más bien responder a la elaboración de un marco jurídico que legitime el uso de la IA en el mercado y refuerce el liderazgo europeo a nivel tecnológico y económico.

Pero, además, el abordaje jurídico basado sólo en la regulación de conductas (en base a sólo dos dimensiones: comportamiento interactivo e institucionalidad normativa), que resulta incompleto en términos generales, es especialmente limitado en el caso de la IA, que hace más necesario ir más allá de lo normativo. Precisamente porque tanto la limitación de dicho enfoque como el efecto posible de la IA pueden redundar en el mismo problema: la reducción del sentido humano, especialmente a nivel interactivo y colectivo. Es preciso recurrir a la socialidad humana (como tercera dimensión) para profundizar en los contenidos de justicia que, inspirados en la dignidad de lo humano, puedan orientar la regulación de las conductas. Al final de este trabajo se alude a algunas nociones clásicas del ser humano, como la conciencia y la libertad que, ciertamente, pueden estar sometidas a crisis culturales, tecnológicas o de otra índole que conduzcan a una verdadera pérdida o anulación. A pesar de lo cual el género humano parece tener oportunidad de resurgir redescubriendo desde la nada eslabones perdidos de alteridad y reciprocidad y dando sentido a la cultura social de reacción a favor de la dignidad humana.

Bibliografía

- Aragüez Valenzuela, L.: *Relación laboral «digitalizada»: colaboración y control en un contexto tecnológico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- Axelrod, R.: “The evolution of cooperation”, *The Journal of Politics*, vol. 48, núm. 1, febrero-1986, pp. 234-236.
- Baird, D.G.; Gertner, R.H. and Picker, R.C.: *Game Theory and the Law*, Cambridge-USA y Londres, 1994.

- Beal, D.: The Nature of Minimax Search, Institute of Knowledge and Agent Technology, Universidad de Maastricht. Disponible en https://project.dke.maastrichtuniversity.nl/games/files/phd/Beal_thesis.pdf.
- Comisión Europea: Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final, que puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.
- Correyero Rodríguez, E.: *Género Humano*, Inspirar-Expirar Ediciones, 2014.
- Cortázar, R.: "Non-Redundant Groups, the Assurance Game and the Origins of Collective Action", *Public Choice*, vol. 92, 1997, pp. 41-53.
- Cotino Hueso, L.: "Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y *big data* confiables y su utilidad desde el Derecho", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 29-48.
- Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, *Directrices Éticas para una IA fiable*, Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/08746>.
- Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Universidad Católica de Perú, Lima, 1997 (cap. 2), también editado en Comares, Granada, 2003.
- Janssen, M.: "On the principle of coordination", *Economics and Philosophy*, vol. 17(2), 2001, pp. 221-234.
- Martínez Coll, J. C.: *Bioeconomía*, Málaga, 1986.
- Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019.
- Rivas Vallejo, M. P.: *Aplicación de la inteligencia artificial al trabajo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- Rousseau, J. J.: *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, 1775 (traducción de 1982 de Ángel Pumarega).
- Skyrms, B.: *La caza del ciervo y la evolución de la estructura social*, Barcelona, 2007.
- Valle Jiménez, D. y García Ramírez, D.: "Algoritmos, *big data* e inteligencia artificial: ¿un nihilismo anunciado?", *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, núm. 48, 2021, pp. 75-103.
- Zambrano Alarcón, M.: *El hombre y lo divino*, Alianza Editorial, Madrid, 2020.



Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio*

GENDER BIASES IN THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE FOR THE MANAGEMENT OF LABOUR RELATIONS: ANALYSIS FROM THE ANTI-DISCRIMINATION LAW

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona

pilar.rivas.vallejo@ub.edu  0000-0002-1766-7659

Recibido: 07.01.2022 | Aceptado: 17.03.2022

RESUMEN

El análisis jurídico de la discriminación derivada de decisiones automatizadas que puedan provocar un impacto discriminatorio requiere combinar dos campos jurídicos: el de la protección de datos y el derecho antidiscriminatorio. En el primero los derechos reconocidos son accesorios al núcleo principal de afectación: el derecho de intervención humana y, principalmente, la explicabilidad de los algoritmos, manifestación de la debida justificación objetiva y razonable que acompaña a las decisiones *prima facie* discriminatorias para eludir su calificación como tales. Pero el tratamiento jurídico de la discriminación algorítmica requiere, también, dar respuesta a problemas de calificación de los sesgos en los que incurre el aprendizaje automático como resultado de las infinitas inferencias de datos que perfilan a personas en el contexto del derecho antidiscriminatorio, donde potencian su impacto discriminatorio, como son la discriminación por asociación o la discriminación múltiple o interseccional.

ABSTRACT

The legal analysis of discrimination derived from automated decisions that may have a discriminatory impact requires combining two legal fields: data protection law and anti-discrimination law. The recognized rights of first field are accessory to the nucleus of affectation, and they're the right of human intervention and, mainly, the explicability of the algorithms, which constitutes a manifestation of the due objective and reasonable justification in case of discriminatory *prima facie* decisions in order to elude their qualification

PALABRAS CLAVE

Sesgos algorítmicos
Discriminación
Interseccionalidad
Explicabilidad
Intervención humana significativa

KEYWORDS

Algorithmic biases
Discrimination
Intersectionality
Explicability
Significant human intervention

* Realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado "Discriminación algorítmica: género y trabajo", ref. PGC2018-097057-B-I00.

as such. But the legal approach to algorithmic discrimination also requires responding to problems of qualifying the biases derived from machine learning as a result of the infinite data inferences that outline people in the context of anti-discrimination law, where they enhance their discriminatory impact, such as discrimination by association or multiple or intersectional discrimination.

SUMARIO

- I. VIEJOS PREJUICIOS CON NUEVA APARIENCIA
- II. SEGOS ALGORÍTMICOS BAJO EL PRISMA DEL DERECHO
 - A. Lenguaje jurídico y lenguaje de computación: su necesaria equivalencia
 1. *Interrelaciones y equivalencias entre ambos lenguajes*
 2. *Sesgos técnicos frente a discriminación jurídica*
 - B. Insuficiencia del derecho antidiscriminatorio
 1. *Discriminación múltiple e interseccionalidad*
 2. *Equivalencias entre sesgos algorítmicos y discriminación por asociación, por error o múltiple*
 - C. Sobre la valoración como discriminatorias de las decisiones automatizadas
 1. *¿Es relevante identificar el impacto de las arquitecturas computacionales a efectos de calificarlo como discriminatorio jurídicamente?*
 2. *Impacto discriminatorio de los algoritmos*
 3. *Calificación como discriminación directa o indirecta*
- III. TUTELA DESDE EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO
 - A. Marcos regulatorios frente a la opacidad de las decisiones automatizadas
 - B. Acceso y explicabilidad de algoritmos
 1. *Derecho de explicabilidad y acceso al razonamiento subyacente*
 2. *Intervención humana significativa*
 3. *Acceso a la motivación y derechos de propiedad intelectual*
 - C. Indicios y prueba de la discriminación algorítmica
 1. *Acreditación de los indicios de discriminación en caso de sesgos algorítmicos*
 2. *En caso de discriminación múltiple y/o interseccional*
- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN
Bibliografía

I. VIEJOS PREJUICIOS CON NUEVA APARIENCIA

Para O'Neil¹, los algoritmos son modelos matemáticos incontestables, secretos e injustos. Si bien “es crucial entender que, bajo la apariencia de neutralidad de los algoritmos, hay decisiones morales que perpetúan y aumentan las desigualdades sociales” (por ello los denomina “armas de destrucción matemática”). Los viejos prejuicios sociales se han digitalizado en la sociedad del siglo XXI; ahora se hacen visibles por medios que pueden reforzar los prejuicios sociales clásicos y proyectar exponencialmente su impacto, especialmente en el mundo del trabajo².

1. O'Neil, C.: *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing, Madrid, 2017.

2. Rosenblat, A.: *Uberland: Cómo los algoritmos están reescribiendo las reglas de trabajo*, Nola Editores, Madrid, 2021; y Umoja Noble, S.: *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*, New York University Press, New York, 2018. Vid., asimismo, Angwin, J.; Larson, J.; Mattu, S. y Kirchner, L.: “Machine bias: There's software used across the

En efecto, el escenario que plantea el uso generalizado de algoritmos como la mano invisible e *irresponsable* que determina los procesos de selección de personal o las condiciones de trabajo, así como la propia continuidad en la empresa, pone en riesgo el valor de la igualdad y el derecho a la no discriminación (singularmente de las mujeres y de ciertos colectivos tradicionalmente excluidos o relegados del mercado de trabajo). La falta de transparencia u opacidad propias de los mecanismos automatizados incrementa las habituales dificultades en la reclamación contra las decisiones empresariales, lo que ha generado una creciente preocupación por el tema en el ámbito jurídico³, aunque no es nueva en el área de la minería de datos o del aprendizaje de máquina y la inteligencia artificial (donde hace casi tres lustros existe un debate sobre el impacto de los algoritmos basados en datos como origen de sesgos sistemático contra grupos de personas, causado en parte por patrones históricos y actuales de discriminación, demostrando que personas que ya parten de una situación de desventaja pueden resultar en aún mayor desventaja como consecuencia del uso de un algoritmo⁴).

Estos sesgos ocultos en ocasiones obedecen a un objetivo claramente discriminatorio (discriminación directa), pero, en la mayoría de los casos, simplemente son provocados por el simple desinterés hacia su impacto colateral. La hipotética asepsia del algoritmo se presenta como un mecanismo alternativo a los prejuicios o sesgos humanos. Pero, si ese hipotético modelo de objetividad se basa en datos históricos “reales” (captando conductas discriminatorias reales, cuya reiteración en el tiempo detectada por el algoritmo conduzca a que este la identifique como la decisión correcta), su propio diseño escapa del criterio de la objetivación pretendida, sustituido por el de la eficiencia y la productividad. Y, al mismo tiempo, cuando se usa para adoptar decisiones laborales, puede servir para eludir la eficacia del plan de igualdad de las empresas, cuyas medidas se han podido construir precisamente para superar esas situaciones previas que sirven de soporte al modelo automatizado de decisión, lo que implica que, desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres, la progresiva sustitución de mecanismos tradicionales de decisión por estos automatizados asistidos por inteligencia artificial juega claramente en contra de medidas pactadas para superar las desigualdades relativas al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo⁵, a menos que el propio plan de igualdad prevea mecanismos de corrección

country to predict future criminals. and it's biased against blacks”, *Propublica*, 23 May 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

3. En este tema han sido pioneras las aportaciones de Pasquale y de Barocas-Selbst: Pasquale, F.: “A rule of persons, not machines: the limits of legal automation”, *The George Washington Law Review*, vol. 87, núm. 1, 2019; Pasquale, F.: *New laws of robotics: defending human expertise in the age of AI*, The Belknap Press, Cambridge (MA), 2020; y Barocas, S. y Selbst, A. D.: “Big data’s disparate impact”, *California Law Review*, núm. 104, 2016, pp. 671-732, disponible en: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2016/06/2Barocas-Selbst.pdf>. Se recomiendan en particular los trabajos de R. Xenidis citados en otras notas, así como de Zuiderveen Borgesius, F.: *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018.

4. Hajian, S.; Bonchi, F. y Castillo, C.: “Algorithmic bias: from discrimination discovery to fairness-aware data mining”, en *KDD '16: Proceedings of the 22nd ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining*, Association for Computing Machinery, New York, 2016, pp. 2125–2126. DOI: <https://doi.org/10.1145/2939672.2945386>.

5. Se remite su tratamiento al estudio exhaustivo de Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

del impacto de herramientas automatizadas, que deberían ser centrales en el diseño de dichos planes, donde hasta el momento no encuentran reflejo alguno, ni en el plano legal ni en el plano práctico. De igual modo, el análisis de impacto de riesgos que debe aplicarse a la introducción de tales sistemas de gestión de personal ha de incluir el impacto de género, y su examen por parte de la comisión de seguimiento del plan de igualdad. Sin duda, estos elementos debieran formar parte de los requisitos legales previstos en el RD 901/2021, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad⁶.

La aparente neutralidad, objetividad y asepsia de los mecanismos automatizados de decisión juega sin duda en contra de la tutela del derecho a la igualdad, por cuanto la técnica del aprendizaje profundo en la que consisten, a partir de los datos de alimentación por parte de algoritmos que autoaprenden de ellos e infieren conclusiones, utilizadas para asesorar decisiones, impide establecer una clara conexión entre tales datos de alimentación (macrodatos) y las conclusiones a las que llega el modelo matemático. La perversidad de este funcionamiento es, precisamente, la dificultad de conocer dónde se encuentra el sesgo de la decisión si esta es discriminatoria (v.g., en un proceso de selección, por qué ha decidido que un individuo tiene “más valor laboral” que otro), y detectar el error a fin de impugnar la decisión empresarial.

II. SEGOS ALGORÍTMICOS BAJO EL PRISMA DEL DERECHO

A. Lenguaje jurídico y lenguaje de computación: su necesaria equivalencia

1. Interrelaciones y equivalencias entre ambos lenguajes

Tradicionalmente, los científicos de la computación y la inteligencia artificial se referían a la existencia de sesgos en la inteligencia artificial (IA), que asociaban a diversas tipologías, y que conectaban a un fenómeno holístico donde se integran diversas concepciones, afirmando que, pese a todo, las herramientas basadas en datos siempre serán mucho más exactas que los juicios emitidos por profesionales⁷. La incorporación de los juristas a este debate genera una interesante sinergia entre ambos campos del

6. La modificación de algoritmos en orden a reducir o esquivar los sesgos es factible mediante mecanismos técnicos de corrección que eviten su aprendizaje libre. Investigadores de las áreas de minería de datos, aprendizaje de máquina e inteligencia artificial, han realizado ya algunas propuestas correctivas, centradas en cada caso en una fase de diseño o aplicación del algoritmo, entre ellos, Hajian, Bonchi y Castillo (cit. en nota anterior). Otros autores ya han trabajado en el binomio algoritmo-discriminación desde una perspectiva más sociológica o jurídica (cfr. Smith-Strother, L.: “The role of social advocacy in diversity & inclusion recruiting”, *Glassdoor Summit*, 2016, https://youtu.be/IdsqQMV4V_0), y otra línea interesante en el ámbito europeo ha incidido en la perspectiva de género (cfr. Barzilay, A. y Ben-David, A.: “Platform inequality: gender in the gig-economy”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 47, núm. 2, 2017, pp. 393-431, disponible en: <http://scholarship.shu.edu/shlr/vol47/iss2/2>; o Xenidis, R. y Senden, L.: “EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination”, en Bernitz U., et al. (eds.): *General principles of EU law and the EU digital order*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2020, pp. 151-182).

7. Grove, W. M., et al.: “Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis”, *Psychological assessment*, Vol. 12, núm. 1, 2000, pp. 19-30.

conocimiento, que aporta el imprescindible análisis jurídico del impacto discriminatorio de los algoritmos. Desde esta perspectiva, se ha abordado incluso la traducción del lenguaje computacional al jurídico, cuyas interrelaciones se revelan asimismo como necesarias tanto para la automatización de la aplicación del derecho y de la justicia como para el tratamiento jurídico de los sesgos algorítmicos. Y es que, como subraya Hildebrandt⁸, el lenguaje de computación podría “erosionar la gramática y el alfabeto del derecho positivo moderno”, lo que requerirá una nueva hermenéutica que exige la adecuada comprensión del vocabulario y la gramática del aprendizaje automático. En el análisis del impacto de los sesgos, la literatura especializada apunta también a la divergencia de lenguaje (Chouldechova⁹ sostiene que la noción de discriminación indirecta no es un concepto estadístico en el sentido matemático, sino ético-jurídico, puesto que un instrumento técnico libre de sesgos predictivos puede provocar una discriminación indirecta en función del contexto al que se aplique), y equipara justicia con inexistencia de sesgo.

Del mismo modo, el concepto de “*fairness*” o justicia que se emplea en el campo de la computación para el análisis de sesgos, pudiendo tener una más acotada correspondencia con el de equidad, dista de ajustarse al lenguaje jurídico, toda vez que, en el ámbito del derecho antidiscriminatorio, son otros conceptos los realmente determinantes, como es el caso del equilibrio entre tal impacto y la justificabilidad, proporcionalidad y racionalidad de la decisión, no equiparables propiamente al principio de justicia material en la aplicación del derecho (que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias del caso, según el artículo 3.2 del Código civil¹⁰). La 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)), alude en su apartado 22 (referido al impacto discriminatorio de los sistemas de algoritmos y conjuntos de datos) a la equidad como criterio que debe guiar el examen de las predicciones basadas en el análisis de datos. Como instrumento de corrección de la ley en su ajuste a las circunstancias concretas del caso específico, introduciendo en su aplicación los criterios informadores de los principios generales del derecho (impregnados de un aura ética¹¹), la equidad implica igualdad e individualización de trato, por lo que obliga a tratar igual a los casos iguales y desigual a los desiguales, combinando la *epiqueya* aristotélica y la *aequitas* romana como “atributo ético-jurídico del derecho”¹².

8. Hildebrandt, M.: “Algorithmic regulation and the rule of law”, *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, Vol. 376, núm. 2128, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>.

9. Chouldechova, A.: “Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments”, *Big data*, vol. 5, núm. 2, 2017 pp. 153-163. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1610.07524>.

10. Cfr. Diccionario panhispánico del español jurídico, <https://dpej.rae.es/lema/equidad>. Vid. asimismo <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/equidad/equidad.htm>.

11. Castán Tobeñas, J.: *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950.

12. Ruiz-Gallardón, I.: “La equidad: una justicia más justa”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 175 y 183. DOI: <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.59013>.

En todo caso, es insoslayable la necesidad de aproximar ambos lenguajes¹³, para que la ciencia de la computación incorpore los conceptos jurídicos del contexto para el que se diseña o debe actuar, o, al menos, un lenguaje jurídico común que permita su adaptación a diferentes ámbitos locales o regionales. Pese a ello, existen cuestiones derivadas de la propia complejidad del derecho que dificultan la estricta correspondencia entre los sesgos algorítmicos y la discriminación en sentido jurídico, más centrada en el resultado que en el proceso, donde radica el sesgo algorítmico¹⁴ y, a la vez, “agudizan las tensiones ya existentes en el corpus antidiscriminatorio de la UE”¹⁵.

2. Sesgos técnicos frente a discriminación jurídica

El uso de mecanismos automatizados para la adopción de decisiones traslada a algoritmos de decisión las elecciones humanas, lo que comporta siempre la selección de un elemento de entre una categoría y puede incorporar arbitrariedad. La injerencia de terceros en la conformación de tales criterios, junto con la autonomía del aprendizaje automático, distorsiona tanto la forma en que se adoptan las decisiones como el modo de operar los criterios con respecto a los mecanismos “humanos” tradicionales, no exentos de sesgos ni de arbitrariedad. A estos pueden superponerse las propias indicaciones humanas (v.g. de la empresa) para el diseño del algoritmo, o, en su caso, las de los desarrolladores del software, asumiendo en este caso los sesgos de programación o de entrenamiento que hayan podido intoxicar el modelo en cuestión, si es que no se ha entrenado en un contexto diferente a aquel donde deba operar. Habida cuenta de todo ello, los sesgos provenientes de mecanismos automatizados basados en IA, como los que operan con aprendizaje automático y macrodatos, ¿pueden asimilarse al concepto jurídico de “discriminación”?

En el ámbito del trabajo, según el Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), la discriminación es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Si el concepto se corresponde con la diferencia de trato basada en las características personales de un individuo, y no se anuda al propósito de discriminar, sino al resultado¹⁶, el

13. Hildebrandt, M.: “The issue of bias. The framing powers of ML”, en Pelillo, M. y Scantamburlo, T. (Eds.): *Machine We Trust. Perspectives on Dependable AI*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2021. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3497597>.

14. Vantin, S.: “Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio”, en Llano Alonso, F., y Garrido Martín, J. (Eds.): *Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 370; Foster, S. R.: “Causation in antidiscrimination law: beyond intent versus impact”, *Houston Law Review*, núm. 41, 2004, pp. 1469-1548; y Xenidis, R. y Senden, L.: “EU non-discrimination Law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination”, ob. cit., p. 172.

15. Xenidis, R. y Senden, L.: “EU non-discrimination Law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination”, ob. cit.

16. Tomei, M.: “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4, 2003, pp. 441-460.

sesgo –no deliberado– procedente del análisis algorítmico puede identificarse, por tanto, con el concepto jurídico de discriminación, en el contexto del citado convenio. Si se contrasta este concepto con el de las directivas de la Unión Europea contra la discriminación, aplicables en el ámbito del trabajo (Directivas 2000/78, 2000/46 y 2006/54), se confirma que, de igual modo, sea cual sea el ámbito de la directiva, aquel se identifica con la situación en la que “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1” (de la respectiva directiva: en el caso de la 2000/78, “religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”, en el ámbito de la Directiva 2000/43, raza u origen étnico, y en el caso de la Directiva 2006/54, sexo)¹⁷. De forma que, sin perjuicio de la delimitación del alcance de la responsabilidad por actos discriminatorios, el concepto de discriminación se identifica con una diferencia de trato basada en una causa protegida¹⁸, *aun cuando esta conducta o acto no sean intencionados o buscado el resultado discriminatorio*.

Este rasgo permite abarcar todos los efectos derivados de sesgos algorítmicos, se trate de sesgos buscados o de sesgos accidentales derivados de la inferencia de datos. Al mismo tiempo, permitiría cubrir las situaciones interseccionales cuando el rasgo relevante para el algoritmo no sea una categoría protegida, sino otro rasgo “secundario” si aparece o se asocia a un rasgo sí cubierto, salvando la falta de cobertura legal de la interseccionalidad como categoría jurídica propia, en tanto pueda colaborar o influir en el resultado sesgado que provoque sobre categorías sí protegidas (v.g. el rasgo determinante para el algoritmo puede ser el sobrepeso, pero, asociado a una mujer, categoría protegida, puede tener relevancia jurídica para informar una potencial reclamación por discriminación basada en el sexo). Lo cual implica conceder un valor jurídico divergente del resultante del sesgo algorítmico, porque, para el sistema de IA, el valor específico estriba en la confluencia de las inferencias (en este ejemplo, sexo + aspecto), mientras que una sola de las causas probablemente habría producido un resultado distinto, que pudiera no ser determinante para justificar un indicio suficiente a fin de plantear una reclamación por discriminación. A título de ejemplo, inferir del código postal o lugar de residencia, o del nombre u otra variable la pertenencia a categorías protegidas implica combinar distintos factores en el análisis, que, por separado, podrían ser “inocuos” o irrelevantes, pero que, actuando conjuntamente, confluyen en un resultado que afecta, en el ejemplo considerado, a personas de cierto origen nacional o étnico, religión o nivel económico, de suerte que esta conclusión sea la que determine el

17. El anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI incluye también dichas categorías protegibles, aunque no lo hace dentro de la categoría de “sexo”, sino como categoría autónoma. Disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/APL%20Igualdad%20Trans%20+LGTBI%20v4.pdf>.

18. Art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos, religión o convicciones, y art. 14 CE: por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

posicionamiento del individuo o individuos en un determinado ranking, orden, o situación, con efectos perjudiciales en el ámbito laboral (v.g. no seleccionado para ocupar un puesto de trabajo). Por otra parte, acreditar el indicio de discriminación se torna especialmente difícil, en tanto que debe consistir en hallar la correlación entre los datos, que puede ser una cuestión de “modelo de caja negra” (propio del aprendizaje profundo, donde se desconocen las razones que motivan el resultado a partir de la introducción de macrodatos¹⁹), lo que significa que la IA multiplica el sesgo, pero no contribuye a identificarlo, al basarse, cuando se emplea aprendizaje automático, en correlaciones de datos.

Los datos son, en consecuencia, el peor obstáculo a la aportación de indicios, sin perjuicio de que siga siendo posible emplear los mecanismos tradicionales al efecto, esto es, la existencia de elementos protegidos en el caso y el resultado negativo para quien los alega. Del mismo modo, el aprendizaje automático permite mayores justificaciones para desvirtuar los indicios²⁰, toda vez que opera en el terreno de la discriminación indirecta, por tanto, desarticulable por justificación objetiva y razonable. Por otra parte, la víctima será en estos casos menos consciente del sesgo²¹, principal barrera en muchos casos para la visibilización del riesgo y de su impacto.

B. INSUFICIENCIA DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

1. Discriminación múltiple e interseccionalidad

La discriminación *múltiple* forma parte de estudios²², de textos programáticos y de iniciativas legislativas de la Unión Europea, conscientes de la prevalencia del género en este fenómeno multicausal²³, pero no ha sido efectivamente integrada en su *corpus iuris*, lo que impide su efectiva aplicación, pese a su confluencia necesaria con el principio de transversalidad de género previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁴. No así la discriminación interseccional como forma específica de discriminación donde prevalece el resultado final sobre la suma de causas o multiplicidad de estas²⁵.

19. Mayson, S. G.: “Bias In, Bias Out”, *The Yale Law Journal*, vol. 128, núm. 8, 2019.

20. Xenidis, R. y Senden, L.: “EU non-discrimination Law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination”, ob. cit., p. 747.

21. Ebers, M.: “Ethical and legal challenges”, en Ebers, M. y Navas, S. (dirs.): *Algorithms and law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 79.

22. European Commission: *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007; y Burri, S. and Schiek, D.: *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, European Commission, 2009.

23. Serra Cristóbal, R.: “El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales”, *Teoría y derecho*, núm. 27, 2020, p. 146. DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2020.008>.

24. Barrere Unzueta, M. A.: “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010, pp. 225-227.

25. Makkonen, T.: *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, 2002.

La discriminación *interseccional*, término acuñado por Crenshaw²⁶, parte de la necesidad de considerar de manera específica las situaciones de discriminación que operan por la confluencia de distintos factores y que provocan un resultado distinto de la mera suma de causas independientes. En el plano digital, el sistema de inferencias que realiza el aprendizaje automático puede rastrear distintos factores, no todos ellos objeto de tutela específica bajo la norma constitucional o la legalidad de cada país (caso de la obesidad, el aspecto físico, el uso de determinada indumentaria, tatuajes, piercings en España... fenómeno denominado *profiling* o “aspectismo”, actuación basada en el aspecto, que incorpora con frecuencia prejuicios de género), cuya interrelación provoque el resultado final, sea la no priorización en un proceso de selección, sea la evaluación negativa a otros efectos... El análisis interseccional, sostiene Serra Cristóbal²⁷, “permite analizar las interdependencias entre diversos factores de opresión y, de manera simultánea, promover una interpretación indivisible e interdependiente de los derechos humanos”²⁸.

La falta de positivización hasta ahora de la figura, tanto en el derecho de la Unión Europea (donde se alude en el apartado 14 de la Directiva 2000/43, y en el apartado 3 de la Directiva 2000/78, ambos en el preámbulo y sin contenido concreto anudado en el cuerpo de la norma)²⁹, como en el español (sin perjuicio de que la Proposición de Ley Integral de Igualdad de 2021 del Grupo Socialista sí la incluya entre sus conceptos en su art. 6.3³⁰) ha dejado sin mecanismos jurídicos la tutela efectiva de las situaciones definidas por la confluencia de varias causas de discriminación, como demuestra la STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15, *Parris*. De suerte que la interrelación entre los conceptos computacionales y jurídicos carece, en la práctica, de efectos concretos, mientras no encuentre respaldo legal, pese a que el impacto del sesgo algorítmico pueda ser mucho mayor, en tanto que las inferencias que puede

26. Crenshaw, K.: “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989, p. 139. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>.

27. Serra Cristóbal, R.: “El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales”, ob. cit., p. 157.

28. Vid. Schiek, D. y Lawson, A. (dirs.): *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Routledge-Cavendish, London-New York, 2016; y Serra Cristóbal, R. (coord.): *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

29. Para Xenidis y Senden (ob. cit., p. 738), el concepto de discriminación múltiple sí está presente en la Directiva 2006/54. En el ámbito europeo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto B.S. vs. España, de 24 de julio de 2012, sí aplica el concepto aludido. Por otra parte, la propuesta de directiva horizontal de 2008, aún no aprobada, 11531/08 SOC 411 JAI 368 MI 246 - COM(2008) 426 final (texto consolidado de 2017), alude expresamente a la interseccionalidad y composición de causas de discriminación de entre las protegidas por las directivas, prohibiendo en su art. 2.2 a) la discriminación múltiple.

30. Dicho precepto establece que “se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta Ley” (a) y “se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación” (b). Asimismo, dispone que “en supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación” (Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-146-1.PDF). También el proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual (aprobado por el Consejo de Ministros el 6/7/2021, 30T12:23:27.739Z) introduce en su art. 2.5 el principio de atención a la discriminación interseccional y múltiple, que define como la superposición a la violencia de otros factores de discriminación. Disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20200902&lang=es&fcAct=2021-06->

realizar el aprendizaje automático son capaces de detectar rasgos que a los humanos y sus prejuicios sociales les pasarían inadvertidos, evitando su impacto discriminatorio, lo que determina que esta modalidad de discriminación encierre un potencial mucho más grave que la discriminación simple o monocausal³¹, del mismo modo que el aprendizaje automático tiene una más elevada capacidad de generar discriminaciones por asociación, precisamente por su capacidad de inferir correlaciones entre datos³². Este potencial discriminatorio se endurece todavía más si se considera su invisibilidad ante las herramientas de control antidiscriminatorias, frente a las cuales puede permanecer oculto o inadvertido. En consecuencia, reorientar el derecho antidiscriminatorio de la UE contribuiría, sin duda, a mitigar los sesgos algorítmicos, lo que intensifica la urgencia de gestionar una cuestión que lleva demasiado tiempo pendiente de resolverse en el ámbito europeo y, por ende, en el español. Wachter³³ propone una simple operación de incluir como categorías protegidas a aquellos individuos que se relacionan con las protegidas de una forma clara por parte del derecho.

En el plano procesal, por tanto, la admisión plena de la figura reforzaría la tutela para las víctimas de discriminación múltiple e interseccional, más allá de aportar indicios de cada una de las causas concurrentes, simplificando la aportación de un solo indicio del sesgo interseccional, también en el ámbito de la discriminación provocada por el uso de sistemas de IA. En esta línea, se ha afirmado que la admisión de la discriminación interseccional como figura jurídica en el derecho antidiscriminatorio facilitaría la actividad probatoria en torno al sesgo algorítmico³⁴.

2. Equivalencias entre sesgos algorítmicos y discriminación por asociación, por error o múltiple

Dada la realidad contrastada del impacto discriminatorio del uso de IA, conviene constatar si nuestro derecho está preparado para dar respuesta satisfactoria a la protección del derecho a la igualdad y no discriminación cuando se plantea una reclamación sobre responsabilidad algorítmica. Y ello requiere analizar si el derecho vigente da respuesta a las formas de discriminación causadas por el uso de aprendizaje automático y, en particular, inferencias de datos.

Como señalan Gerards y Xenidis³⁵, la sustitución de criterios asociados a características protegidas por el derecho antidiscriminatorio de la UE no es admitida por su

31. Xenidis, R. y Senden, L.: "EU non-discrimination Law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination", ob. cit., p. 740.

32. Wachter, S.: "Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising", *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 35, 2020, p. 371.

33. Wachter, S.: "Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising", ob. cit., p. 373.

34. Vantin, S.: "Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio", ob. cit., p. 276.

35. Gerards, J. y Xenidis, R.: "Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for EU equality law", *European Futures*, 3 December 2020. Disponible en: <https://www.europeanfutures.ed.ac.uk/algorithmic-discrimination-in-europe-challenges-and-opportunities-for-eu-equality-law/>. Sobre este mismo tema, vid. Gonzalo Quiroga, M.: "Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2001, pp. 2158-2164.

Tribunal de Justicia (v.g. país de nacimiento como sustituto de origen étnico, como sucedió en la sentencia de 6 de abril de 2017, asunto C-668/15, *Jyske Finans AS*³⁶), pese a la efectiva existencia de lo que Xenidis denomina formas interseccionales de discriminación que cuestionan la gramática del derecho antidiscriminatorio de la UE³⁷. Esta postura, poco coherente con el impacto discriminatorio de la IA, permite concluir que el derecho de la UE (y, consiguientemente, el español), no están preparados para dar respuesta a la discriminación algorítmica, pues permiten a distintas manifestaciones del impacto de las decisiones automatizadas escapar de un marco legal encorsetado que adolece de vacíos legales y obliga a constreñir el análisis del ámbito o alcance de la discriminación a unos parámetros simplificados, donde no hay espacio para la discriminación múltiple³⁸, un concepto en sí mismo complejo y problemático³⁹, que asoma tímidamente en los más recientes textos de la UE, como la Estrategia de Igualdad de Género 2020-2025 (se refiere a la interseccionalidad) o la vieja propuesta de directiva horizontal de 2008 (que en su texto de 2017 incorporaba la prohibición de discriminación múltiple), así como en la doctrina del TJUE (pese a no materializarse en sus resoluciones finalmente, como demuestran los casos *Meister* y *Parris*).

Las decisiones automatizadas pueden incurrir en discriminación múltiple como consecuencia de su reproducción de la realidad social compleja y donde convergen por intersección distintos prejuicios sociales susceptibles de confluir sobre los mismos individuos⁴⁰. Identificar y corregir este sesgo cuando proviene de modelos matemáticos para la adopción de decisiones aumenta la complejidad de una tarea *per se* críptica, pues, en términos computacionales, exige la combinación de diversos criterios de corrección para evitar la segregación de una sola de las características a tutelar. Pero, en realidad, la técnica pone al alcance del derecho antidiscriminatorio opciones de mucha mayor complejidad jurídica, pues resulta más accesible diseñar una orden de no discriminar (esto es, de priorizar) determinadas características combinadas que confluyen en un mismo individuo (sexo, origen étnico, orientación sexual...) para el algoritmo que responder con las herramientas legales necesarias a un caso de discriminación múltiple. Simplemente porque lo que para la técnica resulta factible, para el derecho no está aún consolidado, pues el derecho de la UE⁴¹, como el español,

36. Gerards, J. y Xenidis, R., ob. cit. en nota anterior.

37. Xenidis, R.: "Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, núm. 6, 2020, pp. 736-758. DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263X20982173>.

38. FRA – European Union Agency for Fundamental Rights: *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare_en.pdf.

39. Rey Martínez, F.: "La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, p. 253.

40. Xenidis, R.: "Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience", ob. cit., pp. 739-740.

41. La STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15, *Parris*, rechaza la consideración como discriminación múltiple o interseccional de dos causas si por separado no son discriminatorias, es decir, exige que por separado ambas sean discriminatorias, lo que, en realidad, podría calificarse de superposición de causas, pero no de una interseccionalidad con mayor carga peyorativa asociada a la conjunción de causas en un resultado nuevo. A tenor de la Proposición de Ley Integral de Igualdad promovida por el grupo parlamentario socialista, la discriminación interseccional se define por

no han positivizado aún un concepto legal de discriminación múltiple que permita identificar y tutelar este tipo de intersección discriminatoria, en lugar de mantener su tratamiento como suma de causas independientes⁴².

Por otra parte, el concepto de *discriminación por asociación* (concepto recogido explícitamente en el artículo 2 e) del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, LGDPDIS (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) ofrece dudas aún irresolutas. En efecto, en tanto no cabe identificar asociación con correlación de datos de *proxy*, pues este solo es un elemento que detecta características por proximidad, pero que no opera por sí mismo como elemento de discriminación, no resulta posible sostener un concepto “digital” de discriminación por asociación. Pero sí cabe afirmar una clara conexión entre ambos conceptos y un elevado potencial discriminatorio derivado de la mayor precisión que la asociación entre la persona objeto de discriminación y aquella característica presente en otras personas próximas a su círculo que pueda rastrearse por un sistema de IA (v.g. relación con una persona con discapacidad). Pues las correlaciones que pueden ser desconocidas por los humanos (pero que, conocidas, pudieran llevar a discriminar) son más fácilmente captables por un sistema automatizado (por inferencias en conjuntos de datos) y, por ende, pueden amplificar la capacidad asociativa con fines peyorativos (el ejemplo más claro, que proporciona la conocida sentencia *Coleman*, de 17 de julio de 2008 [asunto C-303/06], es la detección algorítmica de la conexión con una persona con discapacidad –familiar directo– a través de distintas inferencias, por ejemplo, su afiliación a una asociación de progenitores de personas con diversidad funcional, u otro tipo de datos que evidencien que, pese a que la empresa desconocía este extremo de su vida familiar, existe tal asociación, como rasgo tributario de exclusión en el proceso de selección y contratación o a efectos de otras decisiones empresariales).

En realidad, la correlación de inferencias entre datos implica relacionar entre sí rasgos que el algoritmo o conjunto de algoritmos empleados priorizan o aquellos que descartan, en función del resultado óptimo que proporcione su análisis, lo que acaba implicando que ciertos rasgos o características sean definidos como más adecuados para los fines empresariales pretendidos (v.g. empleo), mientras que otros serán relegados. Sea como sea, en esa operación automatizada será altamente factible detectar rasgos que determinen una discriminación *por asociación*, en el sentido anteriormente indicado, y explicitado legalmente en el artículo 2 e) LGDPDIS, en el derecho de la UE, y en el texto de la Proposición de Ley Integral de Igualdad aludido (2021), en el que se predica respecto de todas las causas en ella protegidas (más allá de la discapacidad) y se describe como la situación en la que “una persona o grupo en que se integra,

la concurrencia o interactuación de diversas causas protegidas, generando una forma específica de discriminación [art. 6.3.b)]. Por otra parte, dicho texto distingue de este concepto el de discriminación múltiple, para asimilarlo al recogido por la STJUE citada, como la situación en la que “una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas” protegidas [art. 6.3.a)].

42. Xenidis, R.: “Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience”, ob. cit., p. 741.

debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas [protegidas] es objeto de un trato discriminatorio" [art. 6.2.a)].

La *discriminación por error* (aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas) parece identificarse *a priori* con los errores del aprendizaje automático al realizar inferencias que atribuyen a ciertos rasgos consecuencias que pueden no resultar concordantes con la realidad (errores derivados de las reglas de la lógica cuando existe una insuficiente base de datos, sobrerrepresentación o infrarrepresentación de categorías de datos que a su vez están codificando el mundo real). El proceso deductivo mental que conduce a apreciaciones erróneas puede ser humano o computacional, aunque en buena medida siempre cabe hallarse el error humano en el segundo caso, si se considera que el etiquetado de datos para transformar elementos de la realidad en conocimiento digital también es realizado por humanos, que pueden incurrir en errores y sesgos.

Ahora bien, la cuestión central en este caso es la autoría de tal error, pues, si en el caso humano es claramente atribuible a su incorrecta comprensión de la realidad o de un rasgo concreto de la persona objeto de valoración u observación, en el caso digital este error ha sido cometido por otras personas de forma indirecta o bien por el propio mecanismo de aprendizaje automático, en definitiva responsabilidad también de personas⁴³. En el primer caso, la imputación de responsabilidad es subjetiva, mientras que en el segundo puede ser objetiva si, en el plano jurídico-laboral, se atribuye la responsabilidad a quien emplea las herramientas que conducen al sesgo, si, al fin y al cabo, los empleadores son los sujetos responsables a todos los efectos en su relación jurídica frente a los empleados o "empleables" ex artículos 1902, 1911 del Código civil, y se deriva de los artículos 42 y 44 ET cuando regula la responsabilidad empresarial en caso de intervención de terceras empresas (subcontratación y transmisión de empresa) o en materia de uso de productos defectuosos en el marco de los riesgos laborales (art. 41 LPRL). El modelo de responsabilidad laboral de carácter contractual salva, en estos casos, las dificultades propias de la opacidad y difícil trazabilidad de sujetos responsables en toda la cadena computacional que ha conducido al resultado final, ya sea por el diseño, por la alimentación, por el etiquetado de datos, el entrenamiento en contextos distintos al de su creación, o la aplicación, así como la de identificar a un responsable principal o único⁴⁴.

43. Así lo entiende también el Parlamento Europeo cuando en el apdo. 7 de la Resolución de 20/10/2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL), donde "observa que todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos".

44. Vantin, S.: "Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio", ob. cit., p. 376.

C. Sobre la valoración como discriminatorias de las decisiones automatizadas

1. ¿Es relevante identificar el impacto de las arquitecturas computacionales a efectos de calificarlo como discriminatorio jurídicamente?

La pregunta que se formula tiene una directa conexión con un abordaje práctico de la cuestión, desde la perspectiva del análisis de las responsabilidades empresariales derivadas del resultado discriminatorio. Así pues, la pregunta es si es realmente necesario saber cómo ha llegado a una conclusión un sistema de IA, o si debemos atenernos en exclusiva al resultado.

Por tanto, en este plano teórico-disyuntivo, podríamos barajar dos hipótesis: a) la *tesis de la conducta*; b) la *tesis del resultado*. Nuestro derecho prima el resultado, pero también concede relevancia a la conducta en sí, porque esta permite determinar el alcance de la gravedad del incumplimiento como de la responsabilidad derivada, aun cuando la mera existencia de un impacto discriminatorio constituye el indicio necesario para desplazar, en un plano procesal, la carga probatoria hacia el autor o autores de la conducta que desencadena el resultado hipotéticamente discriminatorio. En consecuencia, no es irrelevante el proceso que conduce al resultado ni los factores que intervienen en este, y, por otra parte, resulta de indudable interés para conocer ambos extremos determinar cómo operan tales sesgos automatizados y cómo calificarlos desde la perspectiva del derecho.

Lo que sí parece imprescindible es que los expertos en computación e IA dominen la terminología jurídica afectada para tratar no solo de hallar las correspondencias entre ambos lenguajes, sino también para abordar la mitigación de sesgos con el bagaje adecuado. A título de ejemplo, conocer por los científicos de datos la prohibición legal de la discriminación por asociación contribuiría a entender el impacto que podrían tener las inferencias de datos sobre el círculo personal próximo de cada sujeto acerca del trato que finalmente se le dispensará, porque estas correlaciones no son ni irrelevantes ni neutrales para el derecho. Por ello, se abordarán seguidamente tales correspondencias, en aquello que resulte de especial interés para la identificación y calificación de conductas y decisiones.

2. Impacto discriminatorio de los algoritmos

Más allá de la regulación de la dinámica que los algoritmos provocan sobre la esfera de protección de los derechos de los trabajadores, resulta imprescindible su evaluación desde la perspectiva del derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como dilucidar si nuestro derecho está preparado para dar respuesta satisfactoria a las reclamaciones sobre responsabilidad por decisiones automatizadas. Este planteamiento supone dos tipos de análisis: en primer lugar, la naturaleza de estas formas de discriminación a la luz de nuestro derecho y en particular de las directivas antidiscriminación de la UE (Directivas 2000/78, 2000/43 y 2006/54), todas ellas aplicables en el ámbito del empleo, y, en segundo lugar, su posible calificación como discriminación directa o indirecta.

El análisis del impacto discriminatorio de las decisiones automatizadas obliga a confrontarlas con las reglas del derecho antidiscriminatorio, que lleva a formular diversas cuestiones, algunas de las cuales exceden el análisis del prisma discriminatorio: a) ¿puede haber intencionalidad discriminatoria en el uso de un algoritmo que ofrece conclusiones sesgadas?; b) ¿es necesario que la haya o cabe imputar responsabilidad objetiva derivada de la interposición de mecanismos automatizados para adoptar decisiones o bien cabe deducir la nulidad de estas por falta de intervención humana?; c) basar decisiones en técnicas de automatización con escasa intervención humana que provocan sesgos discriminatorios ¿constituye discriminación directa o discriminación indirecta? Finalmente, procede verificar si las herramientas de tutela tradicionales son suficientes o conviene una reinterpretación de estas formas de discriminación, en tanto fueron diseñadas para operar con otros parámetros.

En el marco del derecho antidiscriminatorio de la UE, del que resulta tributario el español, y siguiendo a Miné⁴⁵, “la discriminación directa puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido”, “pero, al estar dicha discriminación explícitamente afirmada, en especial en una norma, cada vez con menor frecuencia, el derecho pone el énfasis en el efecto producido por la diferencia de trato, según un concepto objetivo de la discriminación”, y “el carácter intencional de la discriminación ya no constituye un elemento esencial”.

En el ámbito laboral, tampoco alcanza tal relevancia que el propósito económico haya primado, aun sin especial finalidad discriminatoria, este interés sobre la protección de los derechos fundamentales, o si realmente el objetivo buscado es tanto el de hacer de peor condición a unos colectivos o individuos con características compartidas sobre otros que corresponden a un patrón estándar, como el resultado, la discriminación. Como tampoco es obstáculo a tal calificación que el individuo afectado por el trato discriminatorio lo sea por su condición de proximidad con el que pertenece al colectivo protegido (discriminación *por asociación*). Lo relevante es la diferencia de trato entre dos situaciones comparables. Obviamente, estas situaciones pueden estar condicionadas por el recurso a herramientas técnicas basadas en IA o, por el contrario, no haberse basado en ambos casos en los mismos recursos técnicos. No obstante, los elementos a comparar son las situaciones en sí mismas y no cómo se actuó sobre ellas (en este caso, cómo se tomó la decisión), por lo que estos otros aspectos deberán en todo pesar en la valoración del comportamiento hipotéticamente discriminatorio. Pero lo que también *altera las reglas del juego* es que la supuesta anonimización de los datos objeto de tratamiento o alimentación del algoritmo no garantiza la igualdad, pues permite seguir realizando inferencias de otro tipo de datos de *proxy*.

Por lo que interesa a la cuestión analizada, la decisión automatizada puede responder tanto al concepto de discriminación directa como al de discriminación indirecta⁴⁶,

45. Miné, M.: “Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia “Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, Universidad de Cergy-Pontoise, Trèves, marzo-abril, 2003, p. 5. Disponible en: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_ES.pdf.

46. Con arreglo al art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007 (como para las personas por discapacidad, según el art. 2 LG-

pues el algoritmo puede estar diseñado con finalidad estricta de descartar ciertas características, por ejemplo, cuando se trata de selección de personal o para realizar una evaluación a partir de criterios aparentemente neutros que perjudiquen a los individuos con ciertas características o que deliberadamente las ignoren cuando son claramente condicionantes de la valoración de su productividad (v.g. enfermedad o discapacidad), lo que podría calificarse como “diseño no inclusivo” del algoritmo (protegible, por tanto, desde la perspectiva de la LGDPDIS). Tanto si se trata de una práctica no neutral como de un uso aparentemente neutro, pero susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que respondan a uno o más criterios (o bien supondrían una desventaja particularmente para personas en función del sexo, en relación con las personas del otro sexo), lo cierto es que la decisión empresarial resulta constitutiva de discriminación. A menos que pueda operar la salvedad que desvirtúa la presunción de discriminación indirecta, eso es, que el criterio o práctica sean justificados objetivamente por un objetivo legítimo y los medios usados sean apropiados y necesarios. En definitiva, el derecho antidiscriminatorio necesita de una reinterpretación a la luz de estas nuevas formas de discriminación tecnológica que permitan ajustar las respuestas legales.

Admitido que las decisiones automatizadas pueden ser, como las puramente humanas, susceptibles de generar trato discriminatorio injustificado, habrá de valorarse si este es calificable como discriminación directa o como discriminación indirecta.

3. *Calificación como discriminación directa o indirecta*

Calibrar el impacto discriminatorio de las decisiones basadas en algoritmos obliga a examinar en primer lugar si realmente la empresa traslada o introduce parámetros de sesgo en el algoritmo cuando adopta tales decisiones. La respuesta no es unívoca, porque el propio diseño del algoritmo se construye sobre la base de órdenes que persiguen un objetivo, y este se define por quienes ordenan su programación, sean estos los empresarios a cuyo uso directo se destina, o sean los comercializadores de software de empresa para su adquisición por empleadores con el fin de organizar sus “recursos humanos”. Por tanto, es posible que la respuesta sea negativa (ello constituiría una explícita discriminación directa, insertada en la estructura del algoritmo).

Ahora bien, si un algoritmo de aprendizaje automático funciona como una caja negra, y simplemente valora todos los elementos en juego para alcanzar la decisión “más sabia” y acertada, la decisión final (sesgada) podría estar contaminada y constituir un supuesto de discriminación indirecta, pero ajena a las intenciones del empleador o la empleadora que lo utilizaron para fundar una decisión. ¿Es relevante,

DPDIS), “se considera discriminación directa por razón de x la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su x, de manera menos favorable que otra en situación comparable”, y “discriminación indirecta por razón de x la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un x en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados” (sustitúyase x por sexo o por discapacidad).

pues, la propiedad del algoritmo para derivar responsabilidad por discriminación? Si partimos de que la intencionalidad es irrelevante para deducir tal calificación como discriminatorio, ¿qué relevancia tendría usar deliberadamente arquitecturas de sesgo respecto de la mera adquisición de *software* que provoca el mismo resultado no buscado? De igual modo, si el modelo de funcionamiento del algoritmo empleado, v.g. en la selección de personal, toma como referencia un patrón histórico, esto es, los antecedentes de sesgo de la propia empresa, ¿estaríamos ante un posible caso de *discriminación directa inconsciente*? La clave la proporciona la actitud de la empresa frente a este riesgo: su pasividad ante el posible efecto perverso de la elección es lo que le acaba convirtiendo en cómplice del algoritmo. Y, por supuesto, las acciones previas que alimentaron y entrenaron al algoritmo y que este reproduce como modelo ideal a seguir, que fueron en su momento ejecutadas por la empresa, porque en tal caso, si bien no resulta responsable de una orden directa de discriminar (esta sería el diseño *ex professo* con tal fin), sí es responsable de sus acciones pasadas. La cuestión es de enorme interés desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, en tanto permite considerar la responsabilidad por comportamientos pasados cuando estos constituyen la base inconsciente de nuevas decisiones tomadas por un tercero (el algoritmo) pero asumidas por los mismos sujetos, como consecuencia de que un algoritmo ajeno a su esfera de decisión ha determinado que deben ser reproducidos para asistir nuevas decisiones, si la empresa desconoce el funcionamiento del aprendizaje automático y sus consecuencias (precisamente por falta de motivación del algoritmo de los elementos en los que se basa para llegar a la conclusión). En este caso, lo verdaderamente relevante será su consentimiento para validar el sesgo que el algoritmo reproduce (confirmar la propuesta del modelo matemático), por lo que, en el plano laboral, el empleador continúa siendo responsable de su acción discriminatoria, e incluso cabe valorar su conducta como constitutiva de discriminación directa y no indirecta (pues la conducta constitutiva de discriminación directa puede basarse en un mecanismo implícito pero consciente, mientras que la discriminación indirecta requiere que el impacto discriminatorio derive de su afectación prioritaria a un colectivo definido por una característica protegida). De igual modo, el algoritmo puede replicar tanto discriminaciones directas como indirectas pasadas (*patrón histórico*). En cualquier caso, lo que sí parece ser obvia es la inaplicación del plan de igualdad de la empresa como consecuencia del empleo de patrones históricos para tomar decisiones.

El análisis jurídico de la correlación entre los mecanismos reputacionales de empresa en la valoración de trabajadores y las decisiones empresariales tiene, también, una importancia central en esta aproximación, en cuanto es de singular relevancia en la arquitectura de los algoritmos empleados la ausencia de parámetros de orden personal, como la salud, la discapacidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, o los derechos sindicales, así como para la corrección del impacto de un sistema de evaluación de estas características. Lo cierto es que los modelos algorítmicos de evaluación del rendimiento están ignorando sistemáticamente criterios de orden jurídico-laboral objeto de especial tutela jurídica frente a la discriminación, como es el caso de la discapacidad

o la necesidad de conciliar la vida personal y familiar. La cuestión se puede ejemplificar en la sentencia del Tribunal de Bolonia de 31 diciembre de 2020, núm. 29491, que sitúa este rasgo discriminatorio precisamente en su diseño no inclusivo o huérfano de cualquier factor de corrección de situaciones que servirían para justificar por parte de los repartidores de Glovo la cancelación de su disponibilidad para atender un servicio, regida por el algoritmo *Frank*, lo que motiva que este descabalgue del orden de prioridad de llamamiento a trabajadores que se encuentran en tales circunstancias –legalmente justificadas–, y, consecuentemente, por reiteración en el tiempo, ponga en riesgo incluso la propia pervivencia de su puesto de trabajo.

III. TUTELA DESDE EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

A. Marcos regulatorios frente a la opacidad de las decisiones automatizadas

Si bien las decisiones empresariales generan responsabilidad directa de los empleadores con independencia de cómo se hayan construido o asesorado aquellas, la ocupación del espacio de decisión laboral por algoritmos altera los tradicionales mecanismos de respuesta, al modificar la capacidad defensiva de los trabajadores, porque sus características amparan la supuesta objetividad de tales decisiones y los presentan como opacos e incontestables. En efecto, el problema de la opacidad es una constante en el ámbito de las decisiones, empresariales o públicas⁴⁷. El uso masivo de datos y la convergencia de complejidad y apariencia de objetividad (“turbia ilusión de objetividad”⁴⁸) plantean un escenario de confianza y diluyen la percepción de opacidad, pese a las consecuencias tangibles de tales decisiones.

Buena parte del problema de la opacidad se centra tanto en la naturaleza inmateria y técnica de los algoritmos como en su propia configuración jurídica en tanto que se encuentran sujetos a derechos de propiedad intelectual. Ambos elementos permiten a sus usuarios directos mantener una difusa aura de opacidad sobre sus decisiones cuando estas son automatizadas. Frente a esta barrera de la opacidad actúan los mecanismos de tutela que se derivan del Reglamento 2016/679, 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 datos* [RGPD], y del Convenio 108, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981⁴⁹,

47. Burrell, J.: “How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society*, Vol. 3, núm. 1, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>.

48. Stoica, A-A.; Riederer, C. y Chaintreau, A.: “Algorithmic glass ceiling in social networks: The effects of social recommendations on network diversity”, en *Proceedings of the 2018 World Wide Web Conference*, International World Wide Web Conferences Steering Committee, Republic and Canton of Geneva (Switzerland), 2018, pp. 923–932. DOI: <https://doi.org/10.1145/3178876.3186140>.

49. Vid. Council of Europe: *Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications*, Committee of experts on internet intermediaries, MSI-NET(2016)06 rev6. Disponible en: <https://rm.coe.int/study-hr-dimension-of-automated-data-processing-incl-algorithms/168075b94a>.

ambos relativos a la adopción de decisiones automatizadas, en tanto no se desarrollen instrumentos autónomos en este campo (no lo será tampoco la futura Ley de IA de la UE, iniciada en abril de 2021). Esta ausencia de marco regulatorio adecuado y suficiente (más allá de la mera protección de los datos personales que brinda el RGPD⁵⁰) es común en el plano nacional, donde la postura del gobierno español consiste en apoyar iniciativas regulatorias europeas.

Por tal razón, el marco jurídico aplicable exige una adecuada combinación entre las normas citadas y el derecho antidiscriminatorio, de suerte que, mientras las primeras permiten delimitar los parámetros de la motivación de las decisiones empresariales (necesario presupuesto para superar la carga indiciaria de las circunstancias e impacto discriminatorio de aquellas en el ámbito procesal), para valorar la validez de tales decisiones de acuerdo con parámetros de transparencia (que incluye su *explicabilidad*^{*}, o derecho a una explicación sobre su funcionamiento⁵¹ y sus posibles excepciones, amparadas en derechos de propiedad intelectual y empresarial) y de intervención humana (*ex art. 22 RGPD*), el derecho antidiscriminatorio proporciona las reglas de distribución de la carga probatoria (que en este caso refuerzan la consustancial obligación de motivación de las decisiones cuando estas se adoptan de forma automatizada, como resultado de la aplicación de la normativa relativa a tratamiento de datos), para indagar en la hipotética naturaleza discriminatoria de tales decisiones. A este conjunto de normas en juego se suma el marco regulatorio de la propiedad intelectual sobre las herramientas de automatización de decisiones, que puede introducir complejidad adicional en la determinación de obligaciones y responsabilidades, pues comporta asimismo problemas de foro competente y de imputación o reparto de responsabilidades⁵², por más que en el ámbito laboral tales responsabilidades hayan de dilucidarse siempre al margen de la relación contractual entre empresas y trabajadores, marco delimitador de la respuesta directa de las primeras frente a los segundos.

B. Acceso y explicabilidad de algoritmos

Los algoritmos son definidos como “secuencia(s) finita(s) de reglas formales (operaciones e instrucciones lógicas) que hacen posible obtener un resultado a partir de la entrada de información”, lo que implica que dos elementos son cruciales desde una perspectiva jurídica: la secuencia de instrucciones (el “código fuente”⁵³) y la información o datos que este

50. Soriano Aranz, A.: “Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 85-127. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_535.

51. Vid. Goodman, B. y Flaxman, S.: “European Union regulations on algorithmic decision-making and a ‘right to explanation’”, *AI Magazine*, vol. 38, núm. 3, 2017, pp. 50-57. DOI: <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>.

*Explicabilidad es el término empleado por la doctrina especializada para referirse a la condición de explicables de los algoritmos.

52. Vantin, S.: “Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio”, *ob. cit.*, p. 371.

53. El código fuente se puede definir como “el conjunto de líneas de textos, que son las directrices que debe seguir la computadora para realizar dicho programa; por lo que es en el código fuente donde se encuentra escrito el

utiliza (las llamadas “librerías” o conjunto de datos, sobre los que, a su vez, debe proyectarse el análisis jurídico acerca de su propiedad y derechos de uso, según su procedencia, y acceso por cualquier impugnante), sobre los que centrar el llamado derecho de explicabilidad y transparencia, equivalente a la motivación de la decisión que ayudan a asistir.

1. Derecho de explicabilidad y acceso al razonamiento subyacente

Tanto el derecho de la UE como el español conectan ambos núcleos de tutela: los datos personales y las decisiones automatizadas a través de la protección de los datos personales. El puente de conexión hacia la tutela frente a la discriminación es precisamente la afectación de las decisiones automatizadas basadas en datos, en cuanto estas emplean perfilación (*ex art. 22 RGPD*) y pueden contener sesgos, de muy difícil entendimiento, como resultado de la propia complejidad del aprendizaje automático en el que se basan⁵⁴. De ahí que uno de los elementos fundamentales para articular la protección frente a la discriminación algorítmica, hasta alcanzar un mayor desarrollo normativo, sea, precisamente, el análisis del tratamiento de datos, aun admitiendo la limitación del ámbito aplicativo y posibilidades que brinda el artículo 22 RGPD y, por supuesto, del artículo 25 del mismo texto, que apela a herramientas que se han revelado como absolutamente insuficientes en el campo de las inferencias por aprendizaje automático (la seudonimización y otras técnicas a las que alude dicho precepto para anonimizar datos o despojarlos de rasgos personales, puesto que cualquier tipo de rasgo es susceptible de rastreo e inferencia).

En el ámbito europeo, dos instrumentos legales garantizan el derecho a la protección de datos: el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, Convenio 108, y el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD). En el ámbito interno, la norma es la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, para la protección del derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales* (LOPD), amparado por el artículo 18.4 de la Constitución⁵⁵.

Por lo que respecta al derecho de transparencia y explicabilidad, puede materializar, en el contexto de una reclamación por discriminación, la justificación objetiva y razonable que resulta exigible a la empresa autora de la decisión cuestionada y que constituye aplicación de la distribución de la carga probatoria en un proceso por discriminación. No obstante, hacer inteligibles los parámetros y criterios de las

funcionamiento de la computadora”, en caracteres alfanuméricos en un lenguaje de programación elegido por programadores (como pueden ser: Basic, C, C++, C#, Java, Perl, Python, PHP). Aplicado a algoritmos, “por código fuente se entiende todo texto legible por un ser humano y redactado en un lenguaje de programación determinado. El objetivo del código fuente es crear normas y disposiciones claras para el ordenador y que este sea capaz de traducirlas a su propio lenguaje” (definición de *Digital Guide Ionos*).

54. Gunning, D.: “Explainable Artificial Intelligence (XAI)”, 2017. Disponible en: [https://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/\(Gunning\)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf](https://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/(Gunning)%20JCAI-16%20DLAI%20WS.pdf).

55. Vid. Castellanos Claramunt, J. y Montero Caro, M. D.: “Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales”, *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, 2020, pp. 72-82. DOI: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.06>.

decisiones que se toman (*principio de transparencia algorítmica*) resulta difícil en estos casos. La explicabilidad de los algoritmos cumple diversas funciones: ayuda a entender su funcionamiento, tanto para diseñadores y desarrolladores como para personas afectadas por sus efectos, también contribuye a la confiabilidad del sistema que los utiliza (y a su auditoría) y, asimismo, permite construir el argumentario jurídico para desvelar su posible ilegalidad⁵⁶, o la de su impacto una vez aplicado en un contexto determinado. Por ello, resulta determinante calibrar el grado de explicabilidad y valorar la exploración neutral de los algoritmos por un tercero que permanezca ajeno a los problemas de propiedad intelectual y secreto empresarial que pueda suponer su revelación a efectos de búsqueda de sesgos⁵⁷. En este terreno es clave la herramienta de la auditoría de algoritmos.

En la configuración de este derecho, la primera cuestión relevante es la exclusión de la protección a los datos *no personales*, ex artículo 9.1.b) del Convenio 108 (que garantiza el derecho individual a la comunicación de los datos procesados de una forma inteligible, toda la información disponible sobre su origen, sobre el periodo de preservación, así como cualquier otra información, con el fin de garantizar la transparencia del tratamiento), que prevé una excepción: los datos personales que no se recopilan de los interesados, caso en el que el responsable está exento de la obligación si el procesamiento implica “esfuerzos desproporcionados”. Es posible interpretar que el aprendizaje profundo complica especialmente el cumplimiento de este deber, pudiendo identificarse esta situación con los “esfuerzos desproporcionados” a los que se refiere el artículo 8.3.

En segundo lugar, la propia regulación del derecho la restringe a la *contratación en línea o procesos totalmente automatizados*. En efecto, los interesados tienen derecho a conocer la motivación del algoritmo cuando este se utiliza para elaborar perfiles (el caso regulado por el artículo 22 RGPD y cuyo objetivo es cubrir el ámbito público de procesamiento de datos, con fines de orden público, como ha entendido nuestro tribunal constitucional y como se desprende de la proposición de Ley de IA de la Unión Europea), es decir, al conocimiento del *razonamiento subyacente* en el procesamiento de datos cuando sus resultados les son aplicados (este es también el sentido apuntado por el dictamen del CESE cuando se refiere a que el principio de transparencia algorítmica consiste en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman), y a que esta explicación sea proporcionada por humanos. El considerando 71 del Reglamento predica este derecho de las personas que acceden a “servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna”, y mantiene que “este tipo de tratamiento incluye la elaboración de perfiles consistente en cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física” (afiliación sindical, rendimiento en el trabajo, origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad

56. Ebers, M.: “Ethical and legal challenges”, ob. cit., p. 48.

57. Ebers, M.: “Ethical and legal challenges”, ob. cit., p. 80.

conexas, considerando número 75⁵⁸), “en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo (...) en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Literalmente, pues, la norma parece acotar un ámbito restringido del derecho a la explicabilidad, no extensible, por tanto, a decisiones automatizadas en parte del proceso de decisión, aun cuando esta parte sea especialmente relevante en el conjunto de factores que conducen a la decisión final, *v.gr.* cribado de currículos en un proceso de selección, finalmente “humanizado” al poner al frente de la decisión a humanos, que, como sucedió en el asunto Uber (Tribunal de Ámsterdam, sentencia C/13/692003/HA RK 20-302), puede haberse limitado a convalidar la recomendación del sistema de IA, que, a su vez, es posible que haya empleado un patrón histórico que replique decisiones sesgadas anteriores, o, aunque ello no sea así, pone fin a un procedimiento en el que la fase de cribado de currículos fue íntegramente automatizada, aunque el proceso haya contado con humanos en su fase final. En este ejemplo, si se considera, *v.gr.*, que han sido presentados mil currículos, de los cuales han sido preseleccionados quince para su examen humano, el grueso del sesgo, donde probablemente radique la mayoría de discriminaciones por diversas causas protegidas, habrá quedado incluido en una fase íntegramente automatizada, sobre la cual no se ofrecerá explicación alguna, cuando, como indica el considerando número 71, no se trate de “servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna”, lo cual puede acontecer porque no sean servicios de contratación en red o porque sí exista alguna intervención humana en la cadena de decisión. De ahí que devenga de singular relevancia la delimitación del concepto, para exigir que se trate de “intervención humana significativa” o “sustancial”.

En tercer lugar, el contenido de la explicación se refiere al “razonamiento subyacente”, es decir, al propio *mecanismo de razonamiento del algoritmo* (¿el código fuente o su modificación por aprendizaje profundo?), mientras la norma española sólo ampara el derecho a conocer la finalidad del tratamiento, *no cómo este se ejecuta técnicamente*⁵⁹. Lo que suscita un problema de vaciado de contenido en el uso de aprendizaje automático, pues el elemento determinante de la decisión serán los datos. Y, aun cuando los datos sirvan para elaborar perfiles, el alcance del derecho continúa limitándose a esta circunstancia (así como al derecho a ser informado de su derecho a oponerse, de

58. Los “datos sensibles”, a tenor del art. 6 del Convenio 108, son categorías especiales de datos protegidos por el citado precepto, que requieren garantías complementarias apropiadas cuando se procesan, especialmente el origen racial o étnico, opiniones políticas, afiliación sindical, creencias religiosas o de otro tipo, vida sexual o salud... de manera autónoma o en combinación con otros datos (*Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 2015).

59. La legislación española resulta menos garantista en este aspecto que la europea. En efecto, según ha entendido la STC de 22/5/2019, rec. inconst. núm. 1405/2019, “el tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento General de Protección de Datos ha reconocido a los Estados miembros “margen de maniobra” a la hora de “especificar sus normas”, tal como lo califica su considerando 10”. Este margen de configuración legislativa, afirma el tribunal constitucional, se extiende tanto a la determinación de las causas habilitantes para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos –es decir, a la identificación de los fines de interés público esencial y la apreciación de la proporcionalidad del tratamiento al fin perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos– como al establecimiento de “medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado” [art. 9.2.g) RGPD].

darse las circunstancias del artículo 22 del Reglamento, por tanto, también dentro de un marco restringido de aplicación). El artículo 11.2.2º LOPD se refiere expresamente a los datos obtenidos para la realización de perfiles, reconociendo el derecho de los afectados a ser informados de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre ellos o les afecten significativamente de modo similar, cuando concorra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 RGPD, pero no profundiza más allá de esta remisión para dar contenido al derecho de explicabilidad. Especialmente porque el artículo 11.2.3º indica que el responsable de los datos obtenidos para el aprendizaje del algoritmo podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 14 RGPD facilitando la información *básica* señalada. Por ello, el derecho a la información básica de quien concurre a un proceso de selección y resulta afectado por un algoritmo que toma la decisión a partir de análisis de datos de terceros a tampoco amplía la información que ya obre en su poder, pues aquel ya probablemente conocerá el propósito del tratamiento de los datos y la identidad de sus responsables (que, de no serles conocida, tampoco le va a aportar gran ayuda en la identificación del sesgo sufrido), aunque la norma añade finalmente que *la información básica podrá incluir en estos casos las categorías de datos objeto de tratamiento y las fuentes de su procedencia*. En este supuesto, el análisis de las categorías de datos permitiría acceder al origen del algoritmo decisor, pero de una manera superficial, si no se comparte el *código fuente*, y, aun compartiéndolo, puede no resultar tampoco suficiente si no se comparten los datos que alimentan el algoritmo⁶⁰.

2. Intervención humana significativa

La intervención humana conectada con las decisiones automatizadas cuenta con un único referente normativo en nuestro derecho positivo: el artículo 22 RGPD (y su homólogo en el derecho interno). A tenor de dicho precepto y su interpretación en los considerandos previos, el derecho de explicabilidad queda referido a los *servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna*, lo que evidencia una necesidad urgente de ampliar esta estrecha esfera de atención legislativa a la adopción de decisiones laborales automatizadas. Pero, por otra parte, aun admitiendo su interpretación expansiva a otros ámbitos distintos de los servicios de contratación en red, considerando el uso que las empresas realizan de distintas herramientas con soporte de IA para adoptar decisiones (incluida la selección de personal y contratación, no en línea o en red, aunque esta sí sirva para desplegar el proceso de selección o incluso únicamente el de captación de la demanda de empleo, v.gr. cribado de currículos), el concepto de intervención humana debe ser nuclear en su

60. Huergo Lora, A.: "Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo", en Huergo Lora, A. (Dir.): *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 54 y ss.; y Roig, A.: *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.

regulación y análisis jurídico. En particular, el concepto de intervención humana (o *human-in-command*), reivindicado también desde los planos ético y tecnológico, precisa de una acotación normativa que evite soslayar su exigibilidad en contextos laborales. Es decir, que permita excluir convalidaciones automáticas de recomendaciones automatizadas. En otras palabras, que implique que la intervención humana aludida sea algo más que procesar la orden de confirmación, que, por el contrario, tenga carácter substancial o significativo.

Ahora bien, caben dos planteamientos en este contexto. En primer lugar, el de la *intervención humana significativa*. Esta ha de poder explicar que el procesamiento automatizado previo a la decisión humana lo ha sido de aspectos accesorios o en los que no se adopte decisión final definitiva para ningún individuo. Utilizando un símil procedimental, se referiría a los actos que ponen fin a la vía de que se trate, v.g. de acceso a un puesto de trabajo (en lugar de al proceso o al procedimiento). En segundo lugar, el de la *acotación del concepto de decisión*. En este caso, se trataría de incluir en dicho ámbito de garantías no solo las decisiones que puedan considerarse “finales” o definitivas, v.gr., la decisión de contratación, sino todas aquellas que tengan relevancia para los sujetos implicados, como es la exclusión del proceso de contratación, lo que requeriría que la fase de cribado también fuera supervisada por humanos, quienes, además, asumieran la responsabilidad de los actos de notificación a los interesados, expresando de este modo la explicabilidad exigible, y facilitando la impugnación por parte de estos. En todo caso, no parece descabellado sostener la necesidad de que ambas vertientes de esta aproximación se incorporaran a los modelos de decisión automatizada en el ámbito del trabajo, porque se trata de decisiones que pueden tener afectación de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y a la no discriminación (lo que exigiría que una hipotética regulación específica de los derechos digitales laborales, en la línea de la Carta de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno de España en julio de 2021, tuviera rango de ley orgánica).

3. Acceso a la motivación y derechos de propiedad intelectual

En el marco de la tutela antidiscriminatoria y, en particular, la justificación objetiva y razonable que puede salvar el indicio discriminatorio, en consecuencia, a la motivación de la decisión impugnada y la delimitación del alcance del derecho a una intervención humana (art. 22 RGPD), puede ser esencial determinar hasta dónde es posible acceder a ese instrumento intangible en el que se basó la decisión empresarial (secuenciación en la que consiste el algoritmo), como a los datos que lo alimentaron (librerías o información en forma de macrodatos). Sin embargo, la tendencia incipiente es centrar las reclamaciones contra decisiones automatizadas en el acceso a uno solo de tales elementos, al *código fuente*, con el propósito de verificar los defectos de diseño que puedan determinar el perjuicio que sostiene la reclamación (y conocer cómo se adoptó la decisión). No obstante, el abordaje jurídico de la cuestión no puede ser unívoco y monolítico, pues pueden concurrir dos situaciones diferenciadas:

a) algoritmos de arquitectura más simple, no basados en aprendizaje automático, donde los datos de alimentación devienen secundarios, como es el caso planteado contra las aplicaciones administrativas para la solicitud de ayudas públicas (en el que el algoritmo debe solo determinar si los solicitantes cumplen o no con los criterios previamente introducidos para diseñar el algoritmo, v.g. el algoritmo BOSCO utilizado para la concesión del bono social eléctrico); o, b) los basados en aprendizaje automático o alimentación por datos, caso de los algoritmos predictivos usados en la selección de personal, donde los datos son precisamente la clave del aprendizaje del algoritmo para realizar su predicción o selección (v.g. el algoritmo Send@ del Servicio Público de Empleo Estatal). Mientras en el primer caso seguramente conocer el código fuente o secuencia de programación permitirá adentrarse en el origen de la decisión (o su eventual manipulación sesgada), en el segundo caso, dicho acceso seguramente no aportará la base necesaria para plantear una oposición solvente al perjuicio causado por el sesgo).

Pues bien, las primeras reclamaciones en el plano laboral se han centrado únicamente en el *código fuente* (cfr. trabajadores de Glovo⁶¹ o de Uber, que reclamaban el acceso al “código fuente” del algoritmo), como forma de garantizar el derecho de transparencia (aunque dicho acceso no garantiza su inteligibilidad, pues precisa de conocimientos técnicos suficientes para su interpretación). De ahí los términos introducidos en el artículo 64.4.d) ET por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, respecto de los derechos informativos de la representación legal del personal de la empresa. Sin embargo, si el *software* patentado o los algoritmos son propiedad intelectual de sus creadores (o adquirentes, si se cedieron sus derechos), es posible que la empleadora usuaria del mismo no ostente titularidad ni poder de disposición alguno (v.g. empresas adquirentes de una licencia de uso) que permita materializar el derecho de transparencia.

Por lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual que puede oponer la empleadora, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) lo identifica en su artículo 96.1 con un “programa de ordenador” (lo será la operación o secuencia matemática en que consiste un algoritmo), susceptible de titularidad o propiedad por parte de personas físicas, dentro del contexto de los derechos de propiedad intelectual. Su amparo bajo derechos de propiedad intelectual se despliega sobre “las diferentes partes que integran una obra, (...) siempre que contengan determinados elementos que expresen la creación intelectual del autor (STJUE, *Infopaq International*, C-5/08, Rec. p. I-6569, apartado 39, y STJUE, Gran Sala, de 2 de mayo de 2012, asunto *SAS Institute Inc contra World Programming Ltd.*, apartado 65). Y, asimismo, si el programa o algoritmo formara parte

61. En el primer caso, el Tribunal de Ámsterdam en sentencia C/13/692003/HA RK 20-302 de 11/3/2021 (y C/13/687315/HA RK 20-207 de la misma fecha) resuelve desfavorablemente, en tanto que se proporcionó a los trabajadores una explicación suficiente sobre dicho funcionamiento y esta no fue impugnada por ellos (sin perjuicio de la obligación de proporcionar acceso a los datos personales a los afectados). El segundo fue resuelto por sentencia del Tribunal ordinario de Bolonia de 27/11/2020, que estimó que los algoritmos utilizados por la empresa no eran inclusivos.

de una patente o un modelo de utilidad, gozará “de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial” (art. 96.3). Dicha protección no se extiende sobre “las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces” (art. 96.4), de acuerdo con la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que en su considerando undécimo se refiere explícitamente a los algoritmos: “de acuerdo con este principio de derechos de autor, en la medida en que la lógica, los algoritmos y los lenguajes de programación abarquen ideas y principios, estos últimos no están protegidos con arreglo a la presente Directiva”, que deberán protegerse “mediante derechos de autor” en las legislaciones nacionales. Tal protección, conforme al considerando 63 del Reglamento UE de protección de datos personales, permite ocultar el código fuente en el contexto de una reclamación por cualquier interesado.

Ahora bien, el artículo 96.2 establece que “el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor” (sustitúyase “programa” por “algoritmo”). A tenor del artículo 97, solo son propietarios sus *creadores* o la persona jurídica a la que la ley reconozca tal titularidad, incluyendo a las empresas para la que presten sus servicios los trabajadores cuando su creación tenga lugar en el marco de su trabajo (en tal caso, el artículo 97.4 atribuye al empresario la titularidad, en exclusiva, de los derechos de explotación del programa salvo pacto en contrario). Este efecto se infiere también, según las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria núm. 136/2017, de 18 de octubre, y de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 164/2006, de 13 marzo, de la concertación de un arrendamiento de obra consistente en la creación de un programa informático a medida del cliente, que conlleva la obligación de entrega de contraseñas y del código fuente, por lo que, en caso de que el encargo se externalice con terceros, la empresa sigue siendo la propietaria del código fuente.

Por su parte, el artículo 100 de la ley prevé algunas excepciones a los derechos de explotación, para salvar la necesaria autorización del titular (del algoritmo), pero entre ellos no se encuentra el simple acceso al código fuente, sino diversos modos de utilización o interacción, y, en todo caso, siempre que no se “perjudique(n) de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos” (art. 100.7). En cualquier caso, la mera observación, estudio o verificación del funcionamiento de un programa sin autorización previa del titular no constituye una infracción del derecho (sentencia núm. 19/2019, de 18 enero, de la Audiencia Provincial de Madrid), conforme al artículo 5.3 de la Directiva 2009/24/CE, pero, a tenor de la jurisprudencia de la UE, esta simple observación no es identificable con el acceso al código fuente.

En la misma línea, si la empresa hubiera obtenido una copia con licencia del algoritmo en cuestión, conforme a la Directiva 2009/24/CE, estaría asimismo autorizada a “observar, estudiar o verificar el funcionamiento de un programa de ordenador con el fin de determinar las ideas y los principios implícitos en cualquier elemento del programa”, porque estas no están protegidas por los derechos de autor cubiertos por la directiva

(STJUE Gran Sala, de 2 de mayo de 2012, asunto *SAS Institute Inc contra World Programming Ltd.*, razonamiento 50). Igualmente el razonamiento 61 de la sentencia identifica esta situación con el mero uso del programa, sin acceso al código fuente, distinguiendo entre ello y estudiar, observar, verificar..., para concluir que “las palabras clave, la sintaxis, los comandos y combinaciones de comandos, las opciones, los valores por defecto y las iteraciones están compuestos por palabras, cifras o conceptos matemáticos que, considerados aisladamente, no constituyen, en cuanto tales, una creación intelectual del autor del programa de ordenador” (apdo. 66), aunque “sólo a través de la elección, la disposición y la combinación de tales palabras, cifras o conceptos matemáticos puede el autor expresar su espíritu creador de manera original y obtener un resultado, el manual de utilización del programa de ordenador, que constituye una creación intelectual (STJUE de 16 de julio de 2009, *Infopaq International*, C-5/08, Rec. p. I-6569, apdo. 39). En conclusión, aunque la resolución se refiera a otro núcleo de análisis (la copia de un programa informático o parte de él), el tribunal considera que esa combinación a la que llamamos algoritmo sí constituye una creación intelectual, que se documenta y escribe en lenguaje de código, pues “el objeto de la protección conferida por esa Directiva abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto” (STJUE de 22 diciembre 2010, asunto *Bezpečnostní softwarová asociace*, apdo. 35).

Finalmente, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales permite su acceso a la representación legal de los trabajadores [art. 2.c), en correspondencia con la Directiva 2016/943, sobre secretos comerciales, art. 5], mientras que la Ley de Propiedad Intelectual admite su exposición en el contexto de una reclamación administrativa o judicial (art. 135).

C. Indicios y prueba de la discriminación algorítmica

1. Acreditación de los indicios de discriminación en caso de sesgos algorítmicos

Para que pueda evaluarse el carácter discriminatorio de una decisión, constituye presupuesto necesario la acreditación del indicio de la discriminación, a tenor de las reglas probatorias (art. 8 Directiva 2000/43/CE, art. 10 Directiva 2000/78/CE y art. 19 Directiva 2006/54/CE), aunque resulta difícil responder a la pregunta de si realmente decidir por mecanismos digitales interpuestos dificulta o no la prueba del indicio.

Como hipótesis de partida no cabe rechazar *a priori* que la interpretación de la apariencia de discriminación o indicio suficiente⁶² –*prima facie*– no quede alterada como

62. Carrizosa, E.: “La concreción de los indicios de discriminación en la jurisprudencia comunitaria: STJUE 19 abril 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 7, 2012, pp. 59-65. Sobre la prueba de indicios, *vid.* Montoya Melgar, A.: “De sospechas e indicios en la discriminación antisindical (En torno a la STC 84/2002, de 22 de abril)”, en AA.VV.: *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 215-226; y Godínez Vargas, A.: “La carga de la prueba y la prueba de indicios como medidas compensatorias de equilibrio procesal en juicios de discriminación”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 264, 2016, pp. 671-688.

consecuencia del uso de un algoritmo, pues estos se presentan precisamente como herramientas para la objetividad y precisión en el asesoramiento de decisiones. En un escenario como el de un proceso de selección de trabajadores, el sesgo del algoritmo, de existir, puede acreditarse por mecanismos probatorios tradicionales (v.gr. comparación entre los individuos elegidos y los excluidos). Ahora bien, admitido el indicio, y considerando la gran precisión con la que puede operar el algoritmo de selección, a menos que el sesgo se encuentre en su propio diseño (código fuente), ¿cómo se efectúa el análisis comparativo en el universo objeto de procesamiento por el mismo frente al individuo excluido de la selección? En otras palabras, si en un proceso de selección con la concurrencia de cientos de candidatos son excluidos grupos de individuos distintos con características diversas protegidas (o incluso no protegidas), la comparación entre la persona reclamante y las no descartadas no permitirá constatar que la causa de exclusión sea únicamente la que esta posee, pues confluirá todo un universo de características inferidas que han podido ser igualmente rechazadas.

Si debe analizarse el binomio hombres-mujeres, y la sistemática exclusión de las mujeres, el análisis parece simple, pero si la base es el rechazo a características correspondientes a distintos grupos (discapacidad, etnia, religión, procedencia, entre otros) y no otros o no su combinación con otros, el análisis deja de aparentar simplicidad, en tanto la multitud de variables combinadas por el modelo automatizado permite considerar también que han primado otras características que asimismo deberán identificarse y que podrían pasar desapercibidas en la acreditación del indicio necesario. Seguidamente, resulta aún más complicado calificar como discriminatorias decisiones cuando los criterios empleados por el algoritmo no correlacionan exactamente con características atribuibles a una categoría social protegida, aunque pueden relacionarse igualmente con tal característica. Por ejemplo, tomando como referencia el caso citado por Xenidis⁶³, si el fundamento de la decisión del algoritmo se basa en variables como la distancia del lugar de trabajo, esta no determina *per se* la existencia de un criterio discriminatorio bajo el derecho positivo, pero si tal factor se anuda a una procedencia concreta, y esta a una característica protegida, la inferencia realizada por el algoritmo deriva en una decisión discriminatoria (v.g. los individuos que residen en la zona rechazada son mayoritariamente población inmigrante). Si, a su vez, la característica con la que se realiza la asociación no se encuentra entre las protegidas por el derecho antidiscriminatorio, se podría producir una situación de discriminación interseccional producto de la confluencia de varios factores que solo un análisis más exhaustivo podría visibilizar y que únicamente un marco de protección más amplio que el proporcionado por las directivas o el artículo 14 CE podría calificarse de discriminatorio. Ahora bien, lo que también es importante tener en cuenta es la posible ruptura del nexo de conexión necesario para establecer la preceptiva relación entre la decisión y la discriminación pretendida, precisamente por la distancia entre los datos de referencia y la consecuencia analizada. En definitiva, lo más relevante es que la propia dinámica de funcionamiento de los algoritmos introduce una dosis mucho mayor de dificultad en

63. Xenidis, R.: "Tuning EU equality law to algorithmic discrimination...", ob. cit., p. 4.

la detección de sesgos discriminatorios, que obliga a perfeccionar la granularidad del análisis y reconsiderar la estrategia jurídica frente a la tutela de la discriminación producto de mecanismos de decisión automatizada.

2. En caso de discriminación múltiple y/o interseccional

La discriminación múltiple e interseccional encuentran una directa equivalencia entre los métodos de inferencia de datos y el resultado discriminatorio, lo que significa que la admisión legal de la autonomía de ambas figuras permitiría dar justa cobertura a bolsas de discriminación que, por acción de los estudiados mecanismos automatizados, no solo pueden estar siendo objeto de un incremento exponencial en buena parte invisible, sino que, además, permanecen al margen de la adecuada tutela jurídica.

Descendiendo al plano probatorio, resulta de interés analizar si la equivalencia entre la interseccionalidad y el sesgo resultante de la inferencia entre campos de datos es susceptible de acreditación probatoria. En la medida en que el aprendizaje automático no permite conocer la correlación entre datos y cuáles de ellos han determinado el resultado, es decir, no es posible saber cuáles de los rasgos analizados han sido determinantes para el resultado ofrecido por el mecanismo automatizado, y si técnicamente no es factible asistir esta explicación a la hipotética víctima de la decisión discriminatoria, la consecuencia es que probablemente estemos ante un caso de discriminación múltiple, interseccional, pero no sea posible constatarlo, salvo que la empleadora proporcione también los datos de contraste (no los datos de alimentación). En definitiva, se trata del esquema tradicional de aportación de indicios, facilitado por el uso de otro sistema automatizado capaz de hallar la correlación entre un conjunto de individuos y el individuo que alega la discriminación, que bien pudieran también ser asistidos por mecanismos automatizados capaces de detectar la incidencia estadística simple o interseccional de sesgos discriminatorios.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las deficiencias observadas en el vigente derecho antidiscriminatorio, especialmente ligadas a la falta de admisión en el derecho positivo de la doctrina de la discriminación múltiple y por intersección, dificultan la tutela efectiva del derecho a la no discriminación cuando esta se funda en decisiones automatizadas, por cuanto estas usan un sistema de prejuicios basados en la realidad social que absorben, pero que gestionan y procesan conforme a parámetros propios. Esa diferencia de planos de análisis y lenguajes motiva la desatención a un amplio núcleo de situaciones potencialmente discriminatorias, lo que justifica la necesidad real y no meramente proyectiva e hipotética de una mejora sustancial de los conceptos jurídicos que definen los distintos parámetros de la discriminación laboral.

En esta línea, tanto la positivización explícita de los distintos derechos que acompañan a la tutela frente al uso de datos masivos (*explicabilidad* y acceso al renacimiento

subyacente, intervención humana *significativa* o relevante, y también las garantías frente al “blindaje” de la propiedad intelectual que pueda emplearse para encubrir decisiones poco claras), como su adaptación autónoma a las decisiones automatizadas, así como la admisión del haz conceptual de la discriminación múltiple y por intersección en nuestro derecho permitirían una clarificación del entorno jurídico en el que se están aplicando decisiones automatizadas con impacto directo sobre derechos fundamentales y una mejor tutela de los trabajadores frente a la discriminación en el trabajo basada en tal automatización. Lo cierto es que ya existe una proposición de ley que apunta en esa línea (Proposición de Ley Integral de Igualdad de 2021), aunque sus referencias a la automatización de decisiones tienen una oportunidad única para incluir los matices apuntados en favor de la seguridad jurídica y, sobre todo, de la evitación de núcleos de desprotección en el ámbito laboral regido por inteligencia artificial.

Bibliografía⁶⁴

- Barocas, S. y Selbst, A. D.: “Big data’s disparate impact”, *California Law Review*, núm. 104, 2016, pp. 671-732.
- Barrere Unzueta, M. A.: “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010, pp. 225-252.
- Barzilay, A. y Ben-David, A.: “Platform inequality: gender in the gig-economy”, *Seton Hall Law Review*, vol. 47, núm. 2, 2017, pp. 393-431.
- Burrell, J.: “How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society*, vol. 3, núm. 1, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>.
- Burri, S. and Schiek, D.: *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, European Commission, 2009.
- Carrizosa, E.: “La concreción de los indicios de discriminación en la jurisprudencia comunitaria: ST-JUE 19 abril 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 7, 2012, pp. 59-65.
- Castán Tobeñas, J.: *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950.
- Castellanos Claramunt, J. y Montero Caro, M. D.: “Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales”, *Ius et Scientia*, vol. 6, núm. 2, 2020, pp. 72-82. DOI: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2020.i02.06>.
- Chouldechova, A.: “Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments”, *Big data*, vol. 5, núm. 2, 2017 pp. 153-163. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1610.07524>.
- Crenshaw, K.: “Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 1989, pp. 139-167.
- Ebers, M.: “Ethical and legal challenges”, en Ebers, M. y Navas, S. (Dirs.): *Algorithms and law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- European Commission: *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007.
- Foster, S. R.: “Causation in antidiscrimination law: beyond intent versus impact”, *Houston Law Review*, núm. 41, 2004, pp. 1469-1548.

64. Todos los enlaces digitales fueron verificados en el mes de diciembre de 2021.

- FRA – European Union Agency for Fundamental Rights: *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013.
- Godínez Vargas, A.: “La carga de la prueba y la prueba de indicios como medidas compensatorias de equilibrio procesal en juicios de discriminación”, *Derecho laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, vol. 59, núm. 264, 2016, pp. 671-688.
- Gonzalo Quiroga, M.: “Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2001, pp. 2158-2164.
- Goodman, B. y Flaxman, S.: “European Union regulations on algorithmic decision-making and a ‘right to explanation’”, *AI Magazine*, vol. 38, núm. 3, 2017, pp. 50-57. DOI: <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>.
- Grove, W. M., et al.: “Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis”, *Psychological assessment*, vol. 12, núm. 1, 2000, pp. 19-30.
- Gunning, D.: “Explainable Artificial Intelligence (XAI)”, 2017, disponible en: [https://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/\(Gunning\)%20IJCAI-16%20DLAI%20WS.pdf](https://www.cc.gatech.edu/~alanwags/DLAI2016/(Gunning)%20IJCAI-16%20DLAI%20WS.pdf).
- Hajian, S.; Bonchi, F. y Castillo, C.: “Algorithmic bias: from discrimination discovery to fairness-aware data mining”, en *KDD '16: Proceedings of the 22nd ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining*, Association for Computing Machinery, New York, 2016, pp. 2125–2126.
- Hildebrandt, M.: “Algorithmic regulation and the rule of law”, *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, vol. 376, núm. 2128, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>.
- Hildebrandt, M.: “The issue of bias. The framing powers of ML”, en Pelillo, M. y Scantamburlo, T. (Eds.): *Machine We Trust. Perspectives on Dependable AI*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2021. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3497597>.
- Huergo Lora, A.: “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo”, en Huergo Lora, A. (dir.): *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 23-87.
- Makkonen, T.: *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, 2002.
- Mayson, S. G.: “Bias In, Bias Out”, *The Yale Law Journal*, vol. 128, núm. 8, 2019.
- Montoya Melgar, A.: “De sospechas e indicios en la discriminación antisindical (En torno a la STC 84/2002, de 22 de abril)”, en AA.VV.: *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 215-226.
- O’Neil, C.: *Armas de destrucción matemática*, Capitán Swing, Madrid, 2017.
- Pasquale, F.: “A rule of persons, not machines: the limits of legal automation”, *The George Washington Law Review*, vol. 87, núm. 1, 2019.
- Pasquale, F.: *New laws of robotics: defending human expertise in the age of AI*, The Belknap Press, Cambridge (MA), 2020.
- Rey Martínez, F.: “La discriminación múltiple: una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.
- Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la inteligencia artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- Roig, A.: *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: del Reglamento General de Protección de Datos a la gobernanza algorítmica*, Bosch Editor, Barcelona, 2020.
- Rosenblat, A.: *Uberland: Cómo los algoritmos están reescribiendo las reglas de trabajo*, Nola Editores, Madrid, 2021.
- Ruiz-Gallardón, I.: “La equidad: una justicia más justa”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 173-191. DOI: <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.59013>.
- Schiek, D. y Lawson, A. (dirs.): *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Routledge-Cavendish, London-New York, 2016.
- Serra Cristóbal, R. (coord.): *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- Serra Cristóbal, R.: "El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales", *Teoría y derecho*, núm. 27, 2020, pp. 137-158. DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2020.008>.
- Soriano Arnanz, A.: "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 85-127. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_535.
- Stoica, A-A.; Riederer, C. y Chaintreau, A.: "Algorithmic glass ceiling in social networks: The effects of social recommendations on network diversity", en *Proceedings of the 2018 World Wide Web Conference*, International World Wide Web Conferences Steering Committee, Republic and Canton of Geneva (Switzerland), 2018, pp. 923-932. DOI: <https://doi.org/10.1145/3178876.3186140>.
- Tomei, M.: "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 122, núm. 4, 2003, pp. 441-460. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2003.tb00326.x>.
- Umoja Noble, S.: *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*, New York University Press, New York, 2018.
- Vantin, S.: "Inteligencia artificial y derecho antidiscriminatorio", en Llano Alonso, F., y Garrido Martín, J. (eds.): *Inteligencia artificial y derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 367-384.
- Wachter, S.: "Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising", *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 35, 2020, pp. 367-430. DOI: <https://doi.org/10.15779/Z38J59H82M>.
- Xenidis, R.: "Tuning EU equality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, núm. 6, 2020, pp. 736-758. DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263X20982173>.
- Xenidis, R. y Senden, L.: "EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: mapping the challenges of algorithmic discrimination", en Bernitz U., et al. (eds.): *General principles of EU law and the EU digital order*, Kluwer Law Int., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2020, pp. 151-182.
- Zuiderveen Borgesius, F.: *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018.



La inteligencia artificial para el entorno laboral. Un enfoque en la predicción de accidentes

ARTIFICIAL INTELLIGENCE FOR THE WORKPLACE. A FOCUS ON ACCIDENT PREDICTION

María del Carmen Macías García

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

mcarmenmg@uma.es  0000-0002-6883-8446

Recibido: 28.01.2022 | Aceptado: 10.04.2022

RESUMEN

La Inteligencia Artificial está presente en todos los ámbitos de nuestra vida, sin embargo, poco o nada se sabe sobre qué supone dicho concepto, qué implica, en qué ámbitos o situaciones de nuestra vida está presente, pero sobre todo si es aplicable a la identificación y prevención de accidentes de trabajo en nuestras empresas. Para ello, realizaremos un breve acercamiento al nacimiento y evolución de la Inteligencia Artificial, así como sus usos y aplicaciones en la actualidad. Presentaremos también las posibles implicaciones que tiene en la seguridad y salud en el trabajo y constataremos la existencia o no de herramientas y programas que se sirvan de ella para la prevención de accidentes, concluyendo que es la realidad virtual la que más importancia tiene en dichas áreas.

ABSTRACT

Artificial Intelligence is present in all areas of our lives, however, little or nothing is known about what this concept entails, what it implies, in what environment or situations of our lives it is present, but above all if it is applicable to the identification and prevention of accidents at work in our companies. To do this, we will make a brief approach to the birth and evolution of Artificial Intelligence, as well as its uses and applications today. We will also present the possible implications that it has on safety and health at work, and we will verify the existence or not of tools and programs that use it for accident prevention, concluding that virtual reality is the most important in these areas.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial
Accidentes de trabajo
Prevención de riesgos laborales
Realidad virtual
Formación

KEYWORDS

Artificial intelligence
Work accidents
Occupational risk prevention
Virtual reality
Training

SUMARIO

- I. ORÍGENES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
- II. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
A. Implicaciones de la inteligencia artificial en la seguridad y salud de los trabajadores
- III. APLICACIÓN DE LA IA A LA PREVENCIÓN DE ACCIDENTES. ESTUDIOS DE EJEMPLOS PRÁCTICOS
- IV. A MODO DE CONCLUSIONES
Bibliografía

I. ORÍGENES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Parece necesario, ineludible me atrevería a decir, que debemos empezar ofreciendo una definición de Inteligencia Artificial (en adelante, IA) con el propósito de ponerla en relación con la prevención de riesgos laborales.

En primer lugar, hay que señalar que como suele ocurrir en multitud de ocasiones no hay una definición unánime al respecto. De forma simple se podría decir que la IA es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano. Sin embargo, a diferencia de las personas, los dispositivos basados en IA no necesitan descansar y pueden analizar grandes volúmenes de información a la vez. Asimismo, la proporción de errores es significativamente menor en las máquinas que realizan las mismas tareas que sus contrapartes humanas¹.

Para contextualizar la IA tenemos que referirnos a Alan Turing como padre de esta, puesto que anticipó futuros desarrollos de la IA y, lo que es más importante, intuyó la importancia que jugaría el aprendizaje automático en el desarrollo de esta al afirmar que, en lugar de intentar emular mediante una máquina la mente de un adulto, quizá sería más factible intentar emular la mente de un niño y luego someter a la máquina a un proceso de aprendizaje que diera lugar a un desarrollo cognitivo de dicha mente hasta alcanzar el equivalente de una mente adulta; es decir, lo que actualmente propone la robótica de desarrollo².

Este autor defendía la idea de que los ordenadores podían tener comportamientos inteligentes; y proponía su famoso test de Turing³ para determinar si un computador exhibía inteligencia, mediante lo que llamaba “el juego de imitación”: un evaluador humano interaccionaba mediante un teletipo con un ente inteligente (ordenador u otro humano) que estaba en otra habitación. Al cabo de un tiempo limitado, si el evaluador era incapaz de diferenciar un ordenador de otro humano, Turing consideraba que el ordenador exhibía un comportamiento inteligente⁴. En la actualidad, esta prueba se

1. Rouhiainen, L.: *Inteligencia Artificial, 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, Alianza Editorial, Barcelona, 2018, p. 17.

2. López de Mántaras Badia, R. y Meseguer González, P.: *Inteligencia artificial*, CSIC, Madrid, 2017, p. 17.

3. González, R.: “El test de Turing: dos mitos, un dogma”, *Revista de Filosofía*, vol. 63, núm. 1, 2007, p. 39.

4. No obstante, hoy por hoy, no existe ningún sistema de IA capaz de contextualizar y de hacer el tipo de inferencias básicas que incluso un niño realiza sin esfuerzo. López de Mántaras Badia, R.: “El traje nuevo de la inteligencia artificial”, *Investigación y Ciencia*, núm. 526, 2020, p. 55.

considera demasiado superficial y se han propuesto diversas versiones complementarias del mismo, inspirados todos en el inicial propuesto por Alan Turing.

Así pues, pasamos a presentar de forma escueta los principales ámbitos en los que actúa la IA⁵.

En primer lugar, hemos de nombrar los juegos de ordenador que han sido un objetivo de la IA desde sus inicios. De forma especial, el juego de ajedrez ha sido durante décadas un objetivo permanente. Mención especial requieren los robots en el espacio, Sojourner, Spirit y Opportunity, Curiosity y la sonda espacial Deep Space 1⁶.

Otra gran área de interés de la IA han sido tradicionalmente los vehículos autónomos, siendo sus inicios a mediados de los años ochenta cuando la agencia americana DARPA lanzó su primer programa de I+D sobre vehículos terrestres autónomos con fines militares. En este programa participaron diversas universidades de primer nivel en Estados Unidos bajo la coordinación de la empresa Martin Marietta y del ejército estadounidense. Ello dio como resultado un vehículo (ALV) todoterreno, de ocho toneladas de peso, equipado con una cámara y un escáner láser que proporcionaban información sobre las posiciones de los bordes de la carretera que servían para generar un módulo de lo que había frente al vehículo.

En la actualidad, y con independencia de los posibles aspectos éticos en el software de un coche completamente autónomo se tendrá que haber previsto qué hacer ante alternativas como, por ejemplo, ¿salvar la vida de los pasajeros o de otras personas? Cabe preguntarse si realmente algún día tendremos coches completamente autónomos. En cualquier caso, aunque así lo fuera no es de esperar que a medio plazo los veamos circulando en cualquier tipo de entorno.

Por su gran importancia es necesario hacer una breve referencia también al lenguaje, entre los más importantes éxitos de la IA en el área de lenguaje destacamos los sistemas Watson, Mastor y Siri. Estos sistemas, en sus respectivos campos, alcanzan un rendimiento igual o superior al humano, y en algún caso podrían ser tomados por un ser humano real.

Watson es un programa desarrollado por IBM que ganó un concurso de respuestas a preguntas de cultura general en febrero de 2011, realizado por la televisión estadounidense. Técnicamente, Watson se encuadra en los sistemas de respuesta a pregunta en dominios abiertos.

Mastor es un sistema de traducción automática de voz desarrollado por IBM que combina reconocimiento automático del habla, traducción automática del lenguaje natural y síntesis de voz para facilitar conversaciones en tiempo real entre dos hablantes que no tengan un lenguaje común. Se basa en modelos estadísticos para realizar la traducción.

Siri es un asistente personal virtual desarrollado para los iPhones de Apple. Se comunica mediante el habla: escucha las preguntas del usuario y pronuncia sus

5. López de Mántaras Badia, R.: "El traje nuevo de la inteligencia artificial", ob. cit., p. 118.

6. Para una información más ampliada consultar López de Mántaras Badia, R y Meseguer González, P.: *Inteligencia artificial*, ob. cit., p. 123.

respuestas. Responde preguntas, hace recomendaciones y realiza acciones mediante los servicios web del aparato, como, por ejemplo, encontrar un restaurante cercano o comprar unas entradas de cine. Un elemento clave en Siri es el reconocimiento del habla. Siri tiene dos modos básicos: reconocimiento de comandos y dictado. De tal forma, cuando Siri pregunta, puede acotar bastante en ámbito de la respuesta con un vocabulario limitado. En esos casos se utiliza un sistema basado en gramática para procesar la respuesta. Por el contrario, cuando recibe un dictado del usuario, utiliza un sistema de reconocimiento de voz intentando transcribir cada palabra que oye.

Aunque no es necesario una fase de entrenamiento a la voz del hablante, Siri mejora su comprensión a medida que el usuario lo utiliza –como pronuncia palabras, qué palabras son más frecuentes, como pronuncia nombres y cifras–. La parte cognitiva de Siri ha de ser capaz de *comprender* los elementos de los que se habla (identificar nombres con personas, duraciones de eventos, etc.) Tanto por su parte cognitiva como la de reconocimiento del lenguaje, Siri ha sido entrenado con miles de datos obtenidos de la web. Las colecciones de datos que son explotados por Siri son demasiados grandes para los iPhones. Siri utiliza conexiones de alta velocidad para reconocimiento de voz e interroga a otros proveedores de información (consultando fuentes como Bing, Wikipedia y Twitter) sobre preguntas concretas, puede incluso conectarse a The New York Times.

La medicina es otra área de aplicación que históricamente ha sido clave en el desarrollo de la IA. Una de las técnicas de IA más usadas en aplicaciones médicas son los sistemas expertos. Además, hay muchos otros en este campo que se siguen usando regularmente en hospitales y centros médicos en todo el mundo.

Uno de ellos es ATHENA⁷, un sistema de ayuda a la toma de decisiones de los médicos a la hora de gestionar pacientes con problemas de hipertensión. Procesa los datos clínicos de cada paciente y, gracias a su base de conocimientos sobre hipertensión, produce una serie de recomendaciones sobre cómo gestionar mejor la atención clínica personalizada.

La aplicación GIDEON⁸ es una poderosa base de datos sobre enfermedades infecciosas a escala mundial. Funciona mediante una aplicación web de ayuda al diagnóstico de un total de 337 enfermedades infecciosas específicas de cada uno de los 224 países de su base de datos. Su base de conocimientos cubre 1.147 taxones microbianos y 306 agentes antibacterianos y vacunas. La información que contiene incluye también más de 20.000 imágenes, gráficos, mapas interactivos, entre otras utilidades. De esta forma se obtiene más del 94% de diagnósticos correctos y lo convierten en uno de los sistemas más usados en el ámbito de la medicina.

7. <https://www.cardioteca.com/estudio-athena.html> (consulta: 12 de diciembre de 2021).

8. Cañedo Andalia, R. y Guerrero Pupo, J. C.: "Gideon: una joya entre los recursos de información sobre enfermedades infecciosas en el Web", *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, vol. 18, núm. 4, 2008.

También la IA se ha usado para predecir tanto la evolución de la pandemia⁹ como de pacientes¹⁰ de Covid-19. Un algoritmo predictivo¹¹ basado en inteligencia artificial, mediante *machine learning*, y en el procesamiento de *Big Data* permite pronosticar en tiempo real la progresión de muchos pacientes afectados por Covid. Para poner en práctica el algoritmo, se han estudiado 352 variables y más de 15.000 pacientes. Entre los datos recogidos se han valorado datos demográficos del paciente como la edad o el sexo, antecedentes personales como hipertensión o problemas cardiovasculares, pulmonares, oncológicos o renales, entre otros. Para el estudio también se han considerado si se habían administrado fármacos a los pacientes antes y en el momento del ingreso, así como otras variables como haber sido sometido a ventilación mecánica, o si había estado ingresado en UCI.

Así, tras este breve repaso al nacimiento y aplicación en distintas áreas y vertientes de la IA es conveniente acercarnos a su posible aplicación a la seguridad y salud en el trabajo y como elemento diferenciador en la prevención de accidentes de trabajo.

II. LA IA APLICADA A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La IA ofrece el potencial para desarrollos innovadores y emocionantes en el lugar de trabajo¹² a través de la creciente disponibilidad de datos y *big data* y la capacidad de procesar datos a través de algoritmos, lo que lleva a cambios profundos y generalizados en la forma en que se realiza el trabajo. La IA se utiliza en una variedad de aplicaciones y herramientas para el trabajo asistido y el análisis de datos, lo que permite la automatización de tareas cada vez más complejas, así como la toma de decisiones y la gestión automatizadas o semiautomatizadas del lugar de trabajo.

Las aplicaciones de la IA en los procesos de trabajo van desde los cobots¹³, tecnologías portátiles y tabletas de asistencia en líneas de montaje de producción, chatbots en fábricas, almacenes y centros de llamadas, y equipo de protección personal inteligente (PPE), hasta procesos algorítmicos en aplicaciones de recursos humanos como análisis de personas¹⁴ y 'gamificación'¹⁵.

La IA puede crear oportunidades, pero también nuevos desafíos para la seguridad y salud en el trabajo (SST), su gestión y regulación. La mayor parte del debate en torno

9. https://portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,71509641&_dad=portal&_schema=PORTAL.

10. Álvarez-Esteban, P. C.; Barrio, E.; Rueda O. M.; Rueda, C.: "Predicting COVID-19 progression from diagnosis to recovery or death linking primary care and hospital records in Castilla y León (Spain)", *PLoS ONE*, 16(9): e0257613, 2021.

11. <https://gacetamedica.com/investigacion/inteligencia-artificial-para-predecir-la-evolucion-de-pacientes-covid-19/> (consulta: 1 de diciembre de 2021).

12. <https://osha.europa.eu/es/publications/impact-artificial-intelligence-occupational-safety-and-health>.

13. Un cobot o co-robot (de robot colaborativo) es un robot que ha sido diseñado con el objetivo de tener interacción física (y social) con las personas en un trabajo compartido. ambiente. Jansen, A.: *Riesgos emergentes para la seguridad en el lugar de trabajo; trabajando en el mismo espacio que un cobot*, 2018. Informe TNO R10742.

14. El uso de *big data* y herramientas digitales para "medir, informar y comprender el desempeño de los empleados, los aspectos de la planificación de la fuerza laboral, la gestión del talento y gestión operativa". Collins, L.: *Análisis de personas: recalculando la ruta*, Deloitte Insights, 2017.

15. El uso de la mecánica del juego y el pensamiento del juego para involucrar a los trabajadores.

a la IA se centra en la cantidad de puestos de trabajo, pero también debería tratarse de la calidad del trabajo, y la SST es un aspecto clave de esto.

A. Implicaciones de la ia en la seguridad y salud en el trabajo

A tenor de lo expuesto anteriormente podemos afirmar –sin temor a equivocarnos– que la IA está y estará presente en nuestro entorno de trabajo comportando ello unas implicaciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales que aparecen recogidas en el “Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025¹⁶” elaborado por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, los cuales pasamos a comentar.

Las tendencias y factores indican que, para 2025¹⁷, las tecnologías habilitadas por las TIC habrán cambiado los equipos, herramientas y sistemas que se pueden utilizar para organizar, administrar y entregar productos o servicios en la mayoría de los sectores ocupacionales. Los desarrollos incluyen avances continuados en la automatización de procesos laborales cada vez más complejos, interconectados y autónomos en la medida en que se organizan por sí mismos, aprenden por sí mismos y se mantienen a sí mismos.

La impresión 3D y 4D y la bioimpresión, los vehículos autónomos (incluidos los drones), la robótica (incluida la robótica colaborativa), los algoritmos, la inteligencia artificial (IA), la realidad virtual (RV) y la realidad aumentada (RA) se utilizarán cada vez más con fines laborales, y la innovación en estas tecnologías continuará. Los robots serán desenjaulados, móviles, hábiles, cercanos a los trabajadores, colaborativos y cada vez más inteligentes, y automatizarán tareas anteriormente inaccesibles. Incluso los trabajos que no sean reemplazados por robots¹⁸ cambiarán considerablemente, ya que los trabajadores aplicarán una gran variedad de tecnologías digitales.

También existe una clara tendencia a la miniaturización de las tecnologías habilitadas por las TIC, que son cada vez más “inteligentes” y conectadas a internet (lo que se conoce como el “internet de las cosas” o IdC). Estas tecnologías, combinadas con la biónica o los exoesqueletos, se llevarán puestas con el fin de potenciar o controlar el rendimiento humano, generando considerables volúmenes de datos.

Habrá un desarrollo continuado de las interfaces hombre-máquina que permita a los humanos conectarse a distancia con las máquinas y entre sí, por medio de las tecnologías habilitadas por las TIC, de manera mucho más parecida a cómo interactúan los humanos cara a cara. Las tendencias indican que es posible que en 2025 hayan comenzado a aparecer interfaces directas cerebro-máquina, si bien no estarán especialmente extendidas.

16. <https://osha.europa.eu/es/publications/summary-foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-health-risks-associated-digitalisation-2025/view>.

17. Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo: *Estudios prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018, p. 7.

18. García Armada, E.: *Robots*, CSIC, Madrid, 2015, p. 25.

El grado de innovación y adopción de las tecnologías habilitadas por las TIC descrito anteriormente y su impacto en la SST dependerá de las tendencias y los factores políticos, económicos, sociales y ambientales existentes entre el momento actual y 2025.

El análisis de horizontes realizado durante este proyecto prospectivo, junto con los cuatro escenarios alternativos de futuro que se desarrollaron (en el anexo), permitió identificar una serie de retos y oportunidades para la SST que podrían aparecer como cambios de las mencionadas tecnologías habilitadas por las TIC. Estas guardan relación con: los equipos, herramientas y sistemas de trabajo utilizados; la automatización, la robótica, las interfaces remotas y la RV con fines de formación pueden contribuir a reducir la exposición de los trabajadores a sustancias peligrosas. Se podría facilitar la vigilancia de la exposición de los trabajadores a sustancias tóxicas utilizando sensores inteligentes incorporados a dispositivos portables. El incremento y asequibilidad de la potencia de computación, junto con la disponibilidad de grandes conjuntos de datos, también podría hacer posible el uso de la secuenciación de perfiles de ADN para detectar a aquellos trabajadores más susceptibles a determinadas sustancias peligrosas, si bien esto podría plantear problemas éticos.

A la inversa, algunas TH-TIC como la impresión 3D y 4D y la bioimpresión pueden incrementar la exposición a una serie de nuevas sustancias cuyos peligros aún no se conocen en profundidad. Además, es probable que estas tecnologías estén disponibles y sean utilizadas por microempresas y (falsos) autónomos que pueden carecer de recursos y capacidades adecuados con que manejar las sustancias correspondientes con seguridad.

Del mismo modo, la IA, la automatización, la robótica y los vehículos autónomos o los drones pueden reducir la necesidad de trabajar en entornos peligrosos, como pueden ser espacios reducidos, en altura, ruidos y vibraciones o el contacto con maquinaria móvil. También ofrecen la oportunidad de dejar las tareas rutinarias o repetitivas en manos de las máquinas. Sin embargo, estas mismas tecnologías podrían ser fuente de accidentes, por atrapamiento, enganches, impactos, ruidos o vibraciones, por ejemplo, en el caso de los robots colaborativos o los exoesqueletos biónicos.

Tradicionalmente, la SST en relación con la robótica se ha gestionado segregando a trabajadores y robots. Con los robots trabajando en estrecha cercanía con los trabajadores, se utilizarán nuevas técnicas como el uso de cantos suaves y redondeados y reducciones de velocidad y de fuerza, así como sensores y sistemas de visión. Sin embargo, si los sensores fallan o sufren interferencias eléctricas o ciberataques, la seguridad de los sistemas puede fallar. Los equipos que los robots podrían utilizar (como láseres, electrodos de soldadura o equipos mecánicos) también podrían resultar peligrosos para los trabajadores. Con una interacción más estrecha e innovadora entre máquinas y trabajadores, entender cómo se comportarán los trabajadores podría resultar cada vez más importante.

Los robots autónomos móviles o los exoesqueletos podrían ayudar a los trabajadores en tareas de manipulación manual y en trabajos duros. Este tipo de innovaciones podría permitir a los trabajadores de mayor edad seguir haciendo trabajos que implican esfuerzo físico y mejorar el acceso al trabajo de las personas discapacitadas.

Los robots colaborativos no solo pueden ocuparse de las tareas de manipulación manual hasta ahora reservadas a los humanos, sino que también pueden ser una manera novedosa de gestionar los riesgos que estas tareas entrañan para los trabajadores, ya que se podrían incorporar sensores electromiográficos en la ropa de las personas que trabajen junto a los robots colaborativos, y estos sensores serían a su vez supervisados por los robots, de modo que podrían advertir a sus portadores cuando estuvieran en posturas potencialmente perjudiciales.

Sin embargo, la excesiva dependencia de los robots o los exoesqueletos en relación con la manipulación manual podría tener repercusiones sobre la aptitud física de los trabajadores, que podría resultar, por ejemplo, en la pérdida de masa muscular u ósea o de flexibilidad en las articulaciones. Los exoesqueletos podrían transmitir a los trabajadores una sensación de invulnerabilidad que podría tentarles a correr mayores riesgos, debido a la mayor fuerza que el exoesqueleto confiere al trabajador.

Las TH-TIC pueden llevar a que el trabajo sea más sedentario. Aunque esto puede evitar que los trabajadores tengan que afrontar situaciones peligrosas, el hecho de que los procesos de trabajo puedan ser objeto de control y también de mantenimiento a distancia elimina la actividad física que requiere atenderlos personalmente. Un estilo de vida más sedentario puede aumentar el riesgo de malas posturas, enfermedades cardiovasculares¹⁹, obesidad, ictus y diabetes, así como la ansiedad.

Sin embargo, la tecnología digital también puede ayudar a reducir el comportamiento sedentario, por ejemplo, mediante el uso de dispositivos electrónicos para ser llevados que alerten a los usuarios sobre los peligros y les induzcan a adoptar conductas saludables.

Las nuevas interfaces hombre-máquina, como el reconocimiento de voz, el control por gestos o el seguimiento ocular, también podrían facilitar que los trabajadores utilizaran las TH-TIC mientras se mantienen físicamente activos.

Las TH-TIC móviles permiten trabajar en cualquier parte. Los dispositivos móviles manuales no son ergonómicamente adecuados para ser utilizados durante mucho tiempo y pueden provocar lesiones en las extremidades superiores, el cuello y la espalda. Los hogares, los lugares públicos o los medios de transporte también pueden resultar ergonómicamente inadecuados para el trabajo. Los empresarios no pueden controlar estos entornos ni cómo se trabaja en ellos. Las interfaces controladas por gestos, por la voz o por los ojos podrían mejorar la ergonomía y también hacer el trabajo más accesible a una mayor variedad de personas con determinadas disfunciones físicas o que carezcan de las capacidades necesarias para utilizar los dispositivos actuales. Sin embargo, un uso más frecuente de los gestos, de la voz o de los ojos para tal fin podría acarrear sobrecargas en determinadas partes del cuerpo, lo cual podría ocasionar nuevos tipos de trastornos de salud, como cansancio en los ojos o la voz, o agravarlos.

19. Macías García, M. C.: *Las dolencias cardio y cerebrovasculares. Apuntes y propuestas para su tratamiento preventivo como enfermedades profesionales*, Laborum, Murcia, 2021, p. 153.

Estos interfaces también podrían utilizarse con cascos o mandos, que podrían producir trastornos musculoesqueléticos (TME).

Se puede producir una intensificación del riesgo –la automatización, aunque aparta a los trabajadores de situaciones que implican exposiciones peligrosas, también podría reducirlos únicamente a tareas muy repetitivas, o a las más difíciles, y reducir el margen de variedad y rotación de los puestos de trabajo–. Por ejemplo, podrían quedar limitados a un conjunto de tareas de manipulación manual que requieran de un elevado grado de destreza, lo que podría acarrear un mayor riesgo de trastorno musculoesquelético. Existe una tendencia a la especialización masiva de tareas, por ejemplo, en los procesos de almacenamiento, transporte y distribución del sector minorista. Las tareas más difíciles de automatizar incluyen también actividades de localización de problemas o mantenimiento no planificado, que tienden a ser más peligrosas que las operaciones normales.

Las interfaces hombre-máquina, como las basadas en los gestos, la voz, el seguimiento ocular o las señales cerebrales, podrían ser malinterpretadas por el equipo de trabajo o el proceso objeto de control y dar lugar a pérdida de órdenes de control en la transmisión. Esto podría deberse a insuficiencia en la intensidad de la señal o a interferencias electromagnéticas o maliciosas con la señal. Esta malinterpretación también podría ocurrir debido al uso de dialectos o a la ambigüedad del lenguaje humano. También se podrían enviar órdenes incorrectas si una persona estuviera estresada o distraída. Si los equipos y procesos de trabajo se controlan a distancia, también cabe la posibilidad de que una orden se envíe accidentalmente al equipo o proceso equivocado.

Dado que los controles por gestos, voz, seguimiento ocular y señales cerebrales son más inmediatos que el accionamiento de una tecla podría ser importante que las órdenes críticas para la seguridad incorporasen un medio de confirmación inequívoca antes de ejecutarse. También podrían aumentar los niveles de ruido en los entornos de trabajo, lugares públicos y medios de transporte debido al creciente uso de interfaces controlados por la voz.

Las interfaces hombre-máquina interactivas, directas y de inmersión en tiempo real podrían dificultar considerablemente el hecho de que los trabajadores pudieran hacer una pausa o relajarse. La automatización de los procesos de trabajo también podría hacer que la función de algunos operadores fuera de supervisión, posiblemente de varios procesos en varios lugares diferentes al mismo tiempo, lo que podría incrementar la demanda cognitiva. Una elevada demanda cognitiva continuada puede tener efectos negativos sobre la SST, especialmente sobre la salud mental. También se podrían generar riesgos para la SST por interacciones imprevistas entre las personas y robots, vehículos autónomos o drones, si las expectativas de las personas en relación con cómo debería funcionar la tecnología son incorrectas.

Cuando se diseñan robots, aunque se haga todo lo posible para planificar todos los escenarios imaginables, es imposible prever todas las situaciones y se pueden producir situaciones imprevistas. En última instancia, depende de cómo se utilice el robot (posiblemente de manera incorrecta), de acciones imprevistas

de las personas, de situaciones inesperadas, de la interacción de un software con otro en forma imprevista o de que surja un escenario que no se había tenido en cuenta. Ocurren incidentes, en particular al margen de la operación normal, por ejemplo, durante la instalación, prueba o mantenimiento de los robots. Por lo tanto, es importante considerar todo el ciclo de vida útil de los robots.

La falta de transparencia respecto de cómo la IA –algoritmos– analiza los datos y aprende podría llevar a que se comportase de manera imprevistas e insegura. En el caso de los algoritmos de aprendizaje profundo, no es posible determinar qué factores utiliza el programa para alcanzar su conclusión. Si los trabajadores no entienden cómo funcionan los sistemas, podría resultarles difícil interactuar con ellos correctamente, reconocer cuándo no funcionan bien y saber cómo reaccionar en esos casos. Los trabajadores también podrían padecer estrés si no saben lo que está ocurriendo, qué datos se pueden recoger acerca de ellos y con qué fines.

Puede ocurrir que los trabajadores confíen en las TH-TIC para que les adviertan de los peligros, disminuyendo así su capacidad para detectarlos por sí mismos en caso de que fallen los sistemas. Los dispositivos RV pueden causar en el usuario cinetosis o pérdida de conciencia de su entorno real durante el uso e incluso durante cierto tiempo después.

Los dispositivos RA superponen información generada por ordenador a la realidad, lo que podría provocar que en la situación no fuera tan fácil apreciar información crítica para la SST debido a distracciones, desorientación o sobrecarga de información. Sin embargo, la RA también podría mejorar la conciencia situacional proporcionando información contextual complementaria sobre peligros ocultos, como la presencia de amianto, cables eléctricos o tuberías de gas. La RA puede incorporar instrucciones, lo que podría reducir el error humano, ya que los trabajadores no tendrían que consultar guías externas mientras mantienen las manos ocupadas en la actividad de mantenimiento. Sin embargo, la fiabilidad de la RA depende de que se mantenga el acceso a fuentes de información pertinentes, de la calidad de la información y de si está actualizada o no.

Mención especial requiere la robótica adaptativa, social y emocionalmente inteligente: algunos expertos creen que las mayores ventajas industriales se alcanzarían si las capacidades funcionales y analíticas de la robótica y la IA complementasen las capacidades de los trabajadores que interactúan con ellas. La automatización adaptativa utiliza *software* para controlar a las personas que trabajen con robots, para adaptar la velocidad del proceso y para prevenir sobrecargas. Permite al trabajador mantener el control del proceso y la carga de trabajo, y resulta también en una mayor aceptación de la automatización en el puesto de trabajo. Se debería consultar e implicar a los trabajadores en las estrategias de implementación de las TH-TIC en el centro de trabajo, para mejorar la SST y obtener una mayor aceptación.

Las TH-TIC con frecuencia pueden ser personalizadas por los usuarios. De este modo, pueden resultar más manejables para el usuario que las personaliza, pero no tanto para otros. Si un trabajador tiene que utilizar un dispositivo personalizado por otra persona y, por alguna razón, no vuelve a personalizarlo, esto podría acarrear estrés, daños de tipo ergonómico o errores humanos. La cultura de la personalización

también podría hacer que los equipos de trabajo se utilicen para fines para los que no han sido diseñados. La rápida reconfiguración de los procesos de trabajo en respuesta a las demandas y expectativas de personalización por parte de los consumidores podría hacer que el perfil de riesgo de una fábrica cambiase con frecuencia. Esto podría dificultar la estandarización de procedimientos, las evaluaciones de riesgos y otros aspectos de gestión de la SST.

Se puede producir, también, un ritmo de cambio tecnológico: la presión para incorporar un nuevo diseño al mercado rápidamente podría incrementar el riesgo de que no se detecten defectos de diseño antes de poner el equipo de trabajo en servicio, de manera que pudiera fallar de manera impredecible y peligrosa. Un ritmo de cambio tecnológico avanzado podría provocarles problemas relacionados con la salud mental o la exclusión del trabajo de buena calidad a aquellas personas incapaces de adaptarse a los cambios o las novedades constantes (lo que a veces se conoce como “tecnoestrés”).

Si los trabajadores, por sus capacidades, no pueden soportar el ritmo de cambio, ello podría tener consecuencias para la SST como consecuencia del error humano. Si el ritmo de cambio tecnológico es elevado, también podría resultar problemático mantener actualizadas la investigación y la regulación de la SST.

Se produce una mezcla de lo antiguo y lo nuevo: pueden producirse riesgos para la SST durante la transición de la tecnología antigua a la nueva cuando ambas están en servicio. La infraestructura diseñada para la tecnología antigua puede no ser adecuada para la nueva y, en consecuencia, podría introducir riesgos imprevistos para la SST. Si los trabajadores tienen que interactuar de manera diferente con la tecnología antigua y con la nueva, podrían formarse ideas erróneas y peligrosas sobre cómo se comportará la tecnología. También existe el riesgo de confusión y de uso accidental de los procedimientos equivocados si las versiones antigua y moderna están vigentes al mismo tiempo. Por consiguiente, será esencial una comunicación clara.

El uso de los macrodatos para mejorar la SST conlleva una mayor capacidad de computación que permite que el aprendizaje automático y la IA clasifiquen y analicen, a gran velocidad, la ingente cantidad de datos recopilados por la supervisión de sistemas cada vez más complejos. Esto puede facilitar la comprensión de los problemas relativos a la SST, la toma de mejores decisiones en materia de SST y la predicción de los problemas de SST antes de que ocurran, así como intervenciones más oportunas y eficaces. Incluso puede facilitar que las empresas demuestren el cumplimiento de las normas de SST, y que las inspecciones laborales investiguen los incumplimientos.

La integración de dispositivos de control móviles miniaturizados en los EPP podría hacer posible el seguimiento en tiempo real de sustancias peligrosas, niveles de ruido, vibración, temperatura, malas posturas, niveles de actividad o una serie de signos vitales biológicos. Nuevos tipos de analíticas de datos que permiten realizar análisis en tiempo real basados en flujos de macrodatos pueden facilitar la toma de decisiones autónomas.

Esto podría utilizarse para lanzar alertas tempranas de exposiciones nocivas, problemas de salud, fatiga y estrés. En ese momento se podría prestar asesoramiento personalizado en tiempo real para determinar el comportamiento del trabajador con el fin de mejorar su seguridad y salud. También se podría cotejar información para detectar dónde hacen falta intervenciones de SST a escala organizativa. No obstante, se precisarían sistemas y estrategias eficaces, así como decisiones éticas, para gestionar la gran cantidad de datos personales sensibles que se podrían generar. Un fallo de funcionamiento, o la generación de datos o indicaciones incorrectos, podría causar lesiones o problemas de salud.

La integración e interconectividad podrían tener efectos en materia de SST desaconsejables y poco conocidos. Podría producirse un fallo en cascada debido a los altos niveles de interconexión e interdependencia de las TH-TIC. Todo ello hace difícil evaluar la fiabilidad y seguridad de la IA y el aprendizaje automático. El impacto a corto plazo de la IA depende de quién la controle. A largo plazo, el impacto dependerá de hasta qué punto se pueda controlar.

Los componentes falsificados: podrían estar disponibles en mayor medida a raíz de la creciente facilidad de manejo y disponibilidad de las impresoras 3D. Esto podría causar fallos peligrosos en los equipos de trabajo después de las tareas de mantenimiento o reparación.

La existencia de campos electromagnéticos (CEM): la exposición podría aumentar tanto en duración como en intensidad si las redes wifi 5G y la carga sin contacto de TH-TIC móviles estuvieran más extendidas. Las interfaces cerebrales directas también podrían exponer a los trabajadores a campos electromagnéticos más potentes.

Las TH-TIC pueden facilitar que se trabaje en cualquier momento y lugar. Esto podría dar lugar a que se desdibujasen los límites entre la vida laboral y personal de los trabajadores, tanto en lo que respecta a su actividad como a su seguridad y salud, incluidos efectos negativos sobre su salud mental y bienestar.

El hecho de que las TH-TIC permitan trabajar en cualquier momento podría acarrear la necesidad, real o percibida, de estar disponible todo el día durante todos los días (24/7). Por ejemplo, puede que sea necesario trabajar con compañeros en un huso horario diferente. También preocupa la posibilidad de padecer adicción a los dispositivos móviles y portables, de modo que el usuario sufra de ansiedad severa cuando se separe del dispositivo o si este deja de funcionar: esto recibe el nombre de adicción digital, ansiedad por separación, síndrome del “temor a perderse algo” y nomofobia, y podría agravarse a medida que este tipo de dispositivos estén más extendidos y sean más avanzados y necesarios para el trabajo o para la vida en general. La disponibilidad 24/7 podría tener efectos para la SST parecidos a los del trabajo a turnos, como el riesgo de cáncer –sobre todo si el trabajo es nocturno–, diabetes y enfermedades cardiovasculares²⁰.

20. Macías García, M. C.: *El infarto de miocardio derivado de la organización del tiempo de trabajo: el nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020, p. 85.

Puede que algunos trabajadores consideren que estar disponibles 24/7 es un síntoma de éxito, pero ello genera, no obstante, problemas de salud, estrés o agotamiento profesional.

También aparecen los métodos de gestión digitalizados, incluida la gestión algorítmica: los algoritmos informáticos coordinan y supervisan cada vez más el trabajo y, en el futuro, la dirección de los trabajadores podría depender en gran medida de la IA. Los métodos de gestión digitalizados se caracterizan, entre otras cosas, por el uso de macrodatos y la distribución algorítmica del trabajo; por el uso de la analítica de personas, como la elaboración de perfiles digitalizados, en la gestión de recursos humanos; por el seguimiento del bienestar y la productividad, así como el análisis de tono y sentimiento; y por el uso de los datos acumulados para tomar decisiones, por ejemplo, sobre la distribución del trabajo y del centro de trabajo, las evaluaciones de rendimiento, o incluso las contrataciones y los despidos²¹.

En consecuencia, los trabajadores pueden perder el control sobre el contenido, el ritmo y la planificación del trabajo, así como sobre el modo en que llevan a cabo su trabajo. Esto se asocia al estrés laboral, a problemas de salud y bienestar, a una baja productividad y a un incremento de las bajas por enfermedad y podría motivar en los trabajadores comportamientos de riesgo a nivel preventivo cuando se produzca una contraposición entre SST y productividad. Si se informa a los trabajadores de cuál es su rendimiento en comparación con el de otros –o quizá con el de las máquinas–, podría generarse presión sobre el rendimiento, ansiedad y baja autoestima. Sin embargo, nuevos tipos de algoritmos analíticos/inteligentes combinados con el acceso a grandes conjuntos de datos también podrían facilitar una supervisión más efectiva de la SST en tiempo real y un mejor conocimiento de los riesgos para la SST en general.

El uso de las TH-TIC podría provocar un desajuste entre las capacidades físicas y cognitivas de los trabajadores y las demandas laborales. Esto podría ocurrir en el trabajo con robots colaborativos, IA o sistemas automatizados diseñados para lograr la máxima productividad sin tener debidamente en cuenta su impacto sobre los trabajadores. Si el trabajo está supervisado por IA, puede contener algoritmos integrados de mejora continua: lo que se ha dado en llamar “el látigo digital”.

Es posible que los trabajadores se vean presionados a rendir con la misma velocidad y eficiencia que la máquina. También es posible que esa presión se ejerza sobre el rendimiento cuando las plataformas de trabajo de internet recompensen la rapidez, cuando exista incertidumbre acerca de cuándo estará disponible la siguiente pieza o cuando se penalice no aceptar trabajo, de manera que los trabajadores acepten nuevas tareas cuando ya estén ocupados con otras.

Los dispositivos de seguimiento digitales, móviles, portables o integrados (en la ropa o en el cuerpo), que son utilizados por la IA o por los responsables humanos para controlar a los trabajadores permanentemente, pueden tener efectos negativos

21. Incluso un algoritmo puede llegar a advertir de posibles falsedades presentes en los CV por los términos utilizados. Baz Tejedor, J. A.: “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”, en Baz Rodríguez, J. (dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer-Bosch, Las Rozas, 2021, p. 339.

para su salud y bienestar si los trabajadores creen que deben cumplir objetivos de rendimiento muy exigentes, si tienen que ajustarse a un comportamiento previsto al que no se ajustarían naturalmente, si no pueden mantener interacciones sociales o hacer pausas cuando lo deseen, o si se invade su privacidad. Esto podría incluir la vigilancia de su localización exacta, qué estén haciendo, sus síntomas vitales e indicadores de bienestar mental.

Los empresarios podrían además fomentar o exigir que se lleven los dispositivos durante el tiempo de ocio, para medir los patrones de sueño y los niveles de ejercicio, basándose en su posible vinculación con la productividad y buenos comportamientos preventivos. Las interfaces directas cerebro-máquina pueden recopilar gran cantidad de información adicional sobre pensamientos personales y señales de control.

La supervisión constante puede causar estrés y ansiedad, especialmente si se combina con una falta de control (real o percibida) del ritmo y plan de trabajo o con inseguridad laboral, y, sobre todo, si no existe información o conocimiento de los datos que se recopilan, cómo se utilizan y con qué fin. También pueden plantearse problemas relacionados con la protección/privacidad de los datos, con la malinterpretación de los datos cuando se comparen sin tener en cuenta el contexto o los datos cualitativos, y con el mal uso de los datos para discriminar a algunos trabajadores.

Otra cuestión es la ética del proceso decisorio mediante IA: cuantas más personas trabajen con máquinas IA capaces de tomar decisiones más autónomas, mayor relevancia adquirirán las cuestiones éticas. Serán cuestiones esenciales si este tipo de sistemas siempre toman mejores decisiones que los humanos, si son capaces de tomar decisiones éticas –y, en tal caso, quién y qué debe determinar en qué deben basarse tales decisiones– y si un trabajador debe aceptar o de hecho aceptará decisiones e instrucciones de una máquina IA, aunque esté en desacuerdo. La transparencia y la ética de las decisiones tomadas por algoritmos y máquinas de IA afectarán a la confianza y aceptación de dichos sistemas por los trabajadores, así como a sus niveles de estrés y otros aspectos de su salud mental.

La tendencia a controlar los procesos y dispositivos de trabajo y la comunicación entre los mismos a través de internet (o tecnología GPS, redes inalámbricas, etc.) significa que existe la posibilidad de que piratas informáticos traten de tomar su control. Los trabajadores que utilicen sus propios dispositivos TIC para trabajar podrían complicar la ciberseguridad debido a la variedad de dispositivos –que pueden no ser seguros– conectados a las redes de trabajo.

El creciente uso de las redes sociales con fines laborales también podría generar un riesgo para la ciberseguridad, ya que las redes sociales sufren ciberataques periódicamente. La informática cuántica, que podría estar muy extendida para 2025, podría teóricamente descifrar cualquier encriptado de seguridad actual. Esto podría comprometer la SST, ya que los piratas podrían atacar infraestructuras críticas, tomar el control de los dispositivos para que se comporten de maneras inesperadas y peligrosas, denegar el acceso a datos esenciales, o robar o corromper datos personales o datos sensibles/críticos de SST.

III. APLICACIÓN DE LA IA A LA PREVENCIÓN DE ACCIDENTES. ESTUDIOS DE EJEMPLOS PRÁCTICOS

A pesar o aun con todo lo descrito anteriormente, podría parecer que la IA se aplica o tiene un uso eficaz y eficiente a la prevención de accidente de trabajo. Sin embargo, un acercamiento a distintas entidades tanto públicas como privadas nos hace plantearnos esa cuestión. Para ello vamos a exponer en este epígrafe alguna de las distintas iniciativas al respecto que se están llevando a cabo.

Una incursión realizada en la página del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo nos hace detenernos en la campaña denominada “Tu vida, sin vuelcos”²² que está inserta en el Plan Nacional de Sensibilización en Prevención de Riesgos Laborales en el Sector Agrario. Entre los objetivos de esta campaña encontramos el fomento del uso seguro del tractor y el aumento del número de tractores provistos de estructura de protección en caso de vuelco (ROPS) y de cinturón de seguridad, a través de la concienciación respecto de vuelco y a los posibles daños ocasionados por este tipo de accidentes.

Además, se acordó que la primera campaña del Plan de Sensibilización se centrara en el vuelco de tractor, principal agente material asociado al accidente en jornada laboral en las actividades agraria y ganadera. Pues bien, el uso de la IA, realidad virtual y/o informática aplicada a la prevención de riesgos la encontramos en Segutractor²³. Esta APP es un simulador de conducción de tractor destinado a formar en la conducción segura y en el uso adecuado de las medidas de protección, concienciando acerca del riesgo de accidente por vuelco y reforzando las conductas seguras.

Esta aplicación permite seleccionar y combinar diferentes tipos de tractor y apero para experimentar el efecto del conjunto sobre la estabilidad, así como practicar en escenas de entrenamiento que recogen diferentes situaciones peligrosas y en un circuito en terreno agrícola, para verificar las lecciones aprendidas. Se genera un informe de resultados que indica el número de veces que se ha volcado o se ha estado en situación de riesgo de vuelco y la puntuación obtenida.

El Instituto Vasco de Seguridad Laboral²⁴ hace referencia a Ludus²⁵ que ha desarrollado la primera plataforma en el mundo para la formación con realidad virtual en materias de seguridad y salud entre las que destacamos:

- Realidad virtual en riesgos en planta, orientada a explicar las medidas de seguridad en plantas industriales. Pretende detectar los distintos riesgos en zonas importantes de una planta y aprender a realizar distintas labores de forma segura y evitando esos riesgos. Conocer las medidas de seguridad, los equipos de protección necesarios y concienciar al trabajador sobre su uso en entornos

22. <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/tu-vida-sin-vuelcos>.

23. <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/app-segutractor>.

24. <https://www.osalan.euskadi.eus/2021/realidad-virtual-aplicada-a-la-formacion-en-seguridad-y-salud-en-el-trabajo/s94-contresu/es/> (consulta: 10 de octubre de 2021).

25. <https://ludusglobal.com/> (consulta: 10 de octubre de 2021).

industriales. Poner a prueba de una forma realista y segura los conocimientos adquiridos por el trabajador.

- Realidad virtual en trabajos en altura, orientado tanto al aprendizaje de medidas de seguridad y prevención como a su puesta en práctica en situaciones realistas. La simulación tiene varios ejercicios que cubren los distintos tipos de sistemas anticaídas y situaciones peligrosas. Pretende que los trabajadores aprendan a realizar distintas labores en altura de forma segura y evitando riesgos. Conocer diferentes situaciones de riesgo, utilizar e inspeccionar de forma correcta los distintos tipos de sistemas anticaídas.

Poner a prueba al trabajador en relación con los conocimientos adquiridos a través de ejercicios prácticos, tanto autónomos y supervisados.

- Realidad virtual en riesgos eléctricos, orientado a la concienciación y entrenamiento de la toma de decisiones respecto a estos riesgos en entornos industriales. La simulación sirve tanto para concienciar sobre los riesgos mediante la experimentación de accidentes, como para poner a prueba al usuario en relación con evitar dichas situaciones de riesgo. Pretende entender los principales riesgos relacionados con trabajar con equipos con cargas eléctricas. Poner a prueba los conocimientos adquiridos a través de ejercicios prácticos, siguiendo las indicaciones de seguridad. Tomar decisiones de forma segura utilizando los equipos necesarios a la hora de trabajar con cargas eléctricas.
- Realidad virtual para espacios confinados, orientado a instruir y evaluar a los operarios en la operativa y principales riesgos relacionados con los espacios confinados. La formación sirve para explicar el procedimiento, tanto en preparación y como ejecución de una tarea en espacios confinados. Podrá consultar los errores cometidos al finalizar el ejercicio, sirviendo como evaluación de la comprensión de los contenidos. Pretende dar a conocer los principales riesgos relacionados.
- Realidad virtual en plataformas elevadoras, orientada a concienciar y dar a conocer los principales riesgos en el uso de plataformas elevadoras. La simulación ofrece diferentes situaciones de riesgo que el alumno experimentará en primera persona, para después responder a preguntas relacionadas con esta experiencia. Pretende reflexionar sobre los riesgos de usar una plataforma elevadora incorrectamente. Gracias al conocimiento de las medidas de seguridad, los equipos de protección necesarios y señalización, el usuario podrá prevenir en el futuro posibles accidentes. Poner a prueba al alumno con relación a los conocimientos adquiridos, sin correr riesgo alguno.
- Realidad virtual en seguridad en construcción, orientada a entrenar las capacidades de detección de situaciones de riesgo en el ámbito de la construcción. La simulación cubre un amplio espectro de riesgos y accidentes relacionados con equipos de protección, normas generales de seguridad y señalización. Pretende identificar las diferentes situaciones de riesgo y normas de seguridad a seguir en la construcción. Conocer tanto las medidas de seguridad, los equipos de protección necesarios y señalización, como las consecuencias de no seguir

estas normas. Poner a prueba de forma realista y segura los conocimientos adquiridos por el alumno.

También algunas otras entidades²⁶ como la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social Asepeyo²⁷ tiene un apartado dedicado a la realidad virtual en seguridad y salud.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

La inteligencia artificial desde sus inicios se ha mostrado como un aliado para facilitarnos la vida, y su aplicación se ha adecuado de forma paulatina a distintas áreas de nuestro día a día, como se ha tenido ocasión de exponer.

Sin embargo, ese proceso de “aprendizaje” implícito presenta determinados obstáculos, no solo de carácter éticos y morales, sino también de carácter procedimental y operacional, como queda expuesto por el informe prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo, para su total integración cuestiones que se supone se verán resueltas con el paso del tiempo y la investigaciones y estudios que a ello se dediquen.

A tenor de lo expuesto y de los avances que se han experimentado, tanto la IA como su propia aplicación, hay que señalar que esta tiene nula o poca aplicación en procesos de prevención e identificación de accidentes de trabajo. De los casos estudiados y analizados ninguno de ellos utiliza la IA como elemento principal y configurador. Así la IA en la actualidad no tiene aplicación de forma relevante en la seguridad y salud en el trabajo.

Esta rotunda afirmación no es óbice para poner en valor determinados programas y herramientas digitales destinados a la formación, identificación y valoración de accidentes de trabajo. Los ejemplos expuestos anteriormente son referidos, en su mayoría, a la realidad virtual. Esta representa, sin duda, una potente herramienta que aún está poco implantada en la actualidad. La oportunidad de sentir el riesgo de forma real, el impacto que supondría sobre el trabajador la posibilidad de experimentar una caída, un ahogamiento, asfixia, etc. no debería infravalorarse. Por ello, abogamos por una mayor divulgación de estos dispositivos que, sin duda, favorecerán la prevención de riesgos laborales en la empresa, para dar así cumplimiento a uno de los principios de la acción preventiva recogidos en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, como es tener en cuenta la evolución de la técnica²⁸.

En cualquier caso, y como decía Werner von Siemens, “la prevención de accidentes no debe ser considerada como una cuestión de legislación, sino como un deber ante los seres humanos, y como una razón de sentido económico.”

26. <https://www.preving.com/formacion-con-realidad-virtual-en-prl/> (consulta: 10 de noviembre de 2021).

27. <https://www.asepeyo.es/blog/seguridad-laboral/realidad-virtual-para-prevenir-riesgos-laborales/> (consulta: 15 de noviembre de 2021).

28. La LPRL es de carácter preventivo. Aguilar del Castillo, M. C.: “El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020, p. 267.

Bibliografía

- Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo: *Estudios prospectivo sobre riesgos nuevos y emergentes para la seguridad y salud en el trabajo asociados a la digitalización en 2025*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018.
- Aguilar del Castillo, M. C.: "El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020.
- Álvarez-Esteban, P. C.; Barrio, E.; Rueda O. M.; Rueda, C.: "Predicting COVID-19 progression from diagnosis to recovery or death linking primary care and hospital records in Castilla y León (Spain)", *PLoS ONE*, 16(9): e0257613, 2021 (DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0257613>).
- Baz Tejedor, J. A.: "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible", en Baz Rodríguez, J. (dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Wolters Kluwer-Bosch, Las Rozas, 2021.
- Cañedo Andalia, R. y Guerrero Pupo, J. C.: "Gideon: una joya entre los recursos de información sobre enfermedades infecciosas en el Web", *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, vol. 18, núm. 4, 2008, 2020.
- Collins, L.: *Análisis de personas: recalcular la ruta*, Deloitte Insights, 2017.
- García Armada, E.: *Robots*, CSIC, Madrid, 2015.
- González, R.: "El test de Turing: dos mitos, un dogma", *Revista de Filosofía*, vol. 63, núm. 1, 2007.
- Jansen, A.: *Riesgos emergentes para la seguridad en el lugar de trabajo; trabajando en el mismo espacio que un cobot*, 2018.
- López de Mántaras Badia, R.: "El traje nuevo de la inteligencia artificial", *Investigación y Ciencia*, núm. 526, 2020.
- López de Mántaras Badia, R. y Meseguer González, P.: *Inteligencia artificial*, CSIC, Madrid, 2017.
- Macías García, M. C.: *El infarto de miocardio derivado de la organización del tiempo de trabajo: el nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2020.
- Macías García, M. C.: *Las dolencias cardio y cerebrovasculares. Apuntes y propuestas para su tratamiento preventivo como enfermedades profesionales*, Laborum, Murcia, 2021.
- Rouhiainen, L.: *Inteligencia Artificial, 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*, Alianza Editorial, Barcelona, 2018.



Impacto de la IA y la robótica en la atención sociosanitaria

IMPACT OF AI AND ROBOTICS ON SOCIAL AND HEALTH CARE

María Fátima Poyatos Chacón

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fpoyatos@uma.es 0000-0001-5755-9559

Recibido: 22.12.2021 | Aceptado: 09.03.2022

RESUMEN

En el actual contexto sociosanitario, el envejecimiento, el problema de la soledad no deseada, los modelos emergentes de familias y convivencias, así como su repercusión en las formas de cuidados, aportan un nuevo carácter de atención al Sistema de cuidados contemplado bajo una filosofía integradora, de corresponsabilidad y centrada en la persona. En este entorno social, es conveniente reafirmar la necesidad de fortalecer con un nuevo modelo el Sistema, donde el objetivo estaría fijado en alcanzar alternativas eficaces de atención asistencial que aporten soluciones a demandas emergentes y a nuevos desafíos laborales. La innovación se asienta como base de los sistemas productivos, pero también hace referencia al papel que juega la globalización, los trabajos centrados en las capacidades de las personas apostando por la formación, y el trabajo sostenible y decente. Al hilo de estas cuestiones, la atención sociosanitaria del futuro con el impacto de la IA y la robótica no podía ser menos.

ABSTRACT

In the current socio-sanitary context, aging, the problem of unwanted loneliness, the emerging models of families and coexistence, as well as their impact on the forms of care, contribute a new character of care to the Care System contemplated under an integrative philosophy, of co-responsibility and centered in the person. In this social environment, it is convenient to reaffirm the need to strengthen the System with a new model, where the objective would be set to achieve effective alternatives for care that provide solutions to emerging demands and new job challenges. Innovation is established as the basis of productive systems, but it also refers to the role that globalization plays, work focused on people's capacities by betting on training, and sustainable and decent work. In line with these issues, the social health care of the future with the impact of AI and robotics could not be less.

PALABRAS CLAVE

Algoritmo
Cuidador familiar
Interoperabilidad
Robot sociosanitario
Sistema ciberfísico

KEYWORDS

Algorithm
Family caregiver
Interoperability
Socio-health robot
Cyber-physical system

SUMARIO

- I. LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA COMO HORIZONTE PARA EL TRABAJO DEL FUTURO
 - II. UN ENTORNO SOCIOSANITARIO INMERSO EN RECIENTES COYUNTURAS ACOMPAÑADO DE DESAFÍOS PROFESIONALES
 - III. VISIONES EMERGENTES: UN NUEVO MODELO TECNOLÓGICO-DIGITAL PARA LA RED DE SERVICIOS SOCIOSANITARIOS
 - A. Los procesos de digitalización plantean beneficios, a la vez que preocupaciones para la atención sociosanitaria
 - B. Nuevas herramientas y estructuras tecnológicas digitales para la prestación de servicios
 1. *Los dispositivos inteligentes*
 2. *La arquitectura nube, los datos a gran escala y la transferencia de información*
 3. *Sistemas ciberfísicos: internet de las cosas (IOT, INTERNET OF THINGS)*
 - IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA ROBÓTICA
 - A. El efecto de la IA y la robótica en el desarrollo de tareas de los profesionales de la atención sociosanitaria: tareas de colaboración o tareas de sustitución
 - B. Otros efectos en las relaciones laborales de la profesión de los cuidados
 - V. A MODO DE CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA COMO HORIZONTE PARA EL TRABAJO DEL FUTURO

Responder a los desafíos que plantea la atención sociosanitaria requiere un cambio en el conjunto del Sistema hacia un nuevo modelo de cuidados sociales y sanitarios que nos permita progresar hacia una nueva era.

Esta tendencia emergente de los cuidados asienta sus bases en la innovación de la atención, propiciando transformaciones de gran potencialidad en los servicios sociosanitarios, tanto en el contexto de las relaciones laborales del sector profesional como en el propio conjunto de atenciones que puedan recaer sobre las personas mayores y dependientes.

En un contexto convencional, los criterios para consolidar y reforzar la innovación vienen ya establecidos en la política de I+D+I de la Unión Europea¹ y apoyada por nuestro país en la realización de sus propósitos con la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2021-2027².

1. Artículos 179 a 190 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010), como instrumento principal de la política de Investigación y Desarrollo Tecnológico (IDT) de la Unión; el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo, adoptan los programas marco de IDT estableciendo de forma temporal objetivos, prioridades, y marco financiero de ayudas en materia de investigación y desarrollo tecnológico; y Reglamentos (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo núm. 1291/2013 de 11 de diciembre de 2013 (DOUE L 347/104, de 20 de diciembre de 2013), que deroga la Decisión núm. 1982/2006/CE, y núm. 241/2021 de 12 de febrero de 2021 (DOUE núm. 57, de 18 de febrero de 2021).

2. La EECTI 2021-2027, es el instrumento de base para consolidar y reforzar el Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI) en los próximos siete años. Está diseñada para facilitar la articulación de nuestra política de I+D+I con las políticas de la Unión Europea. Igualmente pretende promover la coordinación entre la planificación y programación Estatal y Autonómica. <https://www.ciencia.gob.es/Estrategias-y-Planes/Estrategias/Estrategia-Espanola-de-Ciencia-Tecnologia-e-Innovacion-2021-2027.html> (acceso: 10 de noviembre de 2021).

La OIT con motivo de la celebración de su centenario en 2019³, como parte de sus preparativos, cautivó la atención de los estados miembros asistentes con siete iniciativas que aportan dirección estratégica, propósito y contenido a su trabajo y a su mandato. Es concretamente en su primera iniciativa donde hace referencia al futuro del trabajo a través del informe de la Comisión Mundial de la OIT: trabajar para un futuro más prometedor; en este informe reflexiona sobre cómo alcanzar “un mejor futuro de trabajo para todos, en un momento en que experimentamos cambios sin precedentes y grandes desafíos en el mundo del trabajo”⁴.

Merece ser destacado del informe de forma más concreta determinadas recomendaciones al hilo de esta primera iniciativa, entre ellas: trabajar en la gestión del cambio tecnológico para favorecer el trabajo decente, incluyendo la mejora en los Sistemas de gobierno internacionales y de las plataformas digitales de trabajo; mayores inversiones en las economías e incentivos a las empresas, especialmente en las de la economía del cuidado como yacimiento de empleo; la protección del derecho universal al aprendizaje permanente que permita que las personas se formen y que adquieran nuevas competencias mejorando sus cualificaciones, entre ellas la apuesta por las competencias digitales; una protección social garantizada desde el inicio de la vida y hasta la vejez, donde se atiendan las necesidades de las personas en todas sus etapas; trabajar por una agenda transformadora a favor de la igualdad de género; así como un empleo universal donde se reconozcan los derechos fundamentales de los trabajadores, se garantice un salario digno con horas de trabajo limitadas y lugares de trabajo seguros y saludables.

Además, el informe advierte de los cambios demográficos que se están produciendo, guiándonos hacia un futuro social envejecido, y la importancia de contribuir en la búsqueda de una respuesta colectiva a escala mundial ante la repercusión de tal factor en el mundo del trabajo.

Respecto a la innovación, la inteligencia artificial, la automatización y la robótica darán lugar a una pérdida de empleos, en la medida que determinadas competencias se volverán obsoletas, aunque a la vez estos mismos avances tecnológicos crearán nuevos empleos siendo aprovechados como oportunidades, y que mejorarán la calidad de vida de las personas trabajadoras.

Por otro lado, en la Estrategia española 2021-2027, la innovación y la digitalización deben ser el centro de atención de las iniciativas empresariales nacionales y de las propuestas de los sectores públicos con el fin de aproximar la ciencia al progreso económico y social actual, así como para responder a los planteamientos de la Agenda 2030⁵ como políticas prioritarias de la Unión Europea.

3. Resolución sobre la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo adoptada el 21 de junio de 2019. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en su 108.ª reunión.

4. OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, pp. 1-88.

5. La Asamblea General de la ONU adopta la Agenda 2030 para alcanzar el Desarrollo Sostenible, donde la erradicación de la pobreza mundial es su mayor desafío. Entre sus 17 objetivos con sus 169 metas abarcan esferas como la económica, la social o la ambiental, y es en el objetivo número 9 sobre la construcción de infraestructuras resilientes, la promoción de la industrialización sostenible y el fomento de la innovación, donde apuesta por la inversión en investigación y desarrollo I+D.

Para alcanzar este objetivo, y como desafío, la Estrategia pretende dar respuesta a determinados sectores estratégicos⁶ que serán decisivos para la promoción de la I+D+I y para la transferencia de conocimiento, afectando a todo el tejido empresarial español.

De los seis sectores estratégicos, y en referencia al tema de análisis que nos compete sobre la atención a los cuidados, al menos cuatro de ellos influyen directamente con miras hacia la transformación e innovación, entre ellos: la salud (afectando a las nuevas terapias, el diagnóstico preciso, y envejecimiento), la sociedad inclusiva y la seguridad para la sociedad (entre ellos aspectos tales como la desigualdad, la protección de la sociedad y ciberseguridad), el nuevo mundo digital (son elementos decisivos la inteligencia artificial (IA), internet de la próxima generación, la robótica o las nuevas redes de comunicación) y, por último, la sostenibilidad.

Por tanto, aprovechando tales recomendaciones, en base al marco convencional europeo y nacional, se trataría de evolucionar hacia un modelo innovador que nos permita avanzar respecto de una fase anterior, que abra nuevos horizontes en el ejercicio profesional de los cuidados y de la atención sociosanitaria, examinando el Sistema actual (ya obsoleto), para corregir sus imperfecciones, y aportar calidad innovadora a las demandas de esta nueva generación de personas en situación de dependencia, así como a las demandas de las personas cuidadoras.

II. UN ENTORNO SOCIO SANITARIO INMERSO EN RECIENTES COYUNTURAS, ACOMPAÑADO DE DESAFÍOS PROFESIONALES

De cara a un futuro próximo, el escenario demográfico plantea importantes retos profesionales para la atención sociosanitaria. Uno de estos retos es el progresivo aumento de la esperanza de vida, derivado de las mejoras en las condiciones sanitarias y del empeño en la búsqueda de un envejecimiento activo y saludable⁷, el cual, a su vez, genera de manera irremediable una estructura de población de edad avanzada que suma años de vida e incorpora, a medio y largo plazo, posibles situaciones de discapacidad o dependencia.

Resolución A/RES/70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (acceso: 10 de noviembre de 2021).

6. Los sectores estratégicos nacionales están detallados en el cuerpo de la Estrategia, en el Anexo II.

7. OMS: *Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030. 2ª Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Naciones Unidas, Nueva York, 2002, p. 6, se trata del segundo plan de acción de la Estrategia mundial de la OMS sobre el envejecimiento y la salud A73/INF. /2 de 5 de mayo de 2020, que desarrolla el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de las Naciones Unidas, y se ajusta al calendario de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en: <https://www.who.int/es/initiatives/decade-of-healthy-ageing> (acceso: 25 de noviembre de 2021).

La Asamblea General, en su resolución 57/167, hizo suya la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002) (Naciones Unidas, 2013); y en su resolución 58/134 (Naciones Unidas, 2004a) reconoció la guía general para la aplicación del Plan. Los esfuerzos para aplicar el Plan de Acción de Madrid contribuirán a acelerar los progresos hacia la consecución de la Agenda 2030. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/notas/cuarto-examen-evaluacion-la-aplicacion-plan-accion-internacional-madrid-envejecimiento> (acceso: 25 de noviembre de 2021).

Este *envejecimiento social* venidero, que apareja un posible aumento de las necesidades de apoyo socio-sanitario, conlleva la manifestación de un fenómeno social que ya fue calificado por el gerontólogo estadounidense Robert Butler (1975) como “edadismo o discriminación por razón de edad”⁸, coincidiendo tal discriminación con las personas mayores de 65 años que se acercan al final de su vida laboral y a su jubilación; es en este momento cuando la persona mayor empieza a representar un problema social, pues se asocia el envejecimiento, a la pérdida de autonomía e independencia, a la demanda progresiva de cuidados, al aislamiento y además supone una amenaza para el Sistema de protección social y de las pensiones considerándolos como una carga para el Estado. Por tanto, las implicaciones para las personas mayores y para la sociedad en general son negativas, por la *carga* socio-sanitaria y económica que supone.

Sin embargo, y rompiendo con la idea anterior, hoy en día nos encontramos con un colectivo de personas entradas en años que en su mayoría son autónomas y que cuentan con recursos y capacidades autosuficientes. Además, tal y como establece la OMS en la estrategia *Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030*, y como valor añadido, “la utilización de las innovaciones tecnológicas, científicas, los nuevos tratamientos médicos, y la tecnología socioasistencial, favorecerán un envejecimiento saludable y de calidad”⁹.

Sin dejar a un lado el concepto de edadismo, cruzándolo con otra categoría social como es el *género*, se aprecia una doble discriminación que no hay que dejar de mencionar, por lo que, según la OMS, “las mujeres mayores, son víctimas de una discriminación amplificada por efecto del sexismo”¹⁰.

Por tanto, es interesante resaltar cómo en la estrategia de la Década del Envejecimiento Saludable, se propone optimizar las capacidades de las personas mayores con repercusión en sus familias y en la comunidad, mediante la acción en cuatro ámbitos de transformación: “por un lado cambiando la forma en que pensamos, sentimos y actuamos frente al envejecimiento; segundo, desarrollando comunidades que fomenten las habilidades de las personas mayores, entre ellas las habilidades tecnológicas como factor integrador; un tercer ámbito de actuación viene a prestar una atención integral y de servicios de salud que respondan a las necesidades actuales de las personas mayores; y, por último, resalta una propuesta de actuaciones que respondan a los cuidados de larga duración para aquellas personas mayores que lo necesiten”¹¹.

En relación a este envejecimiento social esperado, existe otra circunstancia de atención compleja que está empezando a representar un desafío de gran actualidad para los cuidados socio-sanitarios.

8. Butler, R. N.: *Why Survive? Being Old in America*, Harper & Row, New York, 1975, p. 496. En sentido similar se encuentra el trabajo del Observatorio de Personas Mayores del IMSERSO: “Edadismo en Estados Unidos”, *Boletín sobre el envejecimiento perfiles y tendencias*, vol. 1, núm. 40, 2009, p. 11.

9. OMS: *Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030. 2ª Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, ob. cit., p. 6.

10. *Ibíd.*, p. 3. Los efectos de la discriminación por la interrelación de edad y género se manifiestan en fenómenos que tienen a las mujeres mayores como protagonistas de casos de exclusión, baja autoestima, mala salud, maltrato y violencia de género. Recuadro 3. La inequidad en relación con el envejecimiento saludable, especialmente en las mujeres mayores.

11. *Ibíd.*, p. 9.

Nos referimos a la *soledad no deseada*: “la población envejece y aumenta, los hogares se transforman en unipersonales, y son sobre todo las mujeres mayores de ochenta años y de nivel educativo bajo los que los frecuentan”¹². El impacto de la soledad no deseada, sobre todo en la salud de las personas mayores, es cada vez más evidente, agravando desde un punto de vista físico las dificultades de movilidad para el desempeño de las actividades de la vida diaria, o afectando al sistema inmune y cardiovascular. Igualmente, desde un punto de vista psicológico, provoca problemas de sueño, ansiedad o depresión, y deteriora de forma precoz el sistema cognitivo. Se anexa por tanto este tipo de soledad a una peor calidad de vida y conlleva a un mayor riesgo de mortalidad¹³. Es por lo que esta *soledad no elegida* está ganando protagonismo en las agendas políticas de los países, y se está convirtiendo en un problema sociosanitario de carácter público¹⁴. Tómese como ejemplo la creación de un Ministerio de la Soledad en Gran Bretaña como resultado de situaciones límite de personas con nulas redes sociales, sin familiares y con otros problemas asociados¹⁵.

Es claro que la agudeza del problema está tomando conciencia social y visibilidad, por lo que son en estos momentos las instituciones las que deben abordar el problema desde un punto de vista social a través de un cambio estructural en el Sistema, y basado en una intervención interdisciplinar.

A estos factores reseñados hasta ahora, y de forma sutil, se han ido sumando otros determinantes sociales definidos como los *nuevos modelos y roles familiares*, que ya desde hace tiempo venían desafiando a los cuidados y al Sistema de atención sociosanitario. En una sociedad con precipitados cambios como la que estamos viviendo, la economía de los cuidados genera demanda, y la provisión de servicios en el entorno familiar asumido tradicionalmente por mujeres (tras su incorporación al mercado laboral) va dejando paso a un modelo de atención profesionalizado; en este contexto, no hay que dejar atrás los nuevos modelos de familia y de convivencias, o los entornos desprotegidos con mayor número de población con edad avanzada, como pueden ser las zonas rurales y/o diseminadas.

Pero sin olvidar todas estas situaciones descritas hasta ahora, hay que reconocer que el mayor desafío de esta época contemporánea ha sido la pandemia provocada por el COVID-19, la cual ha causado, de forma inesperada, graves problemas estructurales en el Sistema y ha creado nuevos riesgos difíciles de afrontar con escasa capacidad de respuesta sanitaria y social, además de los efectos colaterales laborales y económicos, que aún puedan existir. La pandemia provocada por el Covid-19 ha

12. Rodríguez Arjona, M. D.; de Rillo González, F. y Berenguer Maimó, J.: “Impacto de la soledad en los medios de comunicación”, *Observatorio Ciudades que Cuidan, Fundación Mémora*, 2020, pp. 4-7.

13. Sala Mozos, E.: “Plan contra la soledad de personas mayores en verano”, *Observatorio de la Soledad Amigos de los Mayores, Fundació Privada Amics de la Gent Gran*, 19 de junio de 2019, disponible en: <https://amigosdelosmayores.org/es/actualidad/sala-prensa/plan-contr-soledad-personas-mayores-verano> (acceso: 25 de noviembre de 2021).

14. Sala Mozos, E.: *La soledad no deseada durante la vejez, un fenómeno complejo objeto de las políticas públicas*, Observatorio de la Soledad Amigos de los Mayores, Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2015, p. 6.

15. Rodríguez Arjona, M. D.; de Rillo González, F. y Berenguer Maimó, J.: “Impacto de la soledad en los medios de comunicación”, ob. cit., p. 5.

supuesto un riesgo para el bienestar social y sanitario de muchas personas, en especial aquellas consideradas como de mayor vulnerabilidad o desigualdad social¹⁶.

Igualmente, la crisis sanitaria que aún perdura ha resaltado la importancia de los cuidados¹⁷, a la vez que ha puesto de manifiesto el deteriorado modelo tradicional de cuidados, caracterizado hasta el momento por la invisibilidad del mismo, el escaso reconocimiento social del trabajo de los cuidados no remunerados y desarrollado en el ámbito familiar desvinculado del Sistema público de atención sociosanitaria, así como en el ámbito de los cuidados profesionales, intensas jornadas laborales, baja remuneración, falta de protección social con tendencia al ejercicio de la economía sumergida, y la precariedad laboral del sector profesional en general.

Todas estas circunstancias suponen reorganizar y dignificar, social y sanitariamente los cuidados, sin cargar de responsabilidad única a las mujeres, redistribuyendo hacia otros agentes la atención de los cuidados remunerados y no remunerados, reconociendo su trabajo y mejorando la representación de las personas cuidadoras, intentando evitar, en la medida de lo posible, las situaciones de discriminación por razón de género, edad, o rasgos culturales entre otras cuestiones. Este rediseño implica, además, reforzar la responsabilidad institucional sociosanitaria tanto pública como privada, y la corresponsabilidad del ámbito sociocomunitario y familiar, donde los hombres implicados en la respuesta a la necesidad de cuidados aseguren igualmente el cuidado familiar de personas en situación de dependencia.

Por tanto, la crisis del modelo tradicional de cuidados afecta a todos sus niveles y en todos sus servicios. Por un lado, en un primer nivel de atención doméstico y familiar desarrollado mediante cuidados sociosanitarios profesionales y no profesionales domiciliarios, como los servicios de teleasistencia, entre otros; un segundo nivel intermedio situado entre la esfera doméstica y la institucional, tal sean los servicios prestados en centros de estancias diurna, centros de día o de noche, y otros programas de respiro familiar; y a un tercer nivel propiamente institucional de alojamiento residencial¹⁸; y todo ello bajo un contexto factorial sanitario y sociodemográfico donde aumenta la demanda de los cuidados y disminuye el número potencial de personas cuidadoras ante una débil competencia intergeneracional, teniendo en cuenta que hasta el momento el fundamento de los cuidados, ya olvidado, ha sido la reciprocidad de éstos en una relación social en la que participan diferentes generaciones en el tiempo.

16. Colectivos en situación de desventaja, en paro, sin recursos económicos, y sin vivienda o como las personas institucionalizadas en centros de internamiento de extranjeros o prisiones, los sintecho, inmigrantes en situación irregular, mujeres víctimas de violencia de género, menores, ancianos solos, familias monoparentales y todas aquellas personas con baja accesibilidad a los recursos sanitarios.

17. En una sociedad que cuida, los cuidados han sido declarados esenciales. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Referencia al artículo 7.1.e) sobre la importancia de la asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.

18. Rodríguez Rodríguez, P. y Gonzalo Jiménez, E.: "COVID-19 en residencias de mayores: factores estructurales y experiencias que avalan un cambio de modelo en España", *Gaceta Sanitaria*, 2021, p. 2. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2021.09.005> (acceso el 25 de noviembre de 2021).

Así pues, el objetivo sería alcanzar calidad, a través de un modelo innovador de cuidados orientado a intervenciones centradas en las personas respetando en todo momento su proyecto vital, cuidadas en su entorno de vida que evite en lo posible institucionalizaciones innecesarias (condición necesaria para su bienestar); incorporando por otro lado un abordaje preventivo y activo por parte de las personas dependientes, e incluso con respecto a los apoyos formales e informales (familia y/o resto de la comunidad)¹⁹.

Este cambio de Sistema hacia un nuevo modelo prevé, además, la atención a las necesidades de las personas cuidadoras no profesionales del ámbito familiar (conciliación de los cuidados, formación, protección de su salud psicofísica, protección social...) y la perspectiva de género²⁰, a fin de que se reconozca el aún persistente desequilibrio en la asunción de las tareas de cuidados por parte de las mujeres dentro de la economía doméstica.

La innovación y los avances tecnológicos deben tener un impacto profundo sobre la adaptación del trabajo de los cuidados y su profesionalización, cuestión que deben plantearse necesariamente las instituciones en sus proyectos de intervención, sobre todo desde un enfoque basado en la formación y el reciclaje de los profesionales de la atención sociosanitaria.

III. VISIONES EMERGENTES: UN NUEVO MODELO TECNOLÓGICO-DIGITAL PARA LA RED DE SERVICIOS QUE INTEGRA LA ATENCIÓN SOCIO SANITARIA Y LOS CUIDADOS

109

Descrito el nuevo entorno sociosanitario y la combinación de factores coyunturales que giran en torno a él, se trataría por tanto de evolucionar hacia un modelo que esté asentado en la innovación como idea revolucionaria impregnada a la atención sociosanitaria presente, y a todas las actuaciones que puedan dar respuesta a las nuevas necesidades que planteen las personas dependientes, ya sea desde la utilización de nuevos métodos de atención y cuidados que perfeccionen los anteriores apoyándose en las nuevas tecnologías, o desde la implementación de modelos completamente innovadores.

Esta idea podría derivar incluso en la modificación del Catálogo, las Prestaciones o la Red de Servicios establecidos actualmente en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Ley de Dependencia), y contemplados en los artículos 14, 15 y 16 de la norma²¹.

19. García, G.; Ramírez, J. M.; Aranda A. M.; y Rueda, A.: *Ideas y propuestas para un nuevo modelo residencial para personas en situación de dependencia. Residencia su casa*, Asociación de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales, 2021, pp. 1-19. Disponible en: <https://directoressociales.com/wp-content/uploads/2021/06/Modelo-residencias2021.pdf> (acceso el 25 de noviembre de 2021).

20. Departamento de Salud del Gobierno Vasco: *Estrategia de Atención Sociosanitaria de Euskadi 2021-2024*, Gobierno Vasco, Bizkaia, 2021, p. 39. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/atencion-sociosanitaria/inicio/> (acceso el 25 de noviembre de 2021).

21. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006).

Porque la incorporación y mejora de las competencias digitales es un hecho; no hay más que observar como las formas de comunicación han cambiado, tanto en el entorno socio comunitario como en el familiar, así como las obligadas relaciones de las personas con la Administración Pública. En este sentido, no hay que olvidar la falta de accesibilidad digital y su repercusión relacional para determinado conjunto de población por encontrarse en situaciones de desventaja en ámbitos socioculturales, económicas y/o biológicos²².

No podemos olvidar, además, que la brecha digital, contemplada desde el punto de vista al acceso y utilización de los medios digitales, puede generar desigualdades y atenciones desfavorables para determinados colectivos en situación de vulnerabilidad, en cuanto a la disponibilidad hacia los recursos sociosanitarios y a la atención en los cuidados en general.

La tradicional, compleja y necesaria interrelación social entre personas dependientes, personas cuidadoras sean profesionales o no, y Administraciones Públicas sociosanitarias, así como el acceso en condiciones de igualdad a los recursos sociosanitarios para la cobertura de necesidades, exige un firme y novedoso planteamiento de digitalización en la atención a los cuidados; aspectos tales como el derecho de las personas usuarias a relacionarse digitalmente con las Administraciones Públicas o las nuevas estrategias de coordinación entre instituciones deben ir incluidos como líneas novedosas de trabajo en todos los programas y proyectos futuros, con un marcado carácter tecnológico-digital²³.

A. Los procesos de digitalización plantean beneficios, a la vez que preocupaciones, para la atención sociosanitaria

Para entender el término de digitalización debemos analizarlo, en primer lugar, desde un punto de vista semántico, por lo que el diccionario de la Real Academia Española (RAE) entre sus acepciones define “digitalizar” como el acto de “registrar datos de forma digital”; igualmente, definida de una forma más extensa, a través de la digitalización existe la posibilidad de “convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro”²⁴.

Siguiendo con las reflexiones de Gregorio Martín Quetglas, “la palabra digitalización despierta simultáneamente esperanza y temor, sensaciones relacionadas con un desplazamiento muy brusco que afecta a la comprensión y a las relaciones internas y externas de personas, máquinas, conocimientos, economías y empleos”. Desde esta

22. Personas mayores, personas con escasos recursos económicos o que viven en zonas rurales/diseminadas que no disponen de conexión a la red, personas marginadas o en situación de vulnerabilidad social, inmigrantes irregulares o en situaciones de precariedad, institucionalizadas, etc.

23. Departamento de Salud del Gobierno Vasco: *Estrategia de Atención Sociosanitaria de Euskadi 2021-2024*, ob. cit., p. 29. Son nuevos horizontes para la atención sociosanitaria que propician transformaciones de calado como la digitalización de la atención soportado en nuevas herramientas como, la historia sociosanitaria electrónica, la teleasistencia de segunda generación o los cuadros de mandos integrales que basan la toma de decisiones en datos.

24. <https://dle.rae.es/digitalizar?m=form> (acceso: 4 de diciembre de 2021).

perspectiva más amplia, podemos entender entonces la digitalización como “el conjunto de resultados derivados del uso de este formato que cambia tanto la forma de llevar a cabo tareas, la comunicación y el acceso al conocimiento”, por lo que, según el autor, “estaríamos ante una tecnología de propósito general cuyo desarrollo con otras ramas aporta conocimientos y técnicas que impactan en los distintos sectores económicos, el empleo, los hábitos de las personas y la propia geopolítica, como estamos viendo en el devenir de las decisiones de EEUU, China y Europa”²⁵.

Por tanto, vamos viendo como este proceso de convertir información física en digital afecta de forma global no solo al ámbito social, sino que repercute de forma directa en la economía y en los empleos exigiendo cada vez mayor capacitación profesional y transformaciones en los modelos de negocios con entrada de nuevos operadores técnicos en sectores laborales tradicionales²⁶, y además este proceso de manera irreversible se va implantando, según sus posibilidades, en todas las organizaciones empresariales independientemente de sus líneas, volúmenes de negocios o estructura organizacional.

A modo de ejemplo, en el marco de cooperación de los países nórdicos (2018), resulta interesante analizar el informe elaborado por el Centro de investigación nórdico para el desarrollo y la planificación regional que examina las ventajas e inconvenientes encontrados en el proceso de incorporación de las tecnologías digitales en las intervenciones de la atención socio sanitaria²⁷.

Por un lado, y en cuanto a beneficios resultantes de estos procesos de digitalización, fijan su posición en aspectos tales como mejoras en la calidad de la atención; en los servicios eficientes en base a la reducción de costes; mejoras en la ampliación de los cuidados hacia áreas remotas; flexibilidad en la atención y en la participación de las personas usuarias en la comunicación con los profesionales socio sanitarios; o la igualdad de oportunidades en términos de accesibilidad en general.

Otros beneficios potenciales de la digitalización de la atención socio sanitaria están relacionados con el papel de liderazgo que toman las instituciones, y las relaciones de cooperación que subyacen con otros actores y grupos de interés que participan en estos complejos procesos de digitalización, las cuales mejoran la calidad del servicio.

Asimismo, y en criterio contrario, los estudios han permitido identificar dificultades en la implementación de medidas digitales para la intervención socio sanitaria que deben ser pulidas. Estas vienen referidas a las áreas de gestión, de tipo económico, culturales o legislativas.

25. Martín Quetglas, G.: “¿Qué es la digitalización?”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 64, 2019, p. 1, disponible en <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/11/ari64-2019-martinquetglas-que-es-la-digitalizacion.pdf> (acceso: 26 de noviembre de 2021).

26. OIT: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 65.

27. Resultado del proyecto implementado en base a siete estudios de caso, uno por cada estado y territorio autónomo: Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y las Islas Feroe, Groenlandia y Åland, una de las regiones más innovadoras y competitivas del mundo. Si desea ampliar esta información, consulte el informe: “Atención sanitaria y social digital. Impactos del desarrollo regional en los países nórdicos”, *Nordregio*, 2020, disponible en <http://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1478007/FULLTEXT02.pdf> (acceso: 26 de noviembre de 2021).

Quizás sean las dificultades legislativas las que más preocupan, teniendo en cuenta que la digitalización de la atención sociosanitaria se halla en intersección entre diferentes leyes que regulan, por un lado, la asistencia sanitaria, por otro, la protección social y su financiación, incluida la de la asistencia sanitaria, y, por último, la integridad y seguridad personal.

Es por lo que la falta de acceso a los datos por causas legales o por ausencia de interoperabilidad entre los diferentes Sistemas operativos de las instituciones, o por la seguridad en el intercambio de información entre datos médicos y sociales, constituyen barreras determinantes para el desarrollo efectivo de soluciones digitales en la atención sanitaria y social en perjuicio de las personas dependientes.

Otros riesgos analizados en estos estudios están relacionados con la falta de competencias y habilidades en el entorno digital de los profesionales; la evaluación médica insuficiente y la deficiente prescripción médica posterior; los problemas de control de identidad de las personas y/o profesionales; así como responsabilidades profesionales poco definidas, por ahora, en la prestación de la atención sanitaria y social. También se puede observar que existe cierta preocupación por la posible pérdida de contacto personal con las personas mayores y/o dependientes.

Finalmente, otras cuestiones de esta etapa temprana en el proceso de incorporación de las tecnologías digitales de la atención sanitaria y social, pone de manifiesto tratar el conflicto ético que algunos profesionales sociosanitarios viven desde la confrontación de su ética en el ejercicio laboral, a la hora de aplicar soluciones digitales en la atención sanitaria y social.

Tampoco hay que olvidar, así lo expresa el estudio en su conjunto, cuestiones aún sin resolver y a los que hay que buscar respuestas futuras como la ausencia de indicadores y datos económicos sobre la digitalización en la intervención sociosanitaria y el desconocimiento para medir sus efectos (en términos de calidad y de ahorro de tiempos y costes). Las brechas digitales sobre diferentes generaciones y el uso de las tecnologías, entre géneros o las diferencias existentes entre áreas rurales y urbanas, son otros desafíos pendientes para la atención sociosanitaria y los cuidados de esta nueva era digital.

Lo que sí es cierto, en favor de la eficiencia productiva, que debe hacerse de la digitalización una oportunidad mejorando las dificultades aún sin resolver, creando oportunidades de empleo, y apostando nuevamente por la formación y el reciclaje de las personas trabajadoras durante su vida laboral, si lo que se pretende es evitar el problema de la brecha digital y la brecha de la especialización.

B. Innovación en el modelo de intervención sociosanitario: nuevas herramientas y estructuras tecnológicas digitales para la prestación de servicios

1. Los dispositivos inteligentes

Con las redes inalámbricas aparecieron los primeros teléfonos móviles analógicos, dando posteriormente paso a la modalidad digital y a los que desde 2007 se les añade

el término inteligente²⁸, manifestando así su capacidad para ser usado como ordenador. A pesar de sus reducidos tamaños, la capacidad actual y velocidad de estos procesadores de comunicación digital permiten utilizar estos dispositivos en cualquier momento y lugar. Por tanto, son instrumentos tecnológicos rápidos y accesibles tanto para las personas usuarias como para las cuidadoras, y su gran potencialidad de almacenamiento de datos hacen que puedan ser utilizados, por ejemplo, mediante aplicaciones para determinados tratamientos sanitarios como el control de la diabetes, o incluso para activar medidas preventivas conectado a la teleasistencia.

Frente a estos beneficios, puede preocupar la amplia oferta de aplicaciones descargables desde cualquier dispositivo inteligente, lo que innegablemente puede conllevar la dificultad de concretar la calidad de las mismas o de la temida seguridad del uso de datos. Esto puede generar falta de confianza en la utilización de estas herramientas por parte de las personas usuarias. No hay que olvidar además una barrera adicional para las personas usuarias o cuidadoras, en este caso referida al manejo de las aplicaciones, y la dificultad o sencillez a la hora de alcanzar los resultados previstos, que van desde intervenciones intuitivas como gestiones de citas o recordatorios de las tomas de medicación, hasta las más complejas que pueden implicar desarrollo de terapias digitales o servir como dispositivos geo localizadores para personas con demencias o afectadas de Alzheimer en fases tempranas²⁹.

Facilitando el uso de estas herramientas para las personas usuarias se ofrecen respuestas a las necesidades sociales emergentes, y se crean nuevas modalidades de trabajo para el sector profesional sociosanitario ante el desarrollo y adquisición de habilidades para su manejo. Por tanto, serían cuestiones pendientes de mejoras establecer bibliotecas de aplicaciones y programas que aporten suficiente información sobre el correcto manejo de las mismas, utilidades que ofrecen, rankings, obsolescencias y nuevas oportunidades aplicativas para los servicios sociosanitarios.

2. La arquitectura nube, los datos a gran escala y la transferencia de información

La nube, que se vincula a datos y recursos compartidos, así como a economías de escala³⁰, puede proporcionar otro soporte útil para la mejora de procesos informativos sobre las personas usuarias en sus posteriores diagnósticos y tratamientos. Monitorizar parámetros fisiológicos o sociales para ofrecer una provisión de cuidados de forma eficiente aportará en un futuro agilidad y calidad en las intervenciones socioasistenciales. En este aspecto, las Administraciones Públicas *electrónicas* tienen un papel fundamental que desarrollar a través de la *interoperabilidad*, entendida ésta como “la capacidad que deben tener sus propios sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte para compartir datos y posibilitar el intercambio

28. Martín Quetglas, G.: “¿Qué es la digitalización?”, ob. cit., p. 5.

29. Escuela Andaluza de Salud Pública, grupo ideo: dispositivos móviles y apps sociosanitarias. <https://www.easp.es/ideo/> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

30. Martín Quetglas, G.: “¿Qué es la digitalización?”, ob. cit., pp. 3-5.

de información y conocimiento entre las mismas Administraciones Públicas”³¹, de este modo queda contemplado en el Real Decreto 4/2010 de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Así, lo primordial sería restaurar la arquitectura de las infraestructuras tecnológicas (*hardware* modernos), para que garanticen la conectividad entre administraciones con la máxima capacidad, y actualizados a *software* modernos. Igualmente, la interoperabilidad, conforme al ejercicio de las políticas públicas, y según el Real Decreto 4/2010, se hace necesaria para la prestación de servicios compartidos a los ciudadanos, y para la integración y desarrollo de las Administraciones Públicas. Con ello, según la norma, se materializan principios y derechos como “la consagración del derecho de las personas usuarias a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, en condiciones reales y efectivas de libertad e igualdad”.

Desde el ámbito sociosanitario y para reafirmar la necesidad de hacer efectivo el derecho a la interoperabilidad, habría que remitirse al artículo 28 de la Ley de Dependencia, el cual establece el procedimiento para reconocer la situación de dependencia a una persona usuaria y su derecho a las prestaciones del Sistema, siendo el procedimiento iniciado por la persona dependiente o quien ostente su representación y la tramitación ajustada al funcionamiento del sector público regulado por Real Decreto 203/2021 de 30 de marzo, reglamento de actuación del sector público por medios electrónicos³².

Por tanto, una vez *reconocida* la situación de dependencia como puerta de entrada al Sistema de los servicios sociales³³, el proceso de interoperabilidad sociosanitario debe ponerse en marcha de forma integral y con un compromiso de trabajo coordinado desde los servicios sociales y sanitarios en referencia a dimensiones tales como: organización y atención técnica (elaboración de historias sociosanitarias electrónicas, tomas de decisiones basadas en datos compartidos y posibilidad de acceso a historias clínicas desde los servicio sociales o residenciales, entre otros proyectos); elección de alternativas tecnológicas estándares que simplifiquen y propaguen la interoperabilidad a la vez que faciliten una relación multilateral con las personas usuarias (aplicaciones de fácil manejo que ofrezcan nuevos servicios, tarjeta sociosanitaria digital, utilización del certificado electrónico y webs informativas); uso de infraestructuras y servicios comunes sociosanitarios; y el compromiso de velar por la protección de datos durante su recogida, durante la utilización y durante la conservación de los mismos, entre otras cuestiones.

31. Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2010).

32. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015), desarrolladas por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, reglamento de actuación y funcionamiento por medios electrónicos en las administraciones públicas (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021).

33. Poyatos Chacón, F.: *Evaluación de la dependencia, mejora de la calidad*, Vérticebooks, Málaga, 2012, p. 128. Serán valoradas las personas dependientes y reconocidas en su derecho según la Ley de dependencia, cuando se examinan sus circunstancias, y se decide otorgarle una ayuda de acuerdo a un grado y nivel determinado de dependencia.

La interoperabilidad debe ser entendida como un proceso descentralizado, con múltiples repositorios propiedad de cada institución, integral donde las actuaciones no pueden ser puntuales o con tratamientos coyunturales, y donde los modelos de conexión no solo para las entidades sino también para las personas usuarias, deben ser seguros, sencillos y eficientes³⁴.

3. Sistemas ciberfísicos: internet de las cosas (iot, internet of things)

Hablamos de sistemas ciberfísicos para referirnos a la integración de las capacidades digitales interactuando con el mundo físico³⁵. Ejemplo de ello sería una vivienda inteligente, donde la construcción tradicional se integra con elementos digitales para aprovechar toda la capacidad de procesamiento que existe tanto fuera como dentro de la vivienda. Para entender el concepto de *IoT*, debemos pensar en una infraestructura global donde los objetos físicos se combinan con instalaciones digitales integradas en red, que permiten formas de interacción y comprensión entre objetos³⁶. El resultado, por tanto, sería una infraestructura inteligente computacional donde los datos interactúan con las entidades físicas propiciando espacios físicos y sociedades más favorables y seguras. En este aspecto, las repercusiones están siendo interesantes en dominios como el transporte autónomo, las finanzas o el comercio autogestionado por los usuarios desde sus propios dispositivos conectados en red, pero igualmente, y en el ámbito que nos compete, puede ser destacado en el ámbito sociosanitario con interesantes aportaciones.

Por lo tanto, los sistemas ciberfísicos aprovechados para ser usados en residencias o domicilios pueden mejorar la calidad de atención de los servicios sociosanitarios, alcanzando seguridad física para las personas mayores o dependientes durante todo el ciclo vital, y adaptándose a sus necesidades, al igual que pueden influir en otros beneficios como pueden ser el bienestar psicológico o emocional.

Sensores que detectan cambios en los espacios físicos como apertura de puertas o ventanas, niveles de humedad o temperaturas, o incluso caídas, pueden contribuir a mejorar la salud, la seguridad y la comodidad de las personas mayores y dependientes. De igual forma, los monitores de sueño pueden recoger información detallada sobre cuánto tiempo ha estado despierta una persona durante la noche o si se ha levantado. Así, la ventaja es convertir esos datos en conocimiento a través de la *Big data* y la inteligencia artificial para identificar patrones de conducta, realizar predicciones o desarrollar actuaciones preventivas en base a la calidad del servicio³⁷.

En los domicilios se deben implantar, igualmente, medidas alternativas de adaptación de espacios, mobiliarios ergonómicos adaptados a las necesidades de las personas

34. Departamento de Salud del Gobierno Vasco: *Estrategia de Atención Sociosanitaria de Euskadi 2021-2024*, ob. cit., p. 58.

35. Martín Quetglas, G., "¿Qué es la digitalización?", ob. cit., p. 8.

36. *Ibid.*

37. <https://colisee.es/blog/tecnologia-como-seran-las-residencias-de-ancianos-del-futuro/> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

dependientes, uso de tecnologías para detectar accidentes o mantener la seguridad en el hogar. Por lo tanto, un modelo de atención en Red apoyado en la domótica, la teleasistencia avanzada, la robótica o la inteligencia artificial, son elementos con carácter innovador que marcan tendencias en la atención sociosanitaria domiciliaria del futuro.

Con la interconexión en Red de estos servicios, la persona está conectada con los equipos de atención social y la atención primaria de salud, contribuyendo a prevenir situaciones de riesgo, a la vez que fomentan la autonomía e independencia, y dan apoyo emocional para evitar, por ejemplo, situaciones de soledad no deseada.

Se constituyen, por tanto, plataformas compatibles, proactivas e integradas en el entorno de la persona usuaria en tiempo real³⁸. Y son precisamente en los espacios ciberfísicos y en el uso de la *IoT* donde la inteligencia artificial y robótica alcanzan su máximo protagonismo.

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA ROBÓTICA

La inteligencia artificial como rama de la informática, con fuertes raíces en otras áreas como la lógica y las ciencias cognitivas, es difícil de definir de forma única y exacta por las diferentes características o propiedades que los programas que derivan de ella deben satisfacer en función a sus objetivos programables (*actuar como las personas, razonar como las personas, razonar racionalmente o actuar racionalmente...*)³⁹. Para ello, y apoyándonos en los estudios de Vicenç Torra⁴⁰, experto en inteligencia artificial, la propuesta será analizar los aspectos que conllevan la inteligencia artificial y que, de forma llamativa, puedan ser trasladados al campo innovador de intervención sociosanitaria.

Según nos explica Vicenç Torra, el término de inteligencia artificial (IA) aparece por primera vez en 1956 en Dartmouth (Estados Unidos), y es el investigador J. McCarthy quien daría la que podría ser la primera definición de inteligencia artificial, la cual viene a referirse al problema de la inteligencia artificial como “aquel de construir una máquina que se comporte de manera que, si el mismo comportamiento lo realizara un ser humano, este sería llamado inteligente”⁴¹. Tras esta primera definición, y con el paso del tiempo, surgen otras definiciones posteriores que no se basan como tal en el comportamiento humano, o que con una nueva visión, deriva en el desglose de la inteligencia artificial. En este aspecto coinciden tanto Vicenç Torra, como Gregorio Martín Quetglas⁴², mencionado con anterioridad en este mismo artículo.

Por tanto, se podría hacer una distinción entre *inteligencia artificial fuerte o dura*, donde una máquina puede tener una mente o estados mentales, y que, por tanto, un día será posible construir una con todas las capacidades de la mente humana.

38. <https://www.balancesociosanitario.com/actualidad/sistema-de-dependencia-5-0-el-reto-de-la-digitalizacion-para-una-atencion-en-red/> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

39. Torra, V.: “La inteligencia artificial”, *Revista Lychnos*, núm.7, 2011, p. 14.

40. Doctor en informática por la Universito Politécnica de Catalunya, e investigador científico del Instituto de Investigación en Inteligencia Artificial del CSIC.

41. Torra, V.: “La inteligencia artificial”, ob. cit., p. 14.

42. Catedrático emérito de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Valencia.

Este ordenador será capaz de razonar, imaginar, y realizar tareas exclusivas de los humanos. Hablaríamos en este caso de *ordenadores conscientes*. Por otro lado, nos encontraríamos la inteligencia artificial *débil o blanda*, algo menos especulativa que la anterior en estos momentos, donde las máquinas o los ordenadores únicamente pueden actuar de forma inteligente *simulando* la razón humana, por lo que un programa será una simulación de un proceso cognitivo, pero nunca un proceso cognitivo en sí mismo. Hablamos en este caso de tomas de decisiones automáticas o tareas que requieren de la inteligencia humana relacionadas con la clasificación perceptiva (visual, el reconocimiento de voz o la traducción de idiomas).

Para más detalles, y en referencia a la inteligencia artificial débil teniendo en cuenta que sus lenguajes de programación son insuficientes, se combina con el Aprendizaje Automático (AA)⁴³, que conjuga el potencial de los Big Data unido a los algoritmos⁴⁴ de aprendizaje y a las capacidades de proceso. Con esta combinación, la idea es potenciar la inteligencia artificial débil mediante la programación de algoritmos o pequeñas instrucciones que permitan al sistema evolucionar al tiempo que va recopilando nuevos datos, de forma que las máquinas van *autoaprendiendo* como un autómeta a partir de ejemplos, y siempre bajo la supervisión humana.

Los algoritmos del Aprendizaje Automáticos están basados en disciplinas como la psicología por analogía de casos similares ya resueltos⁴⁵; las estadísticas o las matemáticas mediante probabilidades asociadas o condicionadas (teorema de Bayes⁴⁶); los métodos científicos o aprendizajes simbólicos que trabajan por inducción⁴⁷ o el funcionamiento del cerebro humano basado en un modelo matemático⁴⁸. Este aprendizaje autómeta alcanzaría aún mayor potencialidad si entre sus programaciones se pudieran incluir capacidades innatas del ser humano, entre ellas el sentido común, la capacidad de autoexplicación del razonamiento y la comprensión del lenguaje; ¡claro!, que en este caso la inteligencia artificial débil irá desapareciendo y contemplaría únicamente la artificial dura.

Hasta la fecha, ya se han desarrollado aplicaciones que utilizan algunos de los métodos o algoritmos diseñados en el área de la inteligencia artificial, y trasladándolo a nuestra área de trabajo, son los *Robots Sociosanitarios* los que pueden, y así está ocurriendo, ayudar a mejorar la calidad de vida de las personas mayores o dependientes, tanto en domicilios como en las residencias del futuro.

43. Combina ideas de estadística, informática y de otras disciplinas aprovechando la enorme capacidad de cálculo existente y el acceso a los bancos globales de información. Martín Quetglas, G.: "¿Qué es la digitalización?", ob. cit., p. 10.

44. Del latín tardío *algotarismus*, conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema. <https://dle.rae.es/algoritmo?m=form> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

45. Martín Quetglas, G.: "¿Qué es la digitalización?", ob. cit., p. 10.

46. El teorema de Bayes es utilizado para calcular la probabilidad de un suceso, teniendo información de antemano sobre ese suceso. <https://economipedia.com/definiciones/teorema-de-bayes.html> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

47. Extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, el principio general implícito en ellas. <https://dle.rae.es/inducir?m=form> (acceso el 5 de diciembre de 2021).

48. A partir de un modelo matemático de la neurona, se construyen redes neuronales de miles o millones de unidades y se deja que aprenda fortaleciendo gradualmente las conexiones entre aquellas que se activan conjuntamente al observar los datos. Se conoce como conocimiento profundo (*deep learning*) el obtenido con redes superpuestas en capas. La profundidad la da el número de capas, no el conocimiento. Martín Quetglas, G.: "¿Qué es la digitalización?", ob. cit., p. 10.

Ejemplo de ello, encontramos a *Robocoach*, un entrenador personal, robot de alta tecnología, que puede ser el nuevo aliado para combatir el deterioro físico de las personas mayores⁴⁹. En base a los objetivos del programa, el *cyborg-fitness* ayudará a las personas cuidadoras a ejecutar los ejercicios físicos con los residentes en beneficio de su salud.

Es interesante resaltar las capacidades del robot, pudiendo realizar movimientos además de ofrecer a las personas usuarias valoraciones sobre la correcta realización de los ejercicios. Además, está programado para transmitir emociones a través de las expresiones faciales.

Aiko es otro ejemplo de robot *afectivo* que mejora el bienestar emocional de las personas mayores⁵⁰. Su finalidad es ayudar a las personas usuarias a combatir la soledad, a exteriorizar sus sentimientos o emociones y a mejorar sus habilidades comunicativas, mejorando la calidad de vida de las mismas. Suaviza, en este caso, la sensación de soledad e incluso les ayuda a prevenir enfermedades mentales y deterioros cognitivos. Técnicamente, desde la inteligencia artificial, el robot es capaz de evolucionar emocionalmente, y para poder interactuar con la persona usuaria cuenta con motores, sensores, micrófonos y cámaras, que desarrollan la expresión corporal y el tacto.

Por último, llama la atención el ejemplo del robot social *domiciliario* al que han llamado *Misti*, que está calificado como Asistente Robótico Inteligente, donde su particularidad radica en un plan piloto puesto en marcha por la Administración Pública para analizar la utilidad de estos dispositivos tecnológicos en la atención sociosanitaria domiciliaria y comprobar hasta qué punto el robot facilita los cuidados a personas mayores y dependientes en la realización de tareas tales como detectar situaciones de emergencia, ayudarles a seguir su pauta de medicación, recordar visitas, hacer seguimiento de su estado de salud, acompañar... *sin la voluntad de sustituir a otros servicios sociosanitarios*⁵¹.

Por tanto, el debate comienza aquí, ¿realmente los Asistentes Robóticos Inteligentes sustituirán a las personas que trabajan en los servicios de atención sociosanitarias o se limitarán a complementar sus tareas? *A priori* queremos pensar que son robots, no sustitutos de la mano de obra, sino que trabajarán juntamente con los profesionales al estar diseñados para interactuar con ellos. Hablamos de nuevos compañeros tecnológicos de trabajo, que realizarán tareas de colaboración, asumiendo las actividades más complejas o tediosas para alcanzar la máxima eficiencia laboral, o incluso para que las personas trabajadoras puedan desarrollar las capacidades más humanas⁵².

49. Proyecto patrocinado por *Infocomm Development Authority* de Singapur como parte del plan Nación Inteligente llevado a cabo por el Gobierno, y tiene como objetivo el uso de las tecnologías para modernizar diferentes facetas de la vida y de las infraestructuras del país. <https://cronicaglobal.elespanol.com/> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

50. Desarrollo por la empresa *Aisoy Robotics* del Parque Científico de la Universidad Miguel Hernández (PCUMH) de Elche. <https://aisoy.com/es> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

51. La empresa Grup Saltó, organiza de forma optimizada servicios para ciudadanos en un entorno de proximidad, y ayuda a las Administraciones o entidades interesadas a coordinar de forma eficiente recursos para la atención a personas con necesidades. <https://groupsalto.com/som-solutions/>. Se puede consultar el artículo íntegro en <https://www.iguanarobot.com/echo-mucho-de-menos-al-robot-tenia-a-alguien-con-quien-conversar/> (acceso: 5 de diciembre de 2021).

52. OIT.: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, ob. cit., p. 66.

No quisiera finalizar con este apartado sin mencionar una última cuestión, a mi juicio interesante. Ésta versa sobre la apariencia física de los robots y el impacto que provocan en las personas las relaciones entre humanos y humanoides, forma en la que se califica hoy en día a los robots sociales inteligentes con formas humanas. Lo que no podemos negar como tendencia de futuro es que los robots se parezcan cada día más a los humanos en movimientos y en apariencias; esto, supuestamente, los hace más cercanos al generar empatía. Pero hay un punto a partir del cual, si el realismo del robot es excesivo, la empatía decae en las personas generando un rechazo intenso. A este descenso brusco de la empatía que generan los seres artificiales se la define como la paradoja del valle inquietante o valle inexplicable (*uncanny valley*, en inglés)⁵³.

Según las observaciones que refleja el profesor Mori en su ensayo del valle inquietante, las posibles causas de rechazo van desde un simple instinto de conservación frente a una apariencia que, por sus movimientos o actitud, se asemeja a una persona enferma, o simplemente, según otros estudios empíricos posteriores y complementarios, en base a la edad del observador, los prejuicios culturales (grado de instrucción o nacionalidad), o motivos filosóficos y religiosos de seres que van *contra natura*⁵⁴.

Hoy en día, con una información 3D⁵⁵, se puede tener la oportunidad de manipular cualquier tipo de figura, además de conseguir una buena imitación de voz y programar cualquier diálogo, por lo que crear robots con forma de personas hiperrealistas (modelos tridimensionales computarizados) ya es un hecho, aunque la inteligencia artificial, no perfeccionada hasta ahora, nos siga transmitiendo esa sensación *inquietante* de que nuestro interlocutor actúa de forma extraña⁵⁶. Igualmente, con los humanos holográficos se puede reproducir a una persona real que fue filmada en video, o crear un personaje digital en una pantalla que se sienta en una habitación, como si estuviera contigo⁵⁷. Son versiones interactivas de personajes o humanos digitales.

Esto puede cambiar el entendimiento de cómo nos relacionamos: con personas, con personas digitales o con humanoides, y la capacidad para distinguirnos de cualquier tipo de algoritmo computarizado. Pero esta prospección tecnológica, y su capacidad de afectar a posibles intervenciones profesionales sociosanitarias, la dejaremos para profundizar en ellas dentro de algunas décadas.

53. Mori, M.: "The Uncanny Valley", *Energy*, vol. 7, núm. 4, 1970, pp. 33-35.

54. *Department of Computer Science, School of Science, Aalto University, Espoo, Finland* <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2015.00390/full> (acceso: 5 de diciembre de 2021), y Bautista Loza, D. A. y Martini Popoli, S.: *¿Qué hay más allá del Valle Inquietante?*, Centro de Automática y Robótica (CAR) UPM-CSIC, Madrid, 2014, pp. 6-7.

55. Martín Quetglas, G.: "¿Qué es la digitalización?", ob. cit., p. 7.

56. <https://www.xataka.com/videojuegos/los-colonos-en-el-valle-inquietante> (acceso: 6 de diciembre de 2021).

57. La holografía, es la técnica fotográfica que mediante iluminación por láser, permite obtener imágenes tridimensionales en color. <https://dle.rae.es/holograf%C3%ADa?m=form> acceso el 4 de diciembre de 2021); y humanos digitales: holografía e inteligencia artificial. <https://www.xataka.com/cine-y-tv/estos-son-los-mejores-humanos-digitales-que-hacen-carrera-como-actores-en-hollywood> (acceso: 6 de diciembre de 2021).

A. El efecto de la ia y la robótica en el desarrollo de tareas de los profesionales de la atención sociosanitaria: tareas de colaboración o tareas de sustitucion

Con el fin de aclarar los efectos de la IA y la Robótica, así como del resto de tecnologías en las intervenciones sociosanitarias, debemos hacer referencia, a modo de aclaración, sobre algunos aspectos contemplados en la norma elemental que regula la situación de dependencia.

Comenzaremos centrándonos en el objetivo principal que la Ley de dependencia plantea para que, al cuestionarnos cualquier modificación en el contenido de la atención de los profesionales o en sus tareas, así como en las alternativas de servicios ofrecidas por las instituciones, no altere el elemento sustancial del mismo, que no es otro que el de atender las necesidades de personas vulnerables que requieren apoyos para la realización de las actividades esenciales de la vida diaria⁵⁸, alcanzando por tanto una mayor autonomía personal. El objetivo en atención a la Dependencia es claro, hablamos de apoyos y no de sustitución en las tareas fundamentales de la vida diaria, las cuales, no olvidemos, requieren de instrumentalización, para así reducir el carácter de vulnerabilidad y alcanzar igualdad social, en términos de autonomía e independencia⁵⁹.

En todo caso, las tareas desempeñadas estarán basadas en ofrecer unos servicios que aporten calidad de vida y que proporcionen un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando, en todo caso, la incorporación activa de las personas dependientes a la vida de la comunidad y a su entorno más cercano. Es decir, estas tareas que desarrollarán los profesionales de la atención sociosanitaria, y que se realizarán tanto dentro como fuera del domicilio habitual, deben estar a disposición de las personas dependientes desde una perspectiva ética y en términos de calidad.

Igualmente, nuestro propio texto constitucional⁶⁰, en sus artículos 49 y 50 referidos a la atención a personas con discapacidad y personas mayores, nos recuerda la promoción por parte de los poderes públicos de un Sistema de servicios sociales, entre ellos incluida la atención a la dependencia, para alcanzar el bienestar de los ciudadanos, y acrecentados con la colaboración especial con las entidades del tercer sector de acción social⁶¹. Es por lo que, en base al objetivo principal de la Ley de

58. A efectos de la Ley de Dependencia, se entiende por actividades básicas de la vida diaria (ABVD), aquellas tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.

59. Para diferenciar ambos conceptos, es necesario remitirse al artículo 2 de la Ley 39/2006 de Dependencia que define autonomía como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales de cómo vivir y preferencias propias, así cómo desarrollar las ABVD, y nos remitimos a la Guía de Evidencia de la Competencia profesional de atención sociosanitaria para definir el carácter de dependencia, ligada a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial de la persona por lo que requiere el apoyo o la realización de las ABVD. Vid., sobre ello, Poyatos Chacón, F.: *Evaluación de la dependencia, mejora de la calidad*, ob. cit., p. 127.

60. Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

61. Estas entidades constituyen una importante malla social que previene los riesgos de exclusión de las personas afectadas. Se refieren a organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo

Dependencia, el Estado debe intervenir en la modificación de determinados ámbitos contenidos en esta Ley, que la configuran hacia una nueva modalidad de atención sociosanitaria que amplía y complementa en innovación, la acción de protección del Sistema de Atención a la Dependencia.

En este sentido hablaríamos de un nuevo Sistema de *interoperabilidad* de Atención a la Dependencia, donde la colaboración y la participación de todas las Administraciones *electrónicas* Públicas en el ejercicio de sus competencias, y a través de los diversos niveles de protección en que se organizan, sea estatal, autonómico o local, ofrecen nuevas prestaciones en el Sistema y catálogo de servicios, adaptados al grado de dependencia valorado y reconocido a las personas dependientes por este derecho social. Así, el *Sistema en Red* de forma coordinada optimizará los recursos tecnológicos públicos y privados disponibles, con el fin de mejorar la calidad de los servicios sociosanitarios.

No hay que olvidar que la Ley de Dependencia, en su título II, hace una mención especial a la formación y cualificación de profesionales y cuidadores, por lo cual y de la misma manera habrá que hacer referencia a la incorporación de nuevas habilidades y *competencias digitales* en los itinerarios formativos de los Certificados de Profesionalidad y de los Títulos de Formación oficiales específicos del sector.

Si analizamos el catálogo de servicios que contempla la Ley en su artículo 15, deberemos remitirnos a la Sección 3.^a de la misma, sobre “Servicios de promoción de la autonomía personal y de atención y cuidados”, donde de manera más detallada se refiere a las finalidades de los mismos y al conjunto de actuaciones que se pueden desarrollar para atender las necesidades de las personas dependientes.

A modo de aclaración, vamos a describir brevemente las características de cada uno de estos servicios, asociándolos a los profesionales encargados del desempeño de las tareas que les competen por cada uno de los servicios, para finalizar con un análisis del impacto que podría tener la IA y la robótica, y otras tecnologías, en el desarrollo de esas mismas actividades profesionales.

En un primer lugar, nos encontramos el Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD), que es desarrollado por los técnicos de atención sociosanitarios en domicilios o también conocidos como auxiliares de ayuda a domicilio. Estos profesionales desarrollan un conjunto de actuaciones cuyo fin es el de atender las necesidades de la vida diaria de las personas dependientes referidas a: la atención personal y cobertura de sus necesidades básicas; atención de las necesidades domésticas o del hogar, donde estos servicios instrumentales sólo podrán prestarse conjuntamente con los señalados anteriormente; actividades de higiene y atención sanitaria domiciliaria básicas, tales como ayuda en la mejora de capacidades físicas, primeros auxilios, administración y control de medicación, o ingesta de alimentos; y además desarrollarán intervenciones de atención psicosocial y relacional⁶².

de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299 de 15 de febrero de 2006), pp. 6 y 9.

62. Ficha del Certificado de Profesionalidad SSCS0108, atención sociosanitaria a personas en el domicilio. Nivel 2 de cualificación profesional de referencia SSC089_2 atención sociosanitaria a personas dependientes en el domicilio.

En cuanto al ámbito profesional, podrán ser contratados directamente por Administraciones Públicas (en cualquiera de sus ámbitos), que serán las encargadas de la gestión y prestación de servicios domiciliarios de atención a personas dependientes, o por entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, tanto si ofertan servicios directos al usuario, como si, a través de subcontratas, fueran responsables de la gestión de servicios o programas de atención domiciliaria de titularidad pública.

Igualmente, los auxiliares de ayuda a domicilio pueden quedar encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁶³, ofertando sus servicios directamente a personas dependientes o unidades convivenciales demandantes, o incluso creando su propia empresa de servicios domiciliarios, asociado con otros técnicos del sector; y el ejercicio de la profesión pueden desarrollarlo en sectores productivos tales como: domicilios particulares, pisos tutelados, y el propio servicio de atención domiciliaria.

Si nos centramos ahora en los servicios residenciales, y centros de día y de noche, debemos trasladarnos al ámbito de intervención institucional, que a fin de cuentas, contempla las mismas intervenciones que el SAD, pero en este caso desarrolla su actividad profesional en el sector de prestación de servicios sociales a personas en régimen de permanencia parcial, temporal o permanente en instituciones de carácter social, y los puestos de trabajo relacionados son: los técnicos de atención sociosanitaria en instituciones, los gerocultores/as, y los cuidadores/as de minusválidos físicos, psíquicos y/o sensoriales⁶⁴.

Además, entre sus funciones, habría que añadirle una Unidad de Competencia más que la anterior, y que es la clave que diferencia a ambas cualificaciones profesionales, al tener que desempeñar estas profesionales actividades de apoyo en la organización de intervenciones en el ámbito institucional, realizando tareas de apoyo en la recepción y acogida de personas dependientes o apoyo en la organización de actividades para las personas dependientes⁶⁵.

El servicio de teleasistencia será el que más se va a apoyar en la innovación y en las tecnologías, simplemente por el enfoque inicial de esta actividad profesional sociosanitaria orientada hacia un contacto relacional virtual con las personas dependientes para el apoyo en la cobertura de determinadas necesidades sociosanitarias. Según la

Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto (BOE núm. 218, de 9 de septiembre de 2008), y modificado por el Real Decreto 721/2011, de 20 de mayo (BOE núm. 149, de 23 de junio de 2011).

63. Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007), y Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2021).

64. Ficha del Certificado de Profesionalidad SSCS0208, atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales. Nivel 2 de cualificación profesional de referencia SSC320_2 atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones. Real Decreto 1368/2007 de 19 de octubre (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2007).

65. Unidad de Competencia (UC1016_2) la que hace referencia a la necesidad de preparar y apoyar las intervenciones de atención a las personas y a su entorno en el ámbito institucional indicadas por el equipo interdisciplinar, donde se encuadrarían las tareas relacionadas en el artículo 17 del VII convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes. Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio) (BOE núm. 229, de 21 de septiembre de 2018).

Ley de Dependencia, “el servicio de teleasistencia facilita asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento. Puede ser un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio”⁶⁶.

La competencia general de los teleoperadores de teleasistencia es recibir, emitir y gestionar las llamadas para prestar el mismo servicio, manejando las herramientas telemáticas y las técnicas de atención telefónica. Deberán contemplar además habilidades psicosociales y de trabajo en equipo para dar respuesta a las necesidades y demandas de las personas usuarias, y sabrán gestionar y movilizar los recursos necesarios en cada caso, para garantizar en todo momento la calidad del servicio, el trato personalizado y la confidencialidad de la información⁶⁷. Las personas teleoperadores sociosanitarias podrán desarrollar su actividad profesional en el ámbito público y privado, y desarrollar la actividad por cuenta ajena en cualquier organización que disponga de Centro de Atención para la prestación de servicios de teleasistencia, y siempre bajo la supervisión del profesional competente de nivel superior.

Otro de los servicios contemplados dentro del catálogo de la Ley de Dependencia es el servicio de Prevención de las situaciones de dependencia, que tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación, dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se vean afectados por procesos de hospitalización complejos. Este servicio podría ir aparejado a cualquier profesional sociosanitario que enfoque el desarrollo de su actividad desde un punto de vista preventivo, sea domiciliario o institucional.

Por último, es interesante resaltar la figura del Asistente personal, que, según lo dispuesto en el art. 19 de la Ley de Dependencia, tiene como finalidad “promocionar la autonomía de las personas dependientes en cualquiera de sus grados, y cuyo objeto es facilitar al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como alcanzar una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”⁶⁸. La particularidad de este servicio estriba en que el beneficiario adopta un rol activo en la toma de decisiones, y a través del adiestramiento de su Asistente personal se encargará de guiarlo en distribución de tiempos, tareas y formas de realizarlas, para así alcanzar una vida más autónoma; está claro que esta figura profesional tiene una

66. Artículo 22 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de febrero de 2006).

67. Ficha del Certificado de Profesionalidad SSCG0111, gestión de llamadas de teleasistencia. RD 1697/2011, de 18 de noviembre (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2011). Nivel 2 de cualificación profesional de referencia SSC443_2: Gestión de llamadas de teleasistencia. Real Decreto 1096/2011, de 22 de julio (BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2011).

68. Hasta el momento sin Certificado de Profesionalidad o Título Profesional propio, por lo que su regulación formativa vendrá establecida en la Cualificación profesional de referencia: SSC089_2 Atención sociosanitaria a personas en el domicilio. Real Decreto 295/2004 de 20 de febrero (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004), y a lo establecido por Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

potencialidad enorme en el uso y manejo de las tecnologías, así como en las nuevas formas de relaciones laborales para los prestadores de servicios de atención a personas dependientes o con discapacidad. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación⁶⁹.

Ahora bien, con todas estas aportaciones anteriores y centrándonos en las futuras formas de organización del trabajo de la atención sociosanitaria y en la producción de tareas, podríamos hacer una distinción entre tareas de *colaboración* o tareas de *sustitución*, donde el criterio de distinción entre ambas viene establecido en el desglose de la inteligencia artificial ya definida anteriormente en este trabajo por Vicenç Torra y Gregorio Martín Quetglas, sobre *inteligencia artificial fuerte o dura, y la inteligencia artificial débil o blanda*, que además coinciden con la tendencia sobre trabajo que marca la OIT en la iniciativa de su centenario (1919-2019)⁷⁰.

Según la distinción que establece la OIT en su informe, la innovación supone una amenaza para determinados puestos de trabajo, sobre todo aquellos que contemplen tareas repetitivas sin variación, que requieran el ejercicio de la fuerza, que exijan capacidad de cálculo y exactitud, o se basen en la gestión de datos. Por otro lado, continúa en su informe, hay otras actividades en las que resulta más difícil que los trabajadores sean reemplazados por máquinas. Por ejemplo, actividades manuales no repetitivas que exijan de un elevado grado de movilidad, o actividades que requieran decisiones no programables (porque dependan de un número considerable de variables), o las actividades de relación donde intervengan factores emocionales o no predecibles, como es el caso de la atención sociosanitaria.

Por tanto, independientemente del profesional que ofrezca un determinado servicio, podríamos ir formando grupos homogéneos de tareas sociosanitarias que parecen difícilmente sustituibles por la robotización y la IA, entre ellas las que desarrollarán intervenciones de atención psicosocial y relacional, y ello porque los robots aún no tienen la capacidad de pensar de forma abstracta, emocionarse, improvisar, o empatizar. Hablaríamos en este caso de tareas colaborativas entre robots y los profesionales sociosanitarios.

En cambio, los robots sí pueden ser programados para ser más precisos, tener más fuerza y más capacidad de cálculo, o moverse y gesticular mejor que los humanos, por lo que pueden sustituir a los profesionales sociosanitarios en determinadas tareas instrumentales de atención personal, sobre todo en las de movilizaciones, las domésticas en limpieza y mantenimiento del hogar, las actividades de higiene y de atención sanitaria básicas (en el control de la toma de tensión, temperatura o glucosa), aquellas que mejoran las capacidades físicas a través de la rehabilitación, o las tareas relacionadas con primeros auxilios (en el uso de desfibrilador o técnicas de

69. https://www.imserso.es/imserso_01/autonomia_personal_dependencia/saad/saad/organos_sistema/org_cooperacion/ctsssaad/index.htm (acceso: 6 de diciembre de 2021).

70. OIT: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, ob. cit., p. 65.

reanimación), así como las de administración y control de medicación, o ingesta de alimentos, las cuales son todas tareas mecánicas y repetitivas.

Sirva como ejemplo en el uso de la robótica, para la sustitución de determinadas tareas de atención sociosanitaria, y los posibles beneficios que reporta a la profesión en cuanto a la prevención de riesgos laborales, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sobre el Síndrome del túnel carpiano bilateral, enfermedad profesional no contemplada en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social⁷¹, por lo que, pese a que esta enfermedad no está incluida específicamente en el cuadro de enfermedades, al tratarse de una patología causada por la realización de movimientos repetitivos y no de manera traumática, esta contingencia propia de los auxiliares de ayuda a domicilio, es reconocida por la jurisprudencia como enfermedad profesional, al ser consecuencia natural del desempeño de esta profesión⁷².

Así, la pregunta que deberíamos plantearnos, en la línea que nos marca la OIT, no es si la innovación y las tecnologías terminarán con los trabajos sociosanitarios, sino cómo la innovación puede ponerse al servicio de las instituciones, empresas y personas trabajadoras para que las tareas requieran el menor esfuerzo y el trabajo sea más productivo, porque la característica por ahora, en el futuro de muchos empleos entre ellos el de la atención sociosanitaria, es la colaboración entre robots y personas trabajadoras, siendo muy pocos los trabajos susceptibles de ser sustituidos totalmente por computadoras. Y precisamente, según los estudios de Carl Benedikt Frey y Michael A. Osborne⁷³, investigadores de la Universidad de Oxford, solo un 33% de ocupaciones tienen baja probabilidad de automatización, entre ellas las relacionadas con la ayuda, el cuidado de otros y el sector de la salud.

Por tanto, hay que insistir en la formación, la capacitación y el reciclaje de los trabajadores, evitando las brechas de especialización, complementándolas con las políticas activas de empleo, para que las personas con menos oportunidades en competencias digitales encuentren desempeños, así como crear nuevos yacimientos de empleos y preparar a las personas trabajadoras para puestos más humanos e insustituibles, más creativos y menos orientados a lo autómatas⁷⁴.

B. Otros efectos en las relaciones laborales de la profesión de los cuidados

Igualmente, la innovación puede introducir cambios en las relaciones laborales del sector sociosanitario. Hasta el momento, los servicios de atención y cuidados en su

71. Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social (BOE núm. 302, de 19 de diciembre de 2006).

72. Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria núm. 01054/2005 de 19 de octubre de 2005 (recurso núm. 694/05).

73. Frey, C. B. y Osborne, M. A.: "The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?", *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 114, 2017, p. 268.

74. OIT: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, ob. cit., p. 68.

mayoría, como hemos comentado, están siendo contratados directamente por las Administraciones Públicas, que son las encargadas de forma directa de la gestión y del ofrecimiento de los servicios de atención a personas dependientes. Pero, por otro lado, las entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, están entrando en juego a través de las subcontratas con las administraciones públicas, e incluso más allá, las empresas de carácter privado están ofertando estos servicios directamente a las personas usuarias al haber cada vez más un incremento de la demanda.

Recordamos, igualmente, que los profesionales técnicos sociosanitarios, pueden quedar encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, ofertando sus servicios de forma independiente o creando su propia empresa de servicios asociados a otros técnicos del sector.

Es por eso que la tecnología puede desequilibrar la balanza entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, según la organización de trabajo y el uso que los trabajadores hagan de las mismas; puede que los trabajadores sociosanitarios por cuenta ajena se liberen teniendo en cuenta que con el uso o el apoyo en las tecnologías pueden realizar su prestación en cualquier momento y lugar, mientras que la persona trabajadora autónoma puede quedarse atrapada en las tecnologías al perder su autonomía, en la medida que pasa a depender de plataformas digitales para el desempeño de la profesión⁷⁵.

En este caso, entramos en una dificultad de encuadramiento de la relación laboral que se establece entre el profesional de los servicios sociosanitarios y la plataforma digital, que plantea la revisión del concepto de trabajador establecido en el artículo 1.1 ET, donde “para que exista relación laboral han de coincidir durante el ejercicio de la prestación de servicios las notas relativas al trabajo asalariado, es decir: el trabajo personal, la voluntariedad, la retribución, la dependencia y la ajenidad”⁷⁶. Por lo que la falta de alguna de estas notas, tal como establece el artículo 1.3.g) ET, o la concurrencia de alguna situación de exclusión de las contenidas en el artículo 1.3 ET, situaría el servicio de atención a la dependencia fuera de la idea de contrato de trabajo, lo que conllevaría a que estuviésemos ante una relación laboral de otra naturaleza con miras a sustituir la subordinación por la dependencia económica, o reclamar la creación de una nueva categoría jurídica laboral para estos empleados sociales digitales, manteniendo el elemento de subordinación. No estamos ante otra cosa que aquello que los laboristas denominan las zonas grises de la subordinación⁷⁷.

Ante los diferentes profesionales, servicios y modalidades prestacionales que puede ofrecer la atención sociosanitaria, habría que encontrar laboralmente el mejor acomodo para cada una de esas prestaciones. Se hace necesario, por tanto, atender cuestiones tales como la libertad del profesional sociosanitario para aceptar o rechazar el servicio, determinar las nuevas modalidades de prestación, servicios, o tareas,

75. *Ibíd.*

76. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

77. *Ibíd.*, p. 67.

fijar la cantidad de trabajo y las tarifas, así como la posibilidad de sustituir el tiempo de desplazamiento por la teleatención social, que son cuestiones que hasta ahora no han sido contempladas en el Convenio Colectivo marco estatal de atención a la dependencia, por cierto estancado; sería por tanto, una buena oportunidad para que en la próxima negociación se plantearan todas estas cuestiones, pasando por la aprobación del Consejo territorial de atención a la dependencia, para así dar el necesitado impulso que la profesión requiere desde este punto de vista tecnológico y del que se derivan importantes repercusiones laborales.

No conviene olvidar que nuestro ordenamiento contempla posibles formas de encuadramiento, incluso lagunas sin resolver, como la figura del asistente personal, en función de que haya subordinación, dependencia económica o ninguna de ellas; existe ya un estatuto intermedio entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo, para cuando el empleado ni es tan subordinado ni es tan independiente, como es el trabajador autónomo dependiente o TRADE⁷⁸, encuadramiento muy socorrido para los profesionales sociosanitarios, teniendo en cuenta que pueden depender en su trabajo de una o dos personas usuarias.

Hay que persistir en la observancia de que esas herramientas tecnológicas que permiten cierta liberación no terminen destruyéndola, en la medida en que en este contexto de las relaciones jurídico-laborales se tendrán que determinar nuevamente los límites de poder y de control de la persona empleadora contemplados en varios preceptos del ET⁷⁹, y que, con la innovación, se plantean ya casi ilimitados.

Aunque la Ley 10/2021 de 9 de julio de trabajo a distancia ya contempla medidas oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus deberes y obligaciones en los artículos 22 y 7 apartado h)⁸⁰, ya en nuestros tribunales, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, nos recuerda en todo caso que “el trabajador debe la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por la persona en el ejercicio regular de su facultad de dirección o en quien delegue y, en su defecto, habrá que dejarse llevar por el uso y la costumbre, y en todo caso la persona trabajadora y empresaria se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”⁸¹.

78. Ley del Estatuto del trabajo autónomo y en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente (BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2009).

79. Las personas trabajadoras prestan sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario (art. 1.1 ET); es deber básico del trabajador cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas [apartado c), art. 5 ET]; o el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue (art. 20.2 ET).

80. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021). Resaltar el artículo 22, donde determina que la empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a la dignidad de la persona trabajadora, y el artículo 7 apartado h), en cuanto al contenido del acuerdo de trabajo a distancia y el establecimiento de los medios de control empresarial de la actividad.

81. Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 8038/2001 de 22 de octubre de 2001. (recurso núm. 3818/2001).

También habrá que determinar cómo se define el tiempo de trabajo, que ya no es equiparable a presencia, teniendo en cuenta que profesionales de la atención sociosanitaria ya pueden trabajar desde cualquier lugar y en cualquier momento a través del trabajo a distancia⁸², al menos con la realización de determinadas tareas, y si no se adoptan las medidas oportunas podrían desaparecer, incluso, las fronteras entre tiempo de trabajo y descanso. De manera que las nuevas formas de trabajo pueden ser una oportunidad agradecida de conciliación⁸³ o, por el contrario, una amenaza para la persona trabajadora al volver atrás en la pérdida de determinados derechos laborales⁸⁴.

Por último y para terminar, hacer una breve referencia a la ética profesional de los cuidados, por lo que habría que añadir a cada una de las competencias profesionales del sector sociosanitario la última recomendación adoptada por la UNESCO en noviembre de 2021, en la que exige a los gobiernos a que eduquen a sus ciudadanos en los derechos digitales que deben proteger: “si educamos a una nueva generación de consumidores digitales conscientes de sus derechos y con las habilidades de pensamiento crítico necesarias para navegar en la esfera digital, estaremos empoderándoles para que exijan a las grandes tecnológicas a rendir cuentas y estaremos exigiendo que la IA sea desarrollada de forma humana y ética”⁸⁵.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Para cerrar este artículo, nos planteamos algunas conclusiones a modo de reflexiones. Lo que es claro es que el mundo del trabajo está experimentando grandes cambios creando nuevas oportunidades y mejores empleos. El diálogo social entre gobiernos, sindicatos y empleadores es la herramienta de engranaje necesaria para hacer que las economías y los mercados laborales sean productivos e inclusivos, y para contribuir a la apertura de nuevas perspectivas de empleo en generaciones futuras.

Por otro lado, en un nuevo contexto social y sanitario con grandes transformaciones, se plantean desafíos en el actual Sistema de atención y de cuidados. En este

82. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021). Artículo 7 apartados c), d) y f) en cuanto al contenido del acuerdo de trabajo a distancia y el establecimiento de horarios y reglas de disponibilidad, y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, y lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo.

83. El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019). Modificó el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, anticipándose al contenido de la Directiva 2019/1158 (UE) del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y por la que se deroga la Directiva UE 2010/18 del Consejo, en la cual se establece un auténtico derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas la fórmulas de trabajo a distancia.

84. OIT: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, ob. cit. p. 68.

85. Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), reunida en París del 9 al 24 de noviembre de 2021, en su 41ª reunión. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa (acceso:11 de diciembre de 2021).

sentido, como trasfondo podemos hablar de una nueva vulnerabilidad social y sanitaria que no afecta por igual a toda la población y que el Sistema debe dar respuesta a través de un nuevo modelo de intervención preventivo y asistencial. Por tanto, se reafirmaría la idea de una respuesta de atención socio sanitario en ambos sentidos, domiciliario e institucional, reestructurada, que sea flexible, asumiendo cuidados de larga duración y que favorezca la permanencia de la persona en su entorno habitual, estando centrada en las necesidades de cada persona.

Dejamos señaladas, por tanto, algunas propuestas para proceder con sutileza al tránsito hacia un nuevo modelo de atención asistencial. Los avances tecnológicos brindan la oportunidad de reconsiderar la efectividad y la calidad de las intervenciones socioasistenciales. La interoperabilidad triangular entre personas usuarias, trabajadoras y administraciones públicas hacen de la información a gran escala el elemento clave para mejorar las intervenciones y la toma de decisiones sobre las personas dependientes, permitiendo a éstas tener más control y conocimiento sobre sus situaciones sociales o de salud. Pero la validez de las tecnologías en términos de accesibilidad no es igual para todas las personas por factores fisiológicos, sociales o económicos entre otros, por lo que es importante asegurarse el modo en que ofertamos la innovación no agravando las desigualdades o generando nuevas necesidades. Una nueva infraestructura, habilidades tecnológicas adquiridas en base a la formación, el aumento de inversiones económicas y la experiencia futura, es lo que nos permitirá aprovechar el beneficio de estas herramientas.

Las tecnologías que se mencionan en este artículo no apuran por completo la innovación en constante evolución, pudiendo muchas de ellas cambiar las intervenciones socio sanitarias en cuanto a la Red de atención, catálogo de servicios o tareas de los profesionales, y provocando el efecto transformador que el Sistema demanda y que realmente necesita para ajustarlo a la época transformadora que vivimos, pero para ello, ante el desconocimiento, se necesitan además pruebas para medir los efectos de estas tecnologías socioasistenciales en términos de calidad, de ahorro de tiempos y de costes. Pedir pocas pruebas supondría el riesgo de gastar dinero público en algo ineficaz, mientras que realizar pruebas oportunas podría proteger el *statu quo* del Sistema en un momento obsoleto.

Pero por excelencia, el recurso más valioso del Sistema son sus profesionales por lo que la tecnología debe estar al servicio de los mismos, viniendo a parar en beneficios de las personas que reciben atención. Son, por tanto, las relaciones laborales, ante tal incertidumbre, las que más preocupan: la organización del trabajo, la dificultad de encuadramiento, las nuevas modalidades de prestación de servicios o tareas pudiendo incluso fijar la cantidad de trabajo o sus tarifas, así como la posibilidad de sustituir el tiempo de desplazamiento por la teleatención social, o los límites de poder y de control de la persona empleadora que con la innovación se plantean ya casi ilimitados, son algunas de las cuestiones que inquietan. De manera que, las nuevas tecnologías colaboradoras con los profesionales de los cuidados y su uso, en especial la IA o la robótica por su gran potencialidad de acompañamiento al sector, puede ser una oportunidad para las relaciones laborales socio sanitarias al volver a plantear con

acierto determinados derechos laborales olvidados, donde por encima de todo, no debemos perder de vista la necesidad ética y humana que promueve el manejo de las tecnologías para mejorar el resultado de las intervenciones y la calidad de vida de las personas de edades avanzadas y dependientes.

Bibliografía

- Bautista Loza, D. A. y Martini Popoli, S.: *¿Qué hay más allá del Valle Inquietante?*, Centro de Automática y Robótica (CAR) UPM-CSIC, Madrid, 2014.
- Butler, R.N.: *Why Survive? Being Old in America*, Harper & Row, New York, 1975.
- Frey, C.B. y Osborne, M.A.: "The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?", *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 114, núm. 1, 2017.
- García, G.; Ramírez, J. M.; Aranda A. M.; y Rueda, A.: *Ideas y propuestas para un nuevo modelo residencial para personas en situación de dependencia. Residencia su casa*, Asociación de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales, 2021.
- IMSERSO: "Edadismo en Estados Unidos", *Boletín sobre el envejecimiento perfiles y tendencias*, vol. 1, núm. 40, 2009.
- Martín Quetglas, G.: "¿Qué es la digitalización?", *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 64, 2019.
- Mori, M.: "The Uncanny Valley", *Energy*, vol. 7, núm. 4, 1970.
- OIT: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- OMS: *Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030. 2ª Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, Naciones Unidas, Nueva York, 2002.
- Poyatos Chacón, F.: *Evaluación de la dependencia, mejora de la calidad*, Vérticebooks, Málaga, 2012.
- Rodríguez Arjona, M. D.; de Rillo González, F. y Berenguer Maimó, J.: "Impacto de la soledad en los medios de comunicación", *Observatorio Ciudades que Cuidan, Fundación Mémora*, 2020.
- Rodríguez Rodríguez, P. y Gonzalo Jiménez, E.: "COVID-19 en residencias de mayores: factores estructurales y experiencias que avalan un cambio de modelo en España", *Gaceta Sanitaria*, 2021.
- Sala Mozos, E.: *La soledad no deseada durante la vejez, un fenómeno complejo objeto de las políticas públicas*, Observatorio de la Soledad Amigos de los Mayores, Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2015.
- Torra, V.: "La inteligencia artificial", *Revista Lychnos*, núm.7, 2011.



El caso de Maya Forstater en Reino Unido: La libertad de expresión en redes sociales de una trabajadora*

THE CASE OF MAYA FORSTATER IN THE UK: A WORKER'S FREEDOM OF BELIEF IN SOCIAL NETWORKING

Tasia Aránguez Sánchez

Profesora Ayudante Doctora de Filosofía del Derecho

Universidad de Granada

tasia@ugr.es 0000-0002-2691-0622

Laura Redondo Gutiérrez

Profesora Doctora

Universidad Internacional de La Rioja

lauraredondo@uvigo.es 0000-0002-5074-9816

Recibido: 19.12.2021 | Aceptado: 07.03.2022

RESUMEN

La empresa CGD no renovó el contrato de la trabajadora Maya Forstater tras acusarla de haber realizado unos tuits “ofensivos y excluyentes hacia las personas trans” desde su cuenta personal de Twitter, en el contexto de un debate sobre una propuesta legislativa. Forstater demandó a la empresa CGD por finalizar la relación laboral a causa de sus ideas filosóficas. Los tribunales se plantearon si las opiniones de Forstater cumplían los criterios establecidos en el caso *Grainger v Nicholson* [2010] ICR 360 (“*Grainger V*”). Estos criterios se consideran el test jurisprudencial en UK para valorar si una creencia (o idea) debe ser protegida. El Tribunal de Apelación determinó que las ideas “*gender critical*” deben estar protegidas frente al despido como legítima manifestación de la libertad de expresión. Un aspecto preocupante de este caso es el incremento del control empresarial sobre la actividad de trabajadoras y trabajadores en redes sociales.

PALABRAS CLAVE

Gender critical
Libertad de expresión
Libertad de creencias
Redes sociales

* Esta publicación es resultado del microproyecto “Los derechos de las mujeres en la sociedad digital” de la Unidad de Excelencia de la Sociedad Digital. Universidad de Granada (IP. Tasia Aránguez Sánchez) y del proyecto “Violencia de género y subordinación estructural. Implementación del principio de *gender mainstreaming*”. PID2019-108526RB-100 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

ABSTRACT

The company CGD did not renew the contract of employee Maya Forstater after accusing her of having made “offensive and exclusionary tweets towards trans people” from her personal Twitter account, in the context of a debate on a legislative proposal. Forstater sued CGD for terminating her employment because of her philosophical views. The courts considered whether Forstater’s views met the criteria set out in *Grainger v Nicholson* [2010] ICR 360 (“*Grainger V*”). These criteria are considered the jurisprudential test in the UK for assessing whether a belief (or idea) should be protected. The Court of Appeal found that “gender critical” ideas should be protected from dismissal as a legitimate manifestation of free speech. A worrying aspect of this case is the increasing corporate control over the activity of workers on social networks.

KEYWORDS

Gender critical
Freedom of expression
Freedom of belief
Social networks

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL CASO MAYA FORSTATER
 - III. EL DERECHO DE UNA TRABAJADORA A LA LIBRE EXPRESIÓN DE SUS CREENCIAS EN REDES SOCIALES
 - IV. LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LAS CREENCIAS “*GENDER CRITICAL*”
 - V. CONCLUSIONES. REPERCUSIÓN SOCIAL DEL CASO
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Maya Forstater trabajaba como experta en fiscalidad en el Centro para el Desarrollo Global (CGD), una empresa especializada en cooperación internacional. La empresa no recomendaba posicionamientos ideológicos de ningún tipo a su plantilla y no dio a Forstater instrucciones con respecto a los comentarios en redes sociales¹². El clima de la empresa era de debate plural y compromiso político con los derechos humanos. Sin embargo, en 2019 su contrato no fue renovado tras ser acusada de utilizar un lenguaje “ofensivo y excluyente” en unos tuits en los que se oponía a la propuesta británica de reforma de la Ley de Reconocimiento de Género (GRA)³. Dicha propuesta de ley establecía que una persona podía cambiar de sexo registral sin tener diagnóstico de disforia de género, es decir, mediante una declaración notarial. Las opiniones políticas de Forstater, contrarias a la ley propuesta, se realizaron en sus redes sociales fuera del ámbito laboral, pero fueron inspeccionadas por el departamento de recursos humanos de su empresa.

1. Hechos probados que figuran en la sentencia *Maya Forstater v CGD Europe and Others*, 2019. 2200909/2019. Employment Tribunal decision. Judge Mr Tayler.

2. Todas las citas del presente trabajo son traducciones propias.

3. Reform of the Gender Recognition Act. Government Consultation. Presented to Parliament by the Minister for Women and Equalities by Command of Her Majesty. July 2018; Gender Recognition Act- GRA, 2004.

La trabajadora demandó a la empresa reclamando que el despido se considerase nulo por ser discriminatorio, al no respetar su libertad de “creencias filosóficas”. Forstater no creía en la existencia de una “identidad de género” o sexo psicológico distinto al sexo anatómico (la posición teórica de Forstater se denomina en el ámbito anglosajón “*gender critical*”). En su demanda también alegó que había sufrido discriminación indirecta por razón de sexo, ya que es más probable que las ideas “*gender critical*” sean sostenidas por mujeres que por hombres. En el caso de Maya Forstater el principal objeto de controversia fue si las ideas “*gender critical*” deben considerarse protegidas frente al despido por la Ley de Igualdad de Oportunidades⁴.

A lo largo del proceso, los tribunales trataron de dilucidar si las ideas de Forstater cumplían los criterios establecidos en el caso Grainger plc v. Nicholson, 2010⁵. Estos criterios se consideran el test jurisprudencial en UK para valorar si una creencia (o una idea) debe ser protegida: 1. La creencia debe ser genuinamente acogida. 2. Debe ser una creencia y no una opinión o punto de vista basado en el estado de la información disponible. 3. Debe tratar sobre un aspecto importante y de peso para la humanidad. 4. Debe tener un cierto nivel de coherencia y seriedad. 5. Debe ser respetable en una sociedad democrática y no entrar en conflicto con los derechos humanos de los demás. La discrepancia fundamental en el proceso fue si las opiniones de Forstater cumplían el quinto requisito del test de Grainger. Tras una sentencia de primera instancia que consideró que sus ideas no eran respetuosas con los derechos humanos y, por tanto, quedaban al margen de las creencias protegidas por la ley británica, la sentencia del Tribunal de Apelación dio la razón a Forstater, declarando que las creencias o ideas “*gender critical*” son compatibles con los derechos humanos y, por tanto, están protegidas por la libertad de creencias⁶. De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Apelación, los contratos laborales no pueden rescindirse a causa de la expresión de dichas creencias. Esta sentencia no fue recurrida y ha sentado un precedente de gran relevancia en Reino Unido.

Pese a que el proceso se centró en la legitimidad de las posiciones “*gender critical*”, un aspecto preocupante de este caso es el incremento del control empresarial sobre la actividad de trabajadoras y trabajadores en redes sociales. En nuestros días es cada vez más difícil separar la esfera profesional de la personal, de modo que nuestra relación laboral puede verse afectada por interacciones cibernéticas totalmente ajenas al ámbito profesional. Por eso el caso Forstater debería ser leído a la luz de la jurisprudencia del TEDH, que señala que toda persona tiene derecho a una vida privada⁷. Además, esa vida no se refiere solo al ámbito íntimo inmediato, sino que

4. Equality Act-EqA, 2010.

5. Grainger plc and ors v Nicholson, 2010, ICR 360.

6. Maya Forstater v CGD Europe and Others: UKEAT/0105/20/JOJ. Employment Appeal Tribunal judgment of Mr Justice Choudhury, Mr C Edwards and Mrs MV McArthur on 10 June 2021; Maya Forstater v CGD Europe and Others, 2019. 2200909/2019.

7. Artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos: respeto de la vida privada sin injerencias. Artículo 9: “la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. Artículo 10: “el ejercicio

incluye el derecho a comunicarnos con otras personas para establecer y desarrollar relaciones sociales.

II. EL CASO MAYA FORSTATER

El fin de la relación contractual estuvo motivado por más de 150 tuits que Forstater escribió en pocas semanas. Algunos de los tuits aludidos en la sentencia son los siguientes⁸:

“La reforma de la *Gender Recognition Act* propuesta por el Gobierno quiere cambiar drásticamente el alcance de la ley. Actualmente se requiere un diagnóstico médico de disforia de género para el cambio de sexo y ahora se pretende que la única base sea la ‘autoidentificación’”.

“Algunas personas transgénero se someten a cirugía estética. Pero la mayoría conservan sus genitales de nacimiento. Hay que proteger la igualdad y la seguridad de todos, pero las mujeres y las niñas pierden en privacidad, seguridad y equidad si se permite a los varones entrar en los vestuarios, en los dormitorios, en las cárceles y en los equipos deportivos”.

Forstater también realizó comentarios en Twitter sobre el director de una gran empresa, que lleva vestidos y peluca, se autodefine como no binario y fluido. Dicho ejecutivo fue premiado con un puesto en una lista de las 100 mujeres de negocios más importantes del mundo. La trabajadora tuiteó:

“Tengo una pregunta para mis amigos varones de Twitter que se han comprometido a no acudir a mesas de Congresos sin mujeres ponentes: si te invitaran a una mesa redonda con un hombre y con Pip Bunce, una de las 100 mejores mujeres del mundo de los negocios, ¿dirías que sí o llamarías a los organizadores y les dirías que lo sientes, que no participas en paneles sin mujeres?”⁹. “Es raro que Bunce se sintiera con derecho a aceptar el premio, en lugar de decir “lo siento, ha habido un error, soy un hombre que desafía las normas de género”. “Bunce es un travestido a tiempo parcial que principalmente se hace llamar Phillip”. “Bunce es un hombre blanco al que le gusta vestirse con ropa de mujer”.

La demandante también tuiteó con frecuencia la definición de los diccionarios Oxford English y Merriam Webster: “Mujer: hembra humana adulta” y en otro tuit explicó: “Sí, creo que los hombres no son mujeres. No creo que ser mujer sea una cuestión de identidad o de sentimientos femeninos. Es biología”.

de estas libertades, que entraña deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la integridad territorial o de la seguridad pública, para prevenir desórdenes o delitos, para proteger la salud o la moral, para proteger la reputación o los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para mantener la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Ver Sentencia 5-9-17 del TEDH (Gran Sala), caso *Barbulescu contra Rumanía* (TEDH201761)-EDJ 2017/169399.

8. Hechos probados que figuran en la sentencia del Juez Mr Tayler. *Maya Forstater v CGD Europe and others* 2019: 2200909/2019

9. McShane, A.: “‘Gender fluid’ Credit Suisse director named on FT list of Top 100 Women in Business”, *Evening Standard*, 22 september 2018. Disponible en: <https://www.standard.co.uk/news/uk/gender-fluid-exec-named-on-list-of-top-100-women-in-business-a3942896.html>.

En la red social estos comentarios no suscitaron un debate tenso, pero poco después de escribirlos Forstater recibió un correo electrónico del departamento de Recursos Humanos de su empresa señalando que algunos empleados del CGD habían expresado su preocupación por sus comentarios en redes sociales. La empresa dijo a Forstater que debía poner un descargo de responsabilidad en su biografía de Twitter y se le advirtió que mucha gente encontraría sus tuits ofensivos y excluyentes. Ella accedió a la petición de declarar que sus opiniones eran exclusivamente suyas, pero añadió que se mantenía en sus posiciones y que, dado que se trata de una cuestión política importante de la que era necesario debatir, seguiría tuiteando y escribiendo sobre el tema en su tiempo libre, en su cuenta personal de Twitter. En el transcurso de los meses siguientes se investigaron esos tuits, así como los debates que había mantenido en redes sociales con personas ajenas a la empresa y también se investigó un artículo de blog que Forstater había escrito y que había compartido informalmente con varios colegas de la empresa. Dicho artículo se titula “Hablemos sobre el sexo”¹⁰.

En el artículo de blog, Forstater expone que en su ámbito profesional, el del desarrollo internacional, las organizaciones suelen utilizar el término “género” para referirse a los problemas que afrontan las mujeres y las niñas. Dicho término se utiliza como sinónimo educado de “sexo” y para englobar las expectativas y limitaciones que las sociedades imponen a las personas debido a su sexo. Sin embargo, la autora expone que la palabra “género” también puede entenderse como “identidad de género” (el sentido interno que tienen algunas personas de ser masculinas o femeninas, una mezcla de ambas o ninguna), así como “expresión de género” (signos visibles como la ropa, el maquillaje, los peinados y las modificaciones corporales que las personas pueden adoptar para parecer estereotípicamente masculinas o femeninas). La autora explica que la identidad de género y el sexo son conceptos diferentes y que en las organizaciones internacionales se argumenta cada vez con mayor frecuencia que la identidad de género debe sustituir al sexo como categoría legal y práctica, de modo que sea la identidad personal, y no la anatomía, la que determine si alguien es mujer u hombre.

Pero, en opinión de Forstater, definir la feminidad como un sentimiento y no como un hecho biológico tiene importantes implicaciones para la protección de los derechos de las mujeres porque las organizaciones que se ocupan del desarrollo internacional tendrán dificultades para articular sus políticas si no emplean una palabra que designe a las personas de sexo femenino. Forstater señala cuatro aspectos que le preocupan:

1. Pérdida de intimidad en los espacios de un solo sexo, como vestuarios, aseos, dormitorios, salas de hospital, refugios y prisiones, si se permite la entrada de personas con cuerpo masculino.

10. Forstater, M.: “International development: lets talk about sex”, *Medium*, 6 de marzo de 2019. Disponible en: <https://mforstater.medium.com/international-development-lets-talk-about-sex-eb9de927c787>.

2. Pérdida de dignidad si se obliga a las mujeres a aceptar (sin consentimiento informado) que les toquen íntimamente varones biológicos, como en el cuidado de ancianos, los cacheos policiales o en los aeropuertos y las pruebas ginecológicas.
3. Pérdida de recursos y de capacidad para organizarse en grupos y proyectos creados por y para las mujeres (incluidos los grupos de lesbianas), para organizarse contra la discriminación por razón de sexo, o para enfrenarse a los problemas de las mujeres y las niñas a causa de su sexo biológico, como los matrimonios forzados, la mutilación genital, el riesgo en el parto o la desatención a las enfermedades femeninas.
4. Pérdida de las categorías deportivas femeninas. Los varones tienen ventaja en velocidad y fuerza sobre las atletas en la mayoría de los deportes, de modo que las mujeres y las niñas pierden becas deportivas y podios cuando se permite competir a varones en la categoría femenina¹¹.

En la demanda, la abogada de Forstater, Ms. Palmer, alegó que la opinión filosófica de que existen dos sexos biológicos, a pesar de ser acusada de controvertida y peligrosa, es cotidiana y se alinea con la ley¹². El sexo se reconoce jurídicamente como una cuestión de biología¹³. Forstater argumentó que desde 2004 la Ley de Reconocimiento de Género permite a las personas cambiar su sexo legalmente, produciendo una ficción jurídica para ciertos fines, pero señala que esto no cambia su sexo real (por ejemplo, en relación con la salud, la maternidad o paternidad, el deporte, la religión y la herencia). La demanda señaló que Forstater también estaba protegida contra la discriminación por motivos de creencia filosófica. Según sostuvo la abogada Ms. Palmer, tanto la “creencia en la identidad de género”, como la falta de creencia en la misma, deben estar protegidas por la ley de igualdad de oportunidades¹⁴. Es decir: deben ser protegidas frente al despido las personas que sostienen “las mujeres

11. *Ibíd.*

12. Maya Forstater and CGD Europe. Re-Amended Particulars of Claim. Employment Tribunal London South. 20 de marzo de 2019.

13. Ver el caso *Corbett v Corbett*. (1970) 2 All ER 33. Es un caso conocido de la jurisprudencia inglesa. April Ashley Corbett, nacido varón siempre declaró que sentía que era una mujer, se sometió a una de las primeras cirugías genitales transexuales y obtuvo por medios irregulares un pasaporte de mujer. Era una persona conocida por su trabajo como vedette y modelo. Contrajo matrimonio con un aristócrata que estaba fascinado por la femineidad y belleza de April. Sin embargo, cuando intentaron consumar el matrimonio, no fue posible y se divorciaron. April solicitó una pensión compensatoria y el esposo solicitó que el matrimonio se considerase nulo porque April era un varón (el esposo sabía que April era transexual cuando contrajo matrimonio). En aquel tiempo el matrimonio homosexual era ilegal y no estaba permitido el cambio de sexo registral. La sentencia estimó que el matrimonio era nulo por ser entre dos varones, pues según establece la sentencia el sexo es una categoría biológica (el certificado médico de nacimiento recoge el hecho de tener genitales de mujer o de hombre, cuestión que responde a los cromosomas y determina los gametos que se producen). Esta definición del sexo sigue siendo relevante en el derecho inglés.

14. Equality Act 2010 Explanatory Notes, Section 10. Article 51 “La característica protegida de creencia religiosa o filosófica incluye también la ausencia de creencias religiosas o filosóficas. Es una definición acorde con la libertad de pensamiento, conciencia y religión garantizada por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La principal limitación del artículo 9 es que la creencia religiosa debe tener una estructura clara y un sistema de creencias. Las escisiones o secciones de una religión pueden ser consideradas religiones o creencias, como protestantes y católicos dentro del cristianismo”.

trans son mujeres, los hombres trans son hombres y existen personas no binarias”, pero también las que no comparten esa creencia. La demanda sostiene que en una sociedad pluralista y abierta ambos “sistemas de creencias” deben estar protegidos. La declaración de testigo de Forstater sintetiza las creencias “*gender critical*” en cuatro puntos fundamentales:

“1. El sexo es una realidad material que no debe confundirse con los conceptos “género” o “identidad de género”. 2. Ser mujer (u hombre) es un hecho biológico inmutable, no un sentimiento o una identidad. 3. El sexo importa. 4. En particular, es importante poder utilizar el concepto “sexo” para tomar medidas contra la discriminación, la violencia y la opresión que aún afectan a las mujeres y las niñas porque nacieron mujeres”.

La empresa, el Centro para el Desarrollo Global, argumentó que solo debería ser tolerado el sistema de opinión que niega la existencia del dimorfismo sexual biológico y que afirma la existencia de un sexo psicológico denominado “identidad de género”. Por tanto, las personas con creencias “*gender critical*” no deberían tener protección contra el despido. Así, en el alegato final la abogada de la empresa, Ms. Russell, defendió que la posición de Forstater entra en conflicto con los derechos fundamentales y la dignidad de las personas trans¹⁵. La afirmación de Forstater de que el cambio de sexo registral solo establece una ficción jurídica es falsa según la empresa, porque el cambio de sexo registral implica que el sexo real de una persona es el que viene en su documentación, a todos los efectos. La empresa alega que las comparaciones que Forstater hace en Twitter entre el transgenerismo y la anorexia son discurso de odio, porque las personas con anorexia tienen una enfermedad, mientras que las personas trans intentan que el exterior coincida con el interior. La abogada Ms. Russell reprocha a Forstater que insistiese en que Pips Bunce es un hombre, cuando ha dicho que es de género fluido, y añade que las creencias de Forstater no son dignas de respeto en una sociedad democrática, porque una mesa redonda a la que acudieran un hombre y una mujer trans sería legalmente mixta y cumpliría con la norma legal de paridad. Compara las creencias de Forstater con las de Mackereth, un médico cristiano que perdió su trabajo tras negarse a identificar a una persona de dos metros de altura con barba como “señora” y cuyo despido se consideró procedente¹⁶. La abogada Ms. Russell sostiene la analogía entre ambos casos, que solo se diferenciarían en que Forstater no cree en Dios, pues tanto el médico cristiano como Forstater defienden “la idea odiosa” de que todos nacemos hombres o mujeres.

El tribunal laboral de primera instancia estuvo de acuerdo con la posición de la empresa y consideró que la opinión “*gender critical*” es “indigna de respeto en una sociedad democrática” y debe estar excluida de la protección que se le da a otras

15. Forstater, M.: “Live tweets from the tribunal”, *Medium*, 21 november 2019. Este texto recoge la transcripción de todas las sesiones de interrogatorios y alegatos, realizada por numerosas personas que fueron subiendo en vivo dicha transcripción a Twitter, pues se trató de un juicio con repercusión mediática y contaban con permiso para informar. Disponible en: <https://mforstater.medium.com/live-tweets-from-the-tribunal-5bd28f8e39c1>.

16. Mr Mackereth v (1) The Department for Work and Pensions (2) Advanced Personnel Management Group (UK) Ltd (ET/1304602/2018). Employment Tribunal.

creencias (o falta de creencias) como la doctrina de la Trinidad, la transubstanciación, el veganismo ético, el estoicismo y el nacionalismo escocés. Así, el juez Tayler señala: “considero que la opinión de la demandante, por su carácter absolutista, es incompatible con la dignidad humana y los derechos fundamentales de los demás. (...) La Ley de Reconocimiento de Género establece que el cambio de sexo se aplica a “todos los efectos”. Por tanto, si una persona ha pasado de ser hombre a mujer y tiene un certificado de reconocimiento de género, esa persona es legalmente una mujer. Esto no es algo que la demandante tenga derecho a ignorar. La postura de la demandante es que, aunque una mujer trans tenga un certificado de reconocimiento de género, no es realmente una mujer. Esa creencia no es digna de respeto en una sociedad democrática”¹⁷.

En la sentencia, el juez de primera instancia reprocha a Forstater que, en redes sociales, se negase a denominar por los pronombres “*they/them*” a un varón biológico autodeclarado “no binario”. Esta persona quería ser aludida con la tercera persona del plural “ellos/ellas”. Forstater escribió en redes sociales:

“En realidad Murray es un hombre. Murray está en su derecho de creer que no es un hombre, pero no puede obligar a los demás a creerlo”. “Me reservo el derecho de utilizar el pronombre “él” para referirme a las personas de sexo masculino. Aunque puedo optar por utilizar otros pronombres por cortesía, nadie tiene derecho a obligar a otros a hacer afirmaciones en las que no creen”.

El juez concluye “a partir de esto, y de la totalidad de las pruebas, que la reclamante es absolutista en su visión del sexo y es un componente central de su creencia que se referirá a una persona por el sexo que considere apropiado, incluso si esto viola su dignidad y/o crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. *Este planteamiento no es digno de respeto en una sociedad democrática.* (...) No acepto que se tenga en cuenta la importancia del derecho cualificado de la demandante a la libertad de expresión, ya que *es legítimo excluir una creencia que necesariamente perjudica los derechos de los demás* al negarse a aceptar el pleno efecto de un certificado de reconocimiento de género o al causar acoso a las mujeres trans insistiendo en que son hombres y a los hombres trans insistiendo en que son mujeres. El ejercicio de ponderación de los derechos humanos va en contra de la reclamante por el enfoque absolutista que adopta”.

La sentencia de primera instancia desencadenó un debate social. Como se explicará en las conclusiones, hubo apasionados posicionamientos tanto a favor como en contra de la misma que, finalmente, fue revocada por el Tribunal de Apelación Laboral¹⁸ integrado por tres magistrados, cuyo ponente fue el juez Choudhury. Los magistrados de segunda instancia argumentan: “*La creencia de la demandante no se acerca en absoluto al tipo de creencia similar al nazismo o al totalitarismo que justificaría*

17. Sentencia del juez Tayler, Maya Forstater v CGD Europe and others, 2019: 2200909/2019.

18. Maya Forstater v CGD Europe and Others: UKEAT/0105/20/JOJ. Employment Appeal Tribunal judgment of Mr Justice Choudhury, Mr C Edwards and Mrs MV McArthur on 10 June 2021.

la desprotección jurídica de dicha creencia (...)" Forstater declaró ante el Tribunal que ella no cree que sea "incompatible sostener que los seres humanos no pueden cambiar de sexo y al mismo tiempo proteger los derechos humanos de las personas que se identifican como transgénero". No parece en absoluto una creencia que pretenda destruir los derechos de las personas trans. Es una creencia que en algunas circunstancias podría ofender a las personas trans, pero *el potencial de ofensa no puede ser una razón para excluir una creencia de toda protección*".

Nos parece muy relevante esta matización. Algunos autores, como Charles Taylor¹⁹ y Alex Honneth²⁰, consideran que el reconocimiento de los demás con respecto a nuestras características distintivas no solo sería una muestra de cortesía, sino que cuando alguien nos lo niega nos causa un daño psicológico que nos impide conformar una identidad personal. Nancy Fraser²¹ señala que estas teorías del reconocimiento tienen un punto débil: de ellas parece deducirse que todo lo que refuerce la autoestima de alguien es igualmente legítimo. Sin embargo, no podemos aceptar que cada persona exija que se le trate como quiera o que determine cuándo se le está causando un daño. No existe un daño real por el mero hecho de que alguien diga sentir agredida su identidad personal. Parte de la doctrina jurídica parece apuntar a que el daño psicológico autopercebido constituye ya de por sí un atentado contra la dignidad. Consideramos que hay de rechazar este enfoque identitario del daño²².

La sentencia añade: "existen pruebas de que la creencia *"gender critical"* no es exclusiva de la demandante, sino que es ampliamente compartida, incluso entre académicos respetados (...). *Una creencia ampliamente compartida exige un análisis especialmente cuidadoso para ser condenada* y considerada indigna de respeto en una sociedad democrática. (...) La posición del derecho consuetudinario en cuanto a la inmutabilidad del sexo sigue siendo la misma y correspondería al Parlamento, y no a un juzgado o tribunal que examine si una creencia recogida en el derecho no está protegida. (...) Esta sentencia no implica que las empresas no deban proporcionar un entorno seguro a las personas trans. Los empleadores serán responsables de los actos de acoso y discriminación contra las personas trans cometidos en el contexto laboral". "El hecho de que una conducta constituya o no acoso o discriminación deberá ser determinado jurisprudencialmente en cada caso"²³.

La sentencia no fue recurrida por la empresa CGD, de modo que ha sentado jurisprudencia en Inglaterra y Gales²⁴. La abogada laboralista Sarah Lamont expone que

19. Taylor, C.: *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*, Fondo de Cultura Económica México D.F., 2003.

20. Honneth, A.: "Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento", *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 5, 1992, pp. 78-92.

21. Fraser, N., y Honneth, A.: *¿Redistribución o reconocimiento?*, Morata, Madrid, 2006.

22. Aránguez Sánchez, T.: "La introducción de los conceptos interseccionalidad y discriminación múltiple en el sistema jurídico. Fricciones con los derechos de las mujeres", en Rodríguez Magda, R. M. (Coord.): *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 191-219.

23. Maya Forstater v CGD Europe and Others: UKEAT/0105/20/JOJ. Employment Appeal Tribunal judgment of Mr Justice Choudhury, Mr C Edwards and Mrs MV McArthur on 10 June 2021.

24. *Ibíd.*

la Sentencia del Tribunal de Apelación del caso Maya Forstater tiene gran importancia para el derecho del trabajo y para esferas análogas en las que haya que ponderar el alcance de la libertad de expresión (sindicatos, partidos políticos, etc.) porque dicha sentencia implica que, aunque algunas creencias puedan considerarse ofensivas para algunas personas, la ofensa no puede ser motivo para excluir totalmente una creencia de la protección que la Ley de Igualdad de Oportunidades atribuye a la libertad de creencias. Al mismo tiempo, el Tribunal de Apelación señala que las empresas tienen el deber de evitar el acoso en su plantilla y, por tanto, son responsables de la discriminación que tenga lugar contra las personas trans en el ámbito laboral. Por ello, las empresas deberán tener cuidado de equilibrar estos derechos en juego²⁵.

III. EL DERECHO DE UNA TRABAJADORA A LA LIBRE EXPRESIÓN DE SUS CREENCIAS EN REDES SOCIALES

En fechas recientes los Tribunales de distintos países del mundo han empezado a analizar las consecuencias laborales de los comentarios publicados por los trabajadores y trabajadoras en internet al margen de la actividad laboral y sin utilizar los ordenadores de la compañía. Como expone Vanessa Núñez, usualmente estos litigios han sido concernientes a comentarios perjudiciales para la empresa (como el caso de críticas a jefes o trabajadores concretos) o bien relativos a comentarios en redes sociales que evidenciaban un incumplimiento laboral del trabajador (ausencias injustificadas al trabajo u otros incumplimientos)²⁶. Sin embargo, estos pronunciamientos judiciales aún son escasos en todos los países y hay pocos trabajos doctrinales en la materia²⁷. En España la doctrina mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia ha sido declarar improcedentes los despidos disciplinarios basados en opiniones plasmadas en blogs o en redes sociales por los trabajadores o trabajadoras, amparándose en el derecho a la libertad de expresión del artículo 21.3 de la Constitución Española. Hemos de resaltar que no se considera ilegal que la empresa analice los comentarios de la persona trabajadora, aunque estos tengan lugar fuera del lugar y horario de trabajo, en sus redes sociales privadas. No es necesaria la presencia de la persona trabajadora en la empresa para que incurra en una infracción y en una posible sanción. La legitimidad de la sanción o el despido dependerá, por tanto, del contenido de las opiniones difundidas por el trabajador o trabajadora.

Mercedes López Balaguer²⁸ se pregunta cuáles son las condiciones y límites de la potestad sancionadora de una empresa en los casos en los que el trabajador o la trabajadora realiza comentarios en sus redes sociales privadas que resultan ajenos al

25. Sarah Lamont. Maya Forstater tribunal appeal: summary and impact. Bevan Brittain. June 10, 2021.

26. Núñez Aboitiz, V.: "Uso extralaboral de nuevas tecnologías de internet: efectos sobre la relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 13-14, pp. 17-41.

27. Delaney, A.: "Social networking-what about privacy and expression?", *Employment Law Bulletin*, 104, 2011.

28. López Balaguer, M.: "Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?", *Temas Laborales*, núm. 146, 2019, pp. 95-120.

contrato de trabajo y a la empresa. La investigadora recuerda que un contrato de trabajo no implica la privación para la persona trabajadora de sus derechos y libertades, de modo que toda limitación de esta libertad de expresión debe ser excepcional y tendrá que resultar imprescindible y proporcionada. Encontramos en la jurisprudencia de distintos países ejemplos de sanciones empresariales o despidos motivados por comentarios en redes sociales, pero López Balaguer considera que es peligrosa esta tendencia a aceptar reacciones empresariales frente a la actividad privada en redes sociales, completamente ajena a la empresa y a la relación de trabajo.

Dentro de los casos de sanciones por comentarios ajenos a la relación laboral, el caso de Maya Forstater encaja en un supuesto aún más minoritario en la jurisprudencia: los casos de sanciones por discurso de odio. Es decir, no nos referimos a comentarios que critican a la empresa o a sus colegas, ni a comentarios que evidencien incumplimiento, sino a comentarios con opiniones consideradas odiosas. Como expone Fernández, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la actuación de compartir o marcar como “me gusta” en una red social determinados contenidos es considerada como una expresión legítima del derecho a la libertad de expresión, salvo que las expresiones fueran de tal naturaleza y gravedad que pudieran constituir una incitación al odio o a la violencia²⁹. Dicho Tribunal ha desarrollado una doctrina jurisprudencial que castiga las manifestaciones que propagan, incitan, promuevan o justifican acciones violentas, terrorismo u odio racial, xenofobia, antisemitismo u otras formas de odio contra las minorías³⁰.

Sala Franco señala que la empresa puede intervenir en algunos casos cuando el comportamiento de la persona trabajadora pueda repercutir nocivamente sobre el adecuado cumplimiento del trabajo o sobre los intereses de la empresa³¹. Pero, como matiza Goñi Sein, el alcance disciplinario de la empresa no puede adentrarse en las actividades extralaborales, que se desarrollan al margen del trabajo y están amparadas en derechos fundamentales, por lo que quedan fuera de la influencia de la empresa³². Podemos hablar, por tanto, de un límite a la actuación de la empresa, que es el legítimo ámbito de la libertad de expresión, pensamiento, ideas y opiniones en el marco del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa³³. Por ello, Rodríguez Escanciano concluye que el control empresarial debe ser interpretado restrictivamente cuando nos estemos refiriendo al ámbito de las ideas políticas o convicciones que,

29. Fernández, R.: “La libertad de expresión en las redes sociales: funcionalidad de los derechos clásicos ante las nuevas realidades tecnológicas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 35786/19, de 15 de junio de 2021, caso Melike contra Turquía)”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 1, 2021, 157-166.

30. Ochoa Ruiz, N.: “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto “Stern Taulats y Roura Capellera” c. España, demandas nº 51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2019.

31. Sala Franco, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Civitas, Madrid, 1999, p. 227; Rodríguez Escanciano, S.: “El poder de control empresarial en un contexto productivo tecnológicamente avanzado”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y transformaciones del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 220.

32. En este sentido, como señala en su ya clásico trabajo Goñi Sein, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 261.

33. STC 120/1990, de 27 de junio y STC 20/1990, de 15 de febrero.

además de formar parte de su intimidad, sancionarlas colisionaría con la intimidad del trabajador y con el principio de no discriminación por motivo de ideas o creencias³⁴.

En el derecho interno de Bélgica encontramos un caso que sirve como ejemplo de despido por expresiones odiosas declarado procedente pese a estar motivado por comentarios en redes sociales ajenos al ámbito laboral, es la sentencia del Tribunal del Trabajo de Lieja de 24 de marzo de la 2017³⁵. En ese caso la empresa era una asociación sin ánimo de lucro que tiene como objetivo impulsar y mejorar la integración social de la ciudad de Lieja y el trabajador ostentaba un cargo relevante en la empresa. Dicho trabajador publicó en su muro varios enlaces a artículos relacionados con el controvertido cómico francés Dieudonné, que fue condenado en Francia por antisemitismo. La empresa se reunió con el trabajador y le señaló que ocupaba un puesto relevante en la empresa y su imagen influía sobre la misma. El trabajador firmó un compromiso escrito en el que se comprometió a eliminar los post anteriores y a no compartir más contenidos antisemitas en redes sociales. Sin embargo, el trabajador marcó un “me gusta” a varias publicaciones antisemitas y la empresa procedió a despedirlo. La empresa alegó que toda la plantilla tiene derecho a la libertad de expresión, pero que eso no justifica el daño a la imagen para una empresa dedicada a la integración social, por lo que las expresiones racistas contra personas extranjeras son claramente perjudiciales para la misma. En este caso, se consideró determinante el hecho de que hubiera una advertencia previa sobre los daños que esas actuaciones podían producir a la imagen de la empresa, con un compromiso escrito asumido de modo voluntario por el trabajador. También se consideró que la infracción era de suficiente gravedad como para justificar la sanción. Como vemos, la regla general es que la empresa debe respetar la libertad de expresión en redes sociales de la plantilla, pero en algunos casos, si existe advertencia previa a la persona trabajadora, se puede declarar la proporcionalidad y la procedencia del despido motivado por la expresión de ideas odiosas que dañen la imagen de la empresa. Esos supuestos son excepcionales, es decir, solo ante ideas claramente odiosas y que causen daño a la imagen de la empresa, puede limitarse algo tan importante como la intimidad y la libre expresión de la persona trabajadora en redes sociales y su derecho a desarrollar sus ideas políticas o morales.

En el caso de *Forstater vs. CGD*, pueden encontrarse algunos paralelismos con el caso descrito, pero son más relevantes las diferencias. Con respecto a los paralelismos, en ambos casos se trata de personas trabajadoras cuya relación laboral concluyó

34. En este sentido, como indica Rodríguez Escanciano, S.: “El poder de control empresarial en un contexto productivo tecnológicamente avanzado”, ob. cit., p. 221.

35. Cour du travail de Liège (3e ch.). Arrêt du 24 mars 2017. Rôle n° 2016-AL-94; otro ejemplo de despido disciplinario declarado procedente a causa de comentarios en redes sociales de contenido ajeno al ámbito laboral, es el del Juzgado de lo social no 2 de Palma de Mallorca de 28 de febrero de 2018, Núm. 74/18. Aquí el trabajador publicó chistes macabros y racistas. En su perfil de Facebook aparecía que era “trabajador de Primark”, de modo que su publicación desembocó en una campaña de boicot a la empresa. El trabajador fue despedido sin ninguna advertencia previa sobre el uso de las redes sociales, pero el despido se consideró procedente porque la empresa sí tenía una política interna en materia de uso de redes sociales que indicaba que los trabajadores deben respetar “la dignidad de la persona” en su actuación cibernética. En este caso, a diferencia del de Maya Forstater, el daño a la imagen de la empresa resulta muy claro y el carácter odioso de los comentarios era evidente.

a causa de unas opiniones expresadas en redes sociales que no eran relativas a la empresa ni a su trabajo. Además, ambas empresas se dedican a labores solidarias y de derechos humanos, de modo que la imagen de tolerancia es muy importante. En ambos casos tuvo lugar una advertencia de la empresa por la que se señalaba que, si persistían las expresiones de odio, la relación laboral concluiría.

Sin embargo, como señalábamos, las diferencias entre los dos casos son notorias. En el caso Forstater no fue objeto de litigio la potestad disciplinaria de la empresa en relación con la actuación de la trabajadora en redes sociales. Sin embargo, aunque la cuestión se hubiera abordado expresamente, el asunto habría desembocado igualmente en dilucidar si las expresiones son odiosas o si, por el contrario, están protegidas por la libertad de creencias de la trabajadora. La alegación central de Forstater es el carácter legítimo de las ideas "*gender critical*", constituyendo una creencia filosófica que según la demandante no solo debe ser tolerada, sino que incluso es necesaria para la democracia, pues la categoría jurídica "sexo" es indispensable para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En opinión de Forstater, su diligencia como trabajadora implicaría precisamente alentar ese debate transcendental para los derechos humanos de las mujeres.

IV. LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LAS CREENCIAS "GENDER CRITICAL"

El juez Tayler estimó que las creencias "*gender critical*" son contrarias a los derechos humanos de las personas trans, por lo que a su juicio no cumplen el quinto punto de test de Grainger. La sentencia de apelación, en cambio, consideró que las creencias "*gender critical*" sí satisfacen el quinto criterio y, por tanto, deben ser protegidas frente al despido. El magistrado Choudhury³⁶ señaló que las creencias de Forstater no se parecen en absoluto al nazismo o al totalitarismo (ideas que sí quedarían excluidas de protección jurídica), y señala que, aunque las creencias "*gender critical*" pueden ser ofensivas para las personas trans en determinadas circunstancias, no resultan contrarias a los derechos humanos de las mismas.

Algunos extractos de la Declaración de testigo de Maya Forstater pueden resultar interesantes para verificar el cumplimiento del test de Grainger de las creencias "*gender critical*"³⁷. En primer lugar, la demandante señala que sus creencias no versan principalmente sobre las personas transgénero, sino sobre la importancia del sexo biológico para toda la población. Esta creencia solo se ha vuelto controvertida a la luz de la reciente opinión popularizada que sostiene que para apoyar los derechos humanos de las personas transgénero debes profesar la creencia de que el sexo no importa o no existe. Forstater señala tajante: "no albergo ningún tipo de malestar hacia las personas que no comparten mis creencias o que se identifican como transgénero o

36. Maya Forstater v CGD Europe and Others: UKEAT/0105/20/JOJ. Employment Appeal Tribunal judgment of Mr Justice Choudhury, Mr C Edwards and Mrs MV McArthur on 10 June 2021.

37. Claimant's Witness Statement. In the case of Ms Maya Forstater and CGD Europe. Masood Ahmed. London Central Employment Tribunal. 23 de octubre de 2019.

transexual. Tampoco trataría de humillar o acosar a nadie por su identidad transgénero o su expresión de género “no conforme”. Creo que se puede incluir a las personas transexuales en la vida pública, y proteger sus derechos humanos, reconociendo al mismo tiempo que en algunas situaciones –como en las relaciones sexuales y la reproducción, la atención sanitaria, las estadísticas demográficas, la intimidad corporal, los deportes y las disposiciones sobre el sexo único que existen para reparar la marginación histórica de las mujeres– lo que importa es el sexo”. A continuación, Forstater va exponiendo uno a uno los criterios de Grainger v Nicholson:

1. La creencia se mantiene genuinamente: Forstater señala que desde que tiene uso de razón comprendió que existen dos sexos. Sus padres y la escuela le explicaron las diferencias anatómicas entre los niños a las niñas. También supo desde niña que era una mujer por su propia experiencia y cuando era preadolescente comenzó a menstruar. Sin el acceso a la anticoncepción para evitar el embarazo, sus opciones vitales se habrían visto muy limitadas. La experiencia del embarazo, el parto y la lactancia también fue trascendental, afectando profundamente a su vida, su cuerpo y su carrera. Estas experiencias solo las tienen las mujeres, de modo que Forstater señala que no sabe lo que se siente al tener una “identidad de género” genuinamente femenina, solo sabe lo que se siente a ser una persona con corporalidad de hembra humana. La trabajadora añade: “antes pensaba que la existencia y la importancia de los sexos era una creencia obvia y universal, y no se me habría ocurrido que esta creencia pudiera presentarse como algo que entraba en conflicto con la protección de los derechos humanos de travestis y transexuales. La presión social para aceptar que los hombres que se identifican como mujeres son literalmente mujeres (“las mujeres trans son mujeres”) y que la categoría “mujeres” está formada por “mujeres cis” y “mujeres trans” que comparten una esencia metafísica o un sentimiento de feminidad, implica que ya no existe una palabra colectiva para nombrar a las hembras humanas”.
2. Es una creencia, no una opinión o punto de vista basado en el estado actual de la información disponible: Según Forstater, sostener que el sexo es importante no es una mera opinión, sino una creencia que afecta a la forma en que vive su vida y, en particular, al grado de comodidad que siente al estar en una situación de cercanía o desvestirse en presencia de terceros (como estar juntos a solas en un ascensor, en un autobús nocturno, en un taxi, un vestuario sauna o baño público, caminar por una calle oscura, ser abordada por un desconocido en la calle, encontrarse con alguien a solas que sólo ha conocido por Internet, someterse a un examen médico íntimo o ser registrada por seguridad) dependiendo de si los percibe como hombres o mujeres. Forstater señala que, como la mayoría de las mujeres, instintivamente evalúa los riesgos, toma precauciones y se sentirá más o menos cómoda en estas situaciones dependiendo del sexo de la otra persona. Considera que la reforma de la Ley de Reconocimiento de Género de 2004 es un asunto importante para las mujeres, porque no se trata de una mera simplificación administrativa, sino de “una redefinición radical de “hombre” y “mujer” como identidades autodeclaradas en lugar de como categorías basadas en el sexo. Esto está en directa contradicción con mi creencia de que hay dos sexos, que son inmutables y están determinados en la concepción, y que esto, y no la adopción de estereotipos de género es lo que define el ser hombre o mujer”.
3. Es una creencia sobre un aspecto importante y sustancial de la vida y el comportamiento humanos: La trabajadora sostiene que la existencia de los dos sexos es fundamental para nuestra comprensión de la biología humana. La cuestión de cómo deben garantizarse mejor los derechos humanos de las personas transgénero y transexuales,

protegiendo al mismo tiempo los derechos humanos de los demás (en particular de las mujeres), es una cuestión de peso y, según Forstater, cada vez es más importante, ya que el número de personas que se identifican como transexuales está aumentando³⁸ y la base sobre la que se reivindica la identidad transexual en el debate público está cambiando, pasando de ser un medio para hacer frente a una condición de disforia, a modificar por completo la definición de hombre y mujer³⁹.

4. La creencia en la realidad material y la inmutabilidad de los dos sexos, y en que el sexo importa, demuestra contundencia, seriedad, cohesión e importancia: Forstater defiende que la creencia de que hay dos sexos es en gran medida incontrovertible, y es la base de acuerdos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁴⁰, así como de la legislación inglesa, incluida la Ley de Igualdad del Reino Unido de 2010⁴¹. Es especialmente importante en los ámbitos de la asistencia sanitaria, el desarrollo y la protección de la infancia y la equidad en el deporte. Respetadas académicas, como Katheen Stock y Rosa Freedman, han articulado estas creencias con sistematicidad y las han analizado a través de ámbitos filosóficos, científicos y políticos⁴².
5. La creencia es digna de respeto en una sociedad democrática y es compatible con la dignidad humana y los derechos fundamentales de los demás: Forstater rechaza la analogía entre las creencias "*gender critical*" y la homofobia, porque desde su punto de vista "reconocer el sexo de alguien no significa negar su humanidad o desearle un daño" y tampoco es cierto que hacer afirmaciones categóricas generales como "las mujeres trans no son mujeres" dañe los derechos humanos de cualquier individuo. La trabajadora apunta que la existencia de los sexos como realidades biológicas está reflejada en el derecho, es ampliamente sostenida por la mayoría de las personas y es suscrita por académicas y periodistas que están analizando los problemas ocasionados en las

38. Informe del Servicio de Desarrollo de la Identidad de Género (GIDS) del National Health Service (NHS) de Reino Unido. La cifra preocupa especialmente en caso de los menores. La cifra de menores que acuden a dicho servicio ha pasado de 77 en el año 2009 a 2.728 en 2019; un aumento del 3.443% en 10 años.

39. *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. 2007. Pese a que no cuentan con carácter de derecho ni de soft law, se han citado en multitud de textos legislativos de todos los países. Se trata de un texto elaborado a título particular por numerosos expertos vinculados a la ONU y se considera la hoja de ruta en materia de "identidad de género", que queda definida así en estos principios: "la 'identidad de género' se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales". Por su parte, los Principios definen "orientación sexual" como "atracción por el mismo género". Nótese que ambas definiciones mezclan confusamente el significado de los términos "sexo" y "género", a fin de que el "género" se convierta en una identidad personal, en libre expresión de la personalidad y en el criterio determinante para definir la orientación sexual de la persona. El sexo como realidad biológica queda oscurecido y el "género" deja de entenderse como un conjunto de estereotipos impuestos que deben ser erradicados.

40. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979. Artículo 1. "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

41. La Equality Act de 2010 establece en su capítulo 1 ocho características protegidas por el derecho de Reino Unido: edad, discapacidad, reasignación de género, matrimonio o unión civil, raza, religión o creencias, sexo, y orientación sexual. Define "sexo" así: "Una referencia a una persona que tiene esta característica protegida en particular se refiere a un hombre o una mujer. Una referencia a personas que comparten esta característica protegida se refiere a personas del mismo sexo".

42. Stock, K.: *Material Girls: Why Reality Matters for Feminism*, Fleet, London, 2021.

políticas públicas por sustituir el sexo por la identidad de género autodeclarada. La opinión de que la identidad de género no anula al sexo es compartida por la mayoría de la gente común. Una encuesta de Populus realizada en octubre de 2018 encontró que el 64% de las personas en el Reino Unido no creen que una persona deba poder cambiar el "género" en su documentación oficial a través de un simple proceso de autoidentificación. El 59% de la gente considera que una persona con pene que se identifica como mujer no es una mujer y menos de una de cada cinco personas está de acuerdo con que se les permita competir en deportes femeninos, cambiarse en vestuarios femeninos o ser alojados en cárceles femeninas⁴³. Debemos ser cuidadosos si pretendemos expulsar ideas tan extendidas del debate democrático.

Por otro lado, Forstater señala que también es digno de respeto democrático defender la existencia de una identidad de género innata, un sentimiento de cada persona que se experimenta como una certeza íntima. Según dicha creencia, al pronunciar performativamente la frase "soy una mujer", la persona es una mujer. Forstater considera que es derecho de cada persona, digno de respeto en una sociedad democrática, creer esto sobre una misma, al igual que la creencia de una persona religiosa de que todo el mundo tiene un alma inmortal es digna de respeto (incluso si las otras personas no creen tener alma). Las personas que creen que todo el mundo tiene una identidad de género interna, y que esto, y no los hechos de su cuerpo, es lo que les hace ser hombres o mujeres, pueden sentirse cómodas desnudándose, lavándose y recibiendo cuidados personales, siendo cacheadas, atendidas médicamente o compartiendo alojamiento para dormir con personas del sexo opuesto que declaran tener la misma identidad de género.

Sin embargo, Forstater cree que no es digna de respeto democrático la creencia adicional de que otros que no comparten esta creencia (incluidos los niños) deben ser obligados a fingir que la comparten, por ejemplo, que no deben referirse al sexo real de una persona en ninguna circunstancia, que pueden ser obligados a referirse a alguien con unos pronombres, que los delitos cometidos por los hombres deben registrarse como cometidos por las mujeres, que las personas deben recibir cuidados íntimos, desvestirse, lavarse o dormir con personas del sexo opuesto, etc. Forstater rechaza que las instituciones ignoren el sexo de una persona cuando sea relevante por motivos sanitarios (como en el embarazo o la donación de sangre). En resumen, Forstater considera que la creencia en la identidad de género es digna de respeto en una sociedad democrática, pero cuando se lleva al extremo de exigir que todos los demás finjan compartir esta creencia, no es compatible con los derechos y las libertades de los demás, en particular con los derechos de las mujeres y las niñas.

Forstater señala que, en la vida cotidiana, las personas con creencias fundamentales diferentes pueden llevarse bien gracias a la tolerancia. Por ejemplo, una persona que cree en la vida después de la muerte y otra que cree en una explicación puramente materialista de la vida humana, tendrán interpretaciones completamente

43. "The results of the Populus on-line survey following the UK Gender Recognition Act consultation", *Fair Play for Women*, 15 November 2018. Disponible en: <https://fairplayforwomen.com/poll/>.

diferentes e incompatibles de la palabra “muerte”. Sin embargo, pueden consolarse mutuamente en el funeral de un amigo. Del mismo modo, cuando alguien que no cree en la identidad de género se refiere a una mujer trans como “ella” lo hace por cortesía, reconociendo que ayuda a esa persona a sentirse cómoda. En cambio, una persona que cree en la identidad de género que usa el pronombre “ella” para referirse a una mujer trans, está reflejando su creencia de que la identidad de género es lo que define a una mujer. Estas creencias son incompatibles, pero eso no significa que las personas con creencias diferentes se odien o no puedan llevarse bien. Ahora bien, a nivel legislativo, esta incompatibilidad no se resuelve con un ejercicio de tolerancia, pues cada concepción tiene distintas consecuencias prácticas, por ejemplo, establecer los criterios para saber a quién se le debe permitir competir en deportes femeninos, o alojarse en cárceles de mujeres, o en refugios de un solo sexo, cómo se recogen las estadísticas o cómo se debe tratar a los niños que experimentan disforia de género. Hay que tomar decisiones legislativas complicadas y por ello es fundamental que se produzca un debate democrático.

En apoyo a Maya Forstater, declaró como testigo la mujer transexual Kristina Harrison, que suscribe las opiniones “*gender critical*” y señala: “no tenemos ningún derecho, ni moral ni jurídico, como varones biológicos, a acceder a los espacios y derechos específicos de las mujeres”⁴⁴. Harrison añade que, como persona atea, rechaza todas las explicaciones religiosas o sobrenaturales de nuestra existencia y los intentos de estructurar la sociedad según los edictos de la Biblia. Sin embargo, respeta el derecho de los demás a tener esas creencias religiosas, a vestirse, a rendir culto y a profesar sus creencias sin discriminación ni violencia. Del mismo modo, señala que negarse a someterse a la creencia en la “identidad de género” (esencialmente un alma de género), no disminuye los derechos, la igualdad y la dignidad de las personas trans. Finalmente apunta: “aceptar la realidad de nuestro sexo no impide en absoluto que sigamos presentándonos como mujeres y que sigamos teniendo derechos legales cualificados como “mujeres” sociojurídicas. Podemos ser tratadas como mujeres siempre que eso no vulnere los derechos fundamentales de las mujeres. En esos casos, las personas trans deben tener acceso a alternativas jurídicas de igual calidad que sean seguras y dignas para nosotras” (Harrison se refiere a situaciones conflictivas como las categorías deportivas femeninas, los módulos femeninos de prisiones, los refugios de violencia machista o los aseos)⁴⁵.

V. CONCLUSIONES. REPERCUSIÓN SOCIAL DEL CASO

En Reino Unido el influyente grupo Stonewall defiende que las ideas “*gender critical*” queden excluidas del debate público, pero desde 2018 cada vez más personas de renombre respaldan la libre expresión de estas ideas. Por ejemplo, doce eminentes

44. Forstater, M.: “Live tweets from the tribunal”, *Medium*, 21 november 2019.

45. *Ibíd.*

filósofos, entre ellos Peter Singer, firmaron una carta de apoyo al debate sin censura⁴⁶. Además, periodistas de reconocido prestigio como Janice Turner y James Kirkup han escrito columnas sobre estos temas y representantes de la política como Joanna Cherry QC y Joan McAlpine han planteado críticas en relación con la reforma de la Ley de Reconocimiento de Género y contra la sustitución del sexo por la identidad de género en el censo. En este contexto de creciente debate, la demanda de Forstater contra la empresa CGD tuvo gran repercusión. Stonewall, Amnistía Internacional y otras organizaciones defendieron públicamente que el discurso “*gender critical*” debía considerarse odio, mientras que la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos del Parlamento británico intervino para defender el derecho de Forstater a la libertad de pensamiento⁴⁷.

Inesperadamente, el 19 de diciembre de 2020, la escritora Joanne Rowling tuiteó este mensaje con el *hashtag* #IStandWithMaya: “Viste como prefieras. Llámate como quieras. Mantén relaciones adultas consentidas con quien te guste. Vive la vida lo mejor posible en paz y seguridad, ¿pero despedir a mujeres de sus trabajos por defender que el sexo es real? Estoy con Maya”. Este mensaje provocó miles de reacciones en redes sociales, en los medios de comunicación y cobertura en programas de máxima audiencia, dando a conocer a la población británica las posiciones “*gender critical*”, hasta entonces ausentes del debate público. El apoyo a Maya Forstater en Twitter de la famosa escritora de Harry Potter proporcionó una enorme visibilidad mediática al caso, que fue conocido en el mundo entero. También se popularizó en varios países el debate sobre la consideración del feminismo crítico del género (*gender critical*) como una opinión legítima en una sociedad democrática.

Tras una oleada de ciberacoso contra la escritora, Rowling publicó un texto en el que expuso detalladamente sus motivos para respaldar a Forstater y a las feministas “*gender critical*”. Este es un fragmento del mismo: “en diciembre pasado tuiteé mi apoyo a Maya Forstater, una especialista en derecho financiero que había perdido su trabajo por lo que se consideraban tweets ‘transfóbicos’. Ella llevó su caso a un tribunal laboral y le pidió al juez que dictaminara si la creencia filosófica de que el sexo está determinado por la biología está protegida por la ley. El juez Tayler dictaminó que no. (...) Mi interés por los temas trans precedió al caso de Maya en casi dos años, durante los cuales seguí de cerca el debate sobre el concepto de identidad de género. (...) En una ocasión, distraídamente pulsé “me gusta” a una publicación feminista. Ese solo “me gusta” se consideró la evidencia de un pensamiento erróneo, y comenzó acoso persistente de baja intensidad. (...) Menciono esto solo para explicar que sabía perfectamente lo que iba a suceder cuando apoyara a Maya. (...) Esperaba las amenazas de violencia, que me dijeran, literalmente, que estaba matando a personas trans con mi odio, que me llamaran “coño” y “perra” y, por supuesto, que se quemaran mis libros. Lo que no esperaba

46. “Philosophers Should Not Be Sanctioned Over Their Positions on Sex and Gender”, *Inside Higher Ed*. July 22, 2019. Disponible en: <https://www.insidehighered.com/views/2019/07/22/philosophers-should-not-be-sanctioned-their-positions-sex-and-gender-opinion>.

47. Falkner, K.: “The freedom to hold a belief is something we all need to protect”, *Equality and Human Rights Commission*, June 17, 2021. Disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-work/blogs/freedom-hold-belief-something-we-all-need-protect>.

después de mi cancelación fue la avalancha de correos electrónicos y cartas que recibí de agradecimiento y apoyo, de personas a las que les preocupan los peligros de las nuevas leyes para los jóvenes, las personas homosexuales y la erosión de los derechos de las mujeres y las niñas. Sobre todo, les preocupa este clima de censura⁴⁸”.

J.K. Rowling no fue la única voz que se posicionó junto a Maya Forstater, cuestionando la sentencia de primera instancia del juez Tayler. La feminista Kathleen Stock es una conocida escritora y académica del área de filosofía, que hasta 2021 ha trabajado en la Universidad de Sussex y que ha dimitido recientemente por el acoso al que la ha sometido un grupo de alumnado a causa de sus opiniones “*gender critical*”, coincidentes con las de Maya Forstater⁴⁹. Kathleen Stock comenta sobre el caso Forstater que la sentencia del Juez de primera instancia Tayler “sería cómica si no fuese tan preocupante”⁵⁰. Stock se muestra sorprendida al descubrir que un juez sugirió que la creencia en que solo existen dos sexos biológicos es “falsa” y “obsoleta para la ciencia moderna”. Stock señala que el juez se equivoca sobre estos hechos científicos pero que, en cualquier caso, la opinión de un juez sobre la existencia científica del sexo biológico es irrelevante para el fallo: “para obtener protección legal, no es un requisito que una creencia le parezca verdadera a un juez, ni siquiera que haya pruebas sólidas de que dicha creencia es verdadera según los expertos. Los sistemas de creencias protegidos por la Sección 10 en la jurisprudencia laboral anterior han incluido el estoicismo, el nacionalismo escocés, el espiritismo y la creencia de que la homosexualidad es un pecado”⁵¹.

La base principal del juez de primera instancia para declarar la procedencia del despido es que las creencias de Forstater causan un “enorme dolor” a las personas trans e incluso llega a definir dichas ideas como “acoso”. Stock destaca que Forstater realiza la expresión de sus ideas a través de sus redes sociales, en el contexto del debate sobre una propuesta de ley. Sus opiniones no se referían a personas conocidas y concretas de su entorno laboral o personal. Forstater expresa sus opiniones de modo generalizado y en tercera persona. Por eso la abogada de Forstater, Ms. Palmer, en la apelación argumentó que sus opiniones no cumplían con los requisitos legales para ser consideradas acoso⁵². La abogada señaló que en una sociedad pluralista con muchas perspectivas que compiten entre sí, la expresión de puntos de vista que causan ofensa a terceras personas es inevitable. Por lo tanto, la ofensa por sí sola no puede ser motivo de ilegalidad. Es más, cuando unos argumentos particularmente convincentes desafían nuestras creencias, es natural que reaccionemos ofendiéndonos, a modo de

48. Rowling, J. K.: “J.K. Rowling Writes about Her Reasons for Speaking out on Sex and Gender Issues”, *J.K. Rowling Website Limited*, 10 June 2020. Disponible en: <https://www.jkrowling.com/opinions/j-k-rowling-writes-about-her-reasons-for-speaking-out-on-sex-and-gender-issues/>.

49. Howard, H.: “Feminist professor Kathleen Stock quits University of Sussex after ‘bullying and harassment’ campaign to oust her by students in trans rights row”, *Daily Mail*, Oct 28, 2021.

Disponible en: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10141421/Feminist-professor-Kathleen-Stock-QUITS-University-Sussex.html>.

50. Stock, K.: “What is a woman?”, *Index on Censorship*, vol. 50, núm. 2, 2021, pp. 70-72.

51. *Ibid.*, p. 71.

52. Appellant’s skeleton argument, *Forstater v CGD and others*, Employment Appeal Tribunal, 2021.

defensa. Citando precedentes legales, la abogada Ms. Palmer subraya que, en un pleito sobre los límites de la libertad de expresión, no es función de un tribunal adoptar una posición sobre un debate teórico como este, salvo en casos extremos y excepcionales en los que el objeto sea un grave ataque a los derechos de los demás.

Stock resalta que Forstater no dirigía sus opiniones hacia nadie de su entorno y que, al ser interrogada en el juicio, se declaró cortésmente dispuesta a tratar a las personas según el sexo al que declaren pertenecer, utilizando los nombres y pronombres de preferencia. La posición de Forstater que el juez Tayler considera intolerablemente ofensiva radica en describir a las mujeres trans como varones biológicos a efectos de ciertos debates prácticos sobre los derechos de las mujeres. En concreto, en relación con los espacios actualmente reservados a un solo sexo (prisiones, refugios para víctimas, etc.) y las categorías deportivas, que se están distribuyendo cada vez más según la “identidad de género” y no según el sexo biológico, con consecuencias para las mujeres y las niñas. Stock se pregunta: “¿cómo es posible que la expresión de creencias relativamente mundanas sobre la clasificación biológica de los seres humanos en dos sexos –creencias que incluso hace cinco años no eran controvertidas y eran sostenidas por casi todo el mundo, y que siguen siendo sostenidas por millones de personas en todo el mundo– haya llegado a contar para algunos, incluido el juez del tribunal, como algo parecido al acoso?”⁵³. Decir que las mujeres trans son hombres no tiene por qué ser un insulto ni una evaluación negativa, sino que podría ser, en su contexto, una descripción desapasionada de un hecho percibido sobre la pertenencia a una categoría biológica. Sin embargo, para la abogada de la empresa, Ms. Russell, categorizar a alguien como hombre o mujer según criterios biológicos, es siempre un acto de exclusión, un acto de supremacismo sexual, que crea dos clases de mujeres: unas reales y otras falsas.

Stock manifiesta dudas sobre la imparcialidad del juez Tayler, que cita en su sentencia el “Equal Treatment Bench Book”⁵⁴, elaborado por el Colegio Judicial para orientar a los jueces y juezas en el uso de terminología respetuosa y que contiene explícitamente recomendaciones de Stonewall, una ONG que desde hace años defiende la existencia de la “identidad de género innata”. Stock considera que el juez se extralimitó apoyándose en dicha recomendación para resolver el fondo del caso. Ciertamente, coincidimos con Stock en que resulta llamativo leer en la sentencia estas reflexiones terminológicas tan extrañas: “*Por ser considerado ofensivo, no utilizaré el término “transsexual” salvo cuando me refiera a su uso en la Ley de Igualdad de 2010 y en la jurisprudencia. En cambio, utilizaré el término de “mujer trans” u “hombre trans” para referirme a las personas transgénero por el género que viven. (...) No utilizaré el término “mujer cis” porque la demandante lo considera ofensivo. Cuando sea necesario, me referiré a las mujeres como “mujeres asignadas al nacer”.* He procurado, siempre que ha sido posible, referirme a las personas por los pronombres que prefieren”⁵⁵.

53. Stock, K.: “What is a woman?”, ob. cit., p. 71.

54. *Equal Treatment Bench Book*, Judicial College Publications, London, 2021.

55. *Maya Forstater v CGD Europe and Others*, 2019. 2200909/2019. Employment Tribunal decision. Judge Mr Tayler.

Con respecto a la sentencia del Tribunal de Apelación, también ha tenido enorme repercusión. Por ejemplo, el investigador Phoenix Andrews valora negativamente dicha sentencia, pues considera que las palabras de Forstater no están aisladas sino que forman parte del movimiento "*gender critical*", "que han hecho del Reino Unido un lugar donde ser abiertamente trans es más difícil que antes"⁵⁶. Andrews señala que a raíz del incremento de las opiniones de feministas "*gender critical*" han aumentado los incidentes de mujeres que han pedido a personas trans que abandonen baños públicos de mujeres por ser percibidas como varones biológicos. Andrews señala que las palabras de Forstater produjeron un ambiente irrespetuoso para las personas trans en su lugar de trabajo al remitir esas opiniones por email a sus compañeros e introducir esos debates que también dañaron la reputación de su empresa. El investigador señala que no se puede debatir con aquellos que cuestionan los derechos de las personas trans. En opinión de este investigador, no todo debate es valioso y hay cuestiones que deben quedar fuera de toda discusión. En síntesis, valora negativamente la sentencia del tribunal de apelación porque establece un precedente que se citará tanto en los casos judiciales del Reino Unido como en otros países. Uno de los aspectos que reprocha Andrews a las ideas "*gender critical*" es que "alientan un miedo irracional, una fobia, hacia las personas trans"⁵⁷. Andrews se refiere al temor de las feministas ante el acceso de varones biológicos a prisiones femeninas y otros espacios de un solo sexo. Este argumento también lo encontramos en el alegato final de la abogada de la empresa Ms. Russell⁵⁸, que defendió que la posición de Forstater es similar a una teoría de la conspiración y carece del mínimo de coherencia, racionalidad y seriedad para pasar el test de Grainger. El director de Recursos Humanos de la empresa CGD esgrimió el mismo argumento durante el proceso, cuando fue interrogado como testigo por la abogada de Forstater, Ms. Palmer:

- "Abogada Palmer: Incluso los violadores convictos pueden identificarse a sí mismos como mujeres para acceder a las duchas y los baños de mujeres, ¿no le parece una locura?
- RRHH: Me parece inapropiado usar palabras como "violador" y ese tono siniestro que genera miedo.
- Abogada Palmer: Usted defiende que los hombres puedan entrar en cualquier espacio de mujeres mediante la autoidentificación, sin que podamos hacer absolutamente nada para impedirlo.
- RRHH: Me parecería indignante algo tan estrambótico como que los hombres fingieran ser mujeres para violar a mujeres en un tren-dormitorio.
- Abogada Palmer: ¿Realmente no lo ve?
- RRHH: Me parece una teoría de la conspiración.
- (La abogada cita estadísticas de violencia masculina contra las mujeres)
- RRHH: ¿Qué tienen que ver esas cifras con las personas transgénero?

56. Andrews, P.: "This is hate, not debate", *Index on censorship*, vol. 50, núm. 2, 2021, pp. 73-75.

57. *Ibid.*

58. Forstater, M.: "Live tweets from the tribunal", *Medium*, 21 november 2019.

- Abogada Palmer: Usted parece no considerar en absoluto las preocupaciones de las mujeres, ¿no cree que las mujeres tienen aunque sea una mínima razón para preocuparse?⁵⁹".

Más allá de las opiniones suscitadas por la Sentencia, esta ha tenido impacto institucional. En 2021 la Comisión Jurídica de Inglaterra y Gales⁶⁰, un organismo independiente creado por el Parlamento británico, ha recomendado que los puntos de vista "*gender critical*" se incluyan normativamente dentro de la protección del derecho a la libertad de expresión. La Comisión recomienda que el Parlamento proteja de modo específico los discursos que defienden la existencia del sexo biológico, para que no se consideren delitos de odio hacia las personas transgénero. La Comisión ha señalado que el uso de unos pronombres no puede ser considerado una conducta de acoso u odio y ha citado expresamente el caso de Maya Forstater, así como el caso de Harry Miller, que también fue acusado de discurso de odio "transfóbico" por sus tuits y fue absuelto, pues el juez concluyó que las ideas "*gender critical*" están protegidas por la libertad de expresión⁶¹.

En lo concerniente al tema específico del derecho a la libre expresión de los trabajadores en redes sociales, consideramos que el caso de Maya Forstater tiene relevancia internacional para la ponderación de los límites la potestad disciplinaria de las empresas relativa a los comentarios presuntamente odiosos. En particular, cualquier acusación de odio habrá de encontrar sólido fundamento para considerarse un motivo legítimo de sanción, pues hemos de salvaguardar al mismo tiempo los derechos de las minorías y el derecho a la libertad de expresión de las personas trabajadoras.

Bibliografía

- Andrews, P.: "This is hate, not debate", *Index on censorship*, vol. 50, núm. 2, 2021.
- Aránguez Sánchez, T.: "La introducción de los conceptos interseccionalidad y discriminación múltiple en el sistema jurídico. Fricciones con los derechos de las mujeres", en Rodríguez Magda, R. M. (coord.): *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
- Delaney, A.: "Social networking-what about privacy and expression?", *Employment Law Bulletin*, 104, 2011. *Equal Treatment Bench Book*, Judicial College Publications, London, 2021.
- Fernández, R.: "La libertad de expresión en las redes sociales: funcionalidad de los derechos clásicos ante las nuevas realidades tecnológicas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 35786/19, de 15 de junio de 2021, caso Melike contra Turquía)", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 1, 2021.
- Fraser, N., y Honneth, A.: *¿Redistribución o reconocimiento?*, Morata, Madrid, 2006.
- Goñi Sein, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.
- Honneth, A.: "Integridad y desprecio. Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento", *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 5, 1992.

59. *Ibid.*

60. Law Commission. Hate crime laws: Final report Presented to Parliament pursuant to section 3(2) of the Law Commissions Act 1965. Law Com No 402. Ordered by the House of Commons to be printed on 6 December 2021

61. *Miller v College of Police and the Chief Constable of Humberside*, 2020, EWHC 225. 261.

- López Balaguer, M.: "Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?", *Temas Laborales*, núm. 146, 2019.
- Núñez Aboitiz, V.: "Uso extralaboral de nuevas tecnologías de internet: efectos sobre la relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 13-14.
- Ochoa Ruiz, N.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto "Stern Taulats y Roura Capelle- ra" c. España, demandas nº 51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2019.
- Rodríguez Escanciano, S.: "El poder de control empresarial en un contexto productivo tecnológicamente avanzado", en AA.VV.: *Descentralización productiva y transformaciones del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Sala Franco, T.: "El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral", en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Civitas, Madrid, 1999.
- Stock, K.: *Material Girls: Why Reality Matters for Feminism*, Fleet, London, 2021.
- Stock, K.: "What is a woman?", *Index on Censorship*, Vol. 50, núm. 2, 2021.
- Taylor, C.: *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*, Fondo de Cultura Económica México D.F., 2003.



Trabajo a distancia y COVID-19 en Cuba: entre la protección sanitaria obligada y la protección laboral incompleta

TELEWORKING AND COVID-19 IN CUBA: BETWEEN OBLIGATORY HEALTH PROTECTION AND INCOMPLETE LABOR PROTECTION

Sandys Menoya Zayas

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Pinar del Río (Cuba)

sandys@upr.edu.cu 0000-0002-3249-7248

Recibido: 20.01.2022 | Aceptado: 27.04.2022

RESUMEN

La crisis sanitaria mundial provocada por la COVID-19 ha hecho que el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad económica y social y la prevención del contagio. Cuba no ha estado ajena a esta realidad, que ha generado medidas de política pública que, en función de proteger bienes jurídicos superiores como la salud y seguridad colectiva, han puesto en entredicho la pertinencia y viabilidad de esa forma de trabajo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la seguridad y salud laboral y otros factores psicosociales. El presente trabajo tiene como objetivo valorar críticamente la regulación y aplicación del trabajo a distancia en Cuba, como medida emergente ante la COVID-19. Se concluye que existen vacíos legales y metodológicos desde el Derecho del Trabajo que deben ser corregidos si se pretende que esta modalidad laboral se imponga definitivamente como práctica.

ABSTRACT

The world health crisis caused by COVID-19 has made teleworking appear as the most effective mechanism to ensure the maintenance of economic and social activity and the prevention of contagion. Cuba has not been oblivious to this reality, which has generated public policy measures that, in order to protect superior juridical goods such as collective health and safety, have questioned the relevance and viability of this form of work, from the point of view of fundamental rights, occupational health and safety and other psychosocial factors. The purpose of this paper is to evaluate critically the regulation and application of teleworking in Cuba, as an emerging measure facing the COVID-19. It is concluded that there are legal and methodological gaps in Labor Law that must be corrected if this labor modality is to be definitively imposed as a practice.

PALABRAS CLAVE

Trabajo a distancia
Trabajo a domicilio
Teletrabajo
Pandemia
Cuba

KEYWORDS

Distance working
Home working
Teleworking
Pandemic
Cuba

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. BASES TEÓRICO-JURÍDICAS DEL TRABAJO A DISTANCIA, EL TELETRABAJO Y EL TRABAJO A DOMICILIO
 - A. Definiciones y delimitaciones necesarias
 1. Trabajo a distancia
 2. Trabajo a domicilio
 3. Teletrabajo
 - B. Análisis comparado de la modalidad en el ámbito iberoamericano
- III. REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO A DISTANCIA / TELETRABAJO EN CUBA: LA INSUFICIENTE E INACABADA PROTECCIÓN LABORAL
 - A. Emergencia sanitaria pandémica y medidas de contención y protección. ¿Y lo laboral?
 - B. Resolución 71/2021 del ministerio de trabajo y seguridad social: "algo es más que nada"
 1. Análisis crítico
 2. Propuestas de mejora
- IV. IDEAS DE CIERRE
 - Bibliografía
 - Normativa

I. INTRODUCCIÓN

El mundo del trabajo se ha visto profundamente afectado por la pandemia mundial del virus SARS-CoV-2, que además de ser una amenaza para la salud pública ha generado perturbaciones a nivel económico y social, poniendo en peligro los medios de vida a medio y largo plazo y el bienestar de millones de personas. Los países han tenido que aplicar medidas sin precedentes para hacer frente a la propagación de la enfermedad y mitigar sus efectos adversos en la economía y en el mercado laboral. Las respuestas de las políticas nacionales han operado esencialmente sobre cuatro ejes: estímulo a la economía, apoyo a las empresas, protección a los trabajadores y soluciones sociales¹.

La crisis sanitaria ha hecho que el trabajo a distancia, con su subespecie del teletrabajo, se mostrara como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio. Durante la crisis sanitaria no solo se ha reforzado la tendencia a la normalización del trabajo a distancia, que ya se anticipaba con anterioridad a la misma, sino que incluso su utilización se ha llegado a configurar como preferente², al haber sido entendido como un mecanismo de protección a los trabajadores, y por ello los gobiernos han

1. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD]: *Disposiciones normativas sobre el teletrabajo en los países CLAD como consecuencia de la Pandemia*, Documento de trabajo, 2020. Consultado en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/05/Teletrabajo-PM-CLAD.pdf> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).

2. Cfr. España, Jefatura del Estado: *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 73, de 18 de marzo de 2020, páginas 25853 a 25898 (46 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8>.

garantizado a estos, a través de diferentes instrumentos normativos, la posibilidad de continuar sus labores a distancia, sin afectar la productividad ni su desempeño³.

En algunos países las cifras reflejan claramente esta preferencia de uso: por ejemplo, en Finlandia durante el apogeo de la pandemia el uso del teletrabajo alcanzó el 60% y en países como Francia, Portugal o Italia, el uso del trabajo a distancia se configuró con cierto grado de obligatoriedad o de preferencia frente a otras formas de actuación empresarial. Según la encuesta de Eurofound y Organización Internacional del Trabajo (OIT) *"Living, working and COVID-19"*, casi cuatro de cada diez personas trabajadoras empezaron a teletrabajar a causa de la pandemia (un 30% en España)⁴. Esto contribuyó a que el número de horas trabajadas disminuyera menos en aquellos países en que el teletrabajo aumentó en mayor proporción. De forma similar, una encuesta a pequeñas y medianas empresas realizada por la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), reveló al teletrabajo como la medida estrella para afrontar la crisis del coronavirus en un 46% de los casos.

En Cuba, en los últimos meses del año 2019 y a partir del mes de marzo de 2020, comenzaron a mencionarse con más frecuencia de lo acostumbrado dichos términos relativos al mundo del trabajo –trabajo a distancia / teletrabajo–, que si bien no son nuevos, habían sido poco recurrentes en predios cubanos. En el primer momento, se debió a una serie de medidas adoptadas por el Gobierno nacional como respuesta a acciones de recrudescimiento del bloqueo de los Estados Unidos, sobre todo con respecto a la entrada de combustible, lo que impactaría en el transporte tanto de cargas como de pasajeros y, por consiguiente, en la dinámica de movimiento social y laboral. En ese sentido, las entidades estatales debieron realizar ajustes en sus horarios y actividades para disminuir el consumo de electricidad en las horas de mayor demanda y abrir la posibilidad del trabajo a distancia⁵.

El segundo momento, por su parte, ha estado marcado por la presencia de la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2, la cual ha afectado a todo el mundo y ha determinado que –a día de hoy– la medida más efectiva para su enfrentamiento y control es el llamado distanciamiento físico y social, lo que en gran parte del tiempo implicó sobre todo permanecer en las casas y, por tanto, detener las actividades docentes y laborales no imprescindibles o que no requirieran presencialidad. Por ejemplo, en el caso de la educación general, se materializó un sistema de teleclases que permitieron a los educandos mantener el proceso de aprendizaje, hasta que el tramo más intenso de la batalla contra la COVID-19 fue superado –gracias al proceso de vacunación masiva– y el país ha retornado a una “nueva” normalidad.

3. CLAD: *Disposiciones normativas sobre el teletrabajo en los países CLAD como consecuencia de la Pandemia*, ob. cit.

4. Eurofound y OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe conjunto Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo y OIT, Santiago, 2019. Consultado en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_712531/lang-es/index.htm (último acceso: 21 de noviembre de 2021).

5. Silva, Y.: “¿Cómo y cuándo se aplica el teletrabajo?”, *Periódico Granma*, 22 de septiembre de 2019, Cuba. Consultado en: <http://www.granma.cu/cuba/2019-09-22/como-y-cuando-se-aplica-el-teletrabajo-22-09-2019-20-09-07> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).

En medio de estas realidades, desde finales del año 2019 el país ha apostado por implantar el trabajo a distancia en todas sus variantes, incluido por supuesto el teletrabajo. Sin embargo, la toma de medidas de política pública en función de proteger bienes jurídicos superiores como la salud y seguridad colectiva, y marcadas por la imperatividad del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, han puesto también en entredicho la pertinencia y viabilidad en el largo plazo del teletrabajo como forma de trabajo, sin tener en cuenta aspectos sociolaborales que lejos de convertirlo en una opción ventajosa, hagan que resulte contraproducente desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la seguridad y salud laboral y otros factores psicosociales determinantes para el ser humano. De ahí que el presente trabajo tiene como objetivo valorar críticamente la regulación y aplicación del trabajo a distancia / teletrabajo en Cuba, como medida emergente ante la COVID-19.

En este sentido, se sistematizan algunos referentes teórico-jurídicos del trabajo a distancia en Cuba; se analiza su regulación jurídica y se valora su aplicación práctica, demostrándose que todavía existen vacíos legales y metodológicos desde el punto de vista de los derechos fundamentales y del Derecho del Trabajo, que deben ser corregidos si se pretende que esta modalidad laboral se imponga definitivamente como práctica. Para ello se desarrolla un primer epígrafe en el cual se profundiza en las definiciones de las categorías abordadas, y se sitúan en el contexto reciente del ámbito iberoamericano, más cercano a la realidad cultural y la tradición jurídica cubanas. En un segundo apartado se contextualiza el caso cubano, tanto desde la perspectiva de la intervención estatal anti-COVID-19 que potenció la aplicación del trabajo a distancia, como desde el punto de vista de su regulación jurídica mediante la aproximación a antecedentes normativos que desembocaron en la actual norma jurídica en vigor. Es en este último aspecto donde se lleva a cabo un análisis crítico sobre las insuficiencias o lagunas legales de dicha regulación y se señalan –a título personal– algunas pautas necesarias para su perfeccionamiento.

II. BASES TEÓRICO-JURÍDICAS DEL TRABAJO A DISTANCIA, EL TELETRABAJO Y EL TRABAJO A DOMICILIO

La pandemia de la COVID-19 obligó a los Estados a adoptar medidas epidemiológicas urgentes para proteger la salud de sus ciudadanos y, a la vez, garantizar el resguardo de sus derechos y la vitalidad de la economía y la sociedad. El mundo del trabajo se vio duramente impactado, por el cierre abrupto de establecimientos laborales, la paralización de jornadas y actividades, la reducción de horas de trabajo y la modificación de la forma de ejercer determinadas prestaciones laborales.

De tal suerte, la crisis sanitaria global impuso nuevos retos y visiones para transformar los esquemas clásicos industriales en los que se manifiesta la laboralidad, mediante formas de organización del trabajo que rompen la presencialidad en el establecimiento laboral y modifican uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo: el lugar de ejecutar la prestación laboral. Así tomó fuerza una forma

organizativa del trabajo que, si bien existía desde tiempo antes, se generalizó en el año 2020: el trabajo a distancia / teletrabajo⁶.

A. Definiciones y delimitaciones necesarias

El trabajo a distancia constituye una forma de trabajo remoto, esto es, no presencial en el centro de trabajo habitual; y existe consenso en cuanto a que puede ser realizado desde los hogares (llámese entonces trabajo a domicilio) o a través del llamado teletrabajo. El trabajo a domicilio es aquel que se realiza desde el domicilio del trabajador o trabajadora, del de un familiar, del de un amigo, en un vehículo, o en un sitio *wifi*; puede realizarse con o sin el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y se caracteriza por que se realiza en lugar distante del centro del empleador. Cuando dicha actividad laboral se encuentra mediada o en algunos casos depende exclusivamente de la utilización de medios informáticos o de las referidas TIC, se reconoce entonces como teletrabajo.

Y es que inicialmente, por la propia etimología derivada del uso del prefijo griego “tele”, que significa distancia, se entendió al teletrabajo como trabajo a distancia. Pero esto no es tanto así, ya que existe también la expresión o concepto “trabajo a domicilio”, por lo que algunos autores han afirmado que la diferencia fundamental entre “trabajo a domicilio” y “teletrabajo” es la preponderancia de la informática y las telecomunicaciones en la realización de este último. Considero que este criterio no es del todo correcto o riguroso, pues el teletrabajo puede hacerse a domicilio. *A domicilio* significa más que todo “en casa”, o sea, es un criterio de clasificación según el lugar o espacio donde se realiza la actividad laboral, que puede ser usando las TIC o no (lo que sería otro criterio de clasificación), y en caso de que se dependa del uso de las TIC entonces será considerada como teletrabajo.

Por tanto, se puede partir de que el teletrabajo es una forma específica de trabajo a distancia, que puede practicarse a domicilio, pero el criterio que lo define no es el lugar, sino el requerimiento del empleo de las TIC⁷. A título ilustrativo, resultan muy claras y precisas las definiciones que brinda, para el caso de España, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en su artículo 2, como sigue:

- a) “trabajo a distancia”: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona

6. De acuerdo con Ginzo, cabe esperar que, en las actuales condiciones del contexto mundial, los niveles de prestación laboral remota provoquen la reconfiguración de las organizaciones de cualquier sector, e impacten en su modelo organizacional y el nivel de empleo. Consúltese Ginzo, J. L.: “Los puntos más conflictivos de la Ley de Teletrabajo y las diferencias con otras de la región”, *Blog Infobae*, 6 de septiembre de 2020. Consultado en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/09/06/los-puntos-mas-conflictivos-de-la-ley-de-teletrabajo-y-las-diferencias-otras-de-la-region/> (último acceso: 21 de noviembre de 2021).

7. Sociedad Cubana de Derecho Laboral y de Seguridad Social [SCDLSS]: “Del teletrabajo, el trabajo a distancia y el trabajo a domicilio”, *De lo laboral, brevemente*, núm. 27, 30 de septiembre de 2019. Consultado en: <http://www.unjc.co.cu/prensa/de-lo-laboral-brevemente-27> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).

trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

- b) “teletrabajo”: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.
- c) “trabajo presencial”: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.

No es objeto de nuestro análisis el caso del trabajo doméstico no remunerado, considerado como trabajo y no como empleo, el cual es casi estrictamente a domicilio o realizado en el hogar. Nos referiremos aquí solamente al trabajo remunerado subordinado, bajo determinadas condiciones contractuales y de ajenidad.

1. Trabajo a distancia

Muchas de las tareas que se ejecutan en una oficina no requieren de la presencia del trabajador en su puesto y pueden ser realizadas a distancia, en algunos casos utilizando las TIC. De esta manera se disminuyen los tiempos de desplazamiento y se reducen los tiempos muertos sin tareas que realizar. Este enfoque también plantea una replanificación del trabajo, dejándose de evaluar por “horas en la oficina” y pasando a “horas dedicadas al trabajo”.

La denominación “a distancia” se refiere a que el trabajo puede ser desempeñado en la casa, la casa de un familiar o amigo, en un centro de *coworking*, en un hotel, en un restaurante, en un ómnibus, en un automóvil, en un cibercafé o en cualquier otro lugar.

En el artículo 7 de la precitada Ley 10/2021 de trabajo a distancia para el caso de España, se propone el contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, el cual debe incluir lo siguiente:

- a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos.
- b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.
- c) Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad.
- d) Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso.
- e) Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.

- f) Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia.
- g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso.
- h) Medios de control empresarial de la actividad.
- i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.
- j) Instrucciones dictadas por la empresa, con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras, en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.
- k) Instrucciones dictadas por la empresa, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras, sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia.
- l) Duración del acuerdo de trabajo a distancia.

Para tratarse de un contenido mínimo, considero que incluye bastantes elementos, pero pienso que con ello no se hace más que dejar bien claro el carácter *sui generis* de esta modalidad laboral y la necesidad de acotar adecuadamente sus límites y fronteras conforme a derecho.

2. Trabajo a domicilio

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reguló en su Convenio n° 177 y la Recomendación n.º 184 el trabajo a domicilio, entendiendo que esta modalidad se produce cuando se realiza la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la misma.

Según Viamontes, el trabajo a domicilio es un contrato especialísimo, dado por su propia finalidad, y se concierta para aquellos casos de personas que no pueden tener un vínculo laboral en un centro de trabajo por afrontar problemas en sus familias, y el hecho de que pueden tener una relación laboral desde sus casas les permite recibir una remuneración al tiempo que no abandonan sus obligaciones familiares⁸.

No coincido con esta postura paternalista y bastante alejada de la realidad contemporánea, pues considero que la causa de que se concierte o no este tipo de contrato debe estar precisamente en la naturaleza de la actividad laboral a realizar y no en razones extralaborales como las que expone la citada profesora. Es decir, la condición esencial debe ser que dicha actividad tenga todas las posibilidades de realizarse de manera aislada, fuera de la entidad, y por tanto que no esté implicada en una cadena productiva continua.

8. Viamontes, E.: *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, Félix Varela, La Habana, 2007.

Los trabajadores que se contratan bajo esta forma son retribuidos con arreglo a las mismas tarifas que los trabajadores que son sujetos de los contratos generales. Por supuesto, hay condiciones de estos últimos que no pueden estar presentes en el contrato de trabajo a domicilio, como son: las relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la duración de la jornada laboral o el horario de trabajo, el diseño del puesto de trabajo y la disciplina laboral, ya que la hora, el lugar, las condiciones de la casa o domicilio no están bajo el control estricto del empleador. Sin embargo, sí se pactan las condiciones relativas a los plazos de entrega de los resultados del trabajo, la seguridad social y la retribución por el trabajo realizado, entre otras cuestiones básicas.

3. Teletrabajo

La llamada sociedad de la información, basada en las llamadas TIC, hizo surgir un sinnúmero de nuevos modos de relaciones, actividades y modalidades de trabajo; entre ellas, el denominado teletrabajo, en el cual la relativización de la distancia geográfica, a través de la mediación tecnológica, transforma espacios y personas, y genera nuevos paradigmas y desafíos para la ciencia jurídica⁹.

El teletrabajo para Domenico de Masi es un trabajo realizado lejos de las oficinas empresariales y de los compañeros de trabajo, con comunicación independiente con la sede central de trabajo y otras sedes, a través de un uso intensivo de las TIC, aunque las labores realizadas no sean necesariamente y siempre de naturaleza informática¹⁰. Pinho Pedreira por su parte lo define como la actividad del trabajador desarrollada de forma telemática, total o parcialmente, en lugares distantes de la red principal de la empresa¹¹.

La OIT en 1990 propuso la definición en virtud de la cual el teletrabajo es una forma de trabajo ejecutado en un lugar distante de la oficina central o instalación de producción, donde el trabajador no tiene ningún contacto personal con los compañeros de trabajo¹², debiendo, además, ser desarrollado con ayuda de una tecnología que posibilite esta separación y facilite la comunicación.

A su vez, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET), firmado en Bruselas el 16 de julio de 2002, establece la siguiente definición: "es una forma de organización y/u organización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información por medio de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría

9. Pires, D.: "Teletrabajo en Brasil. Reflexiones sobre la protección de la salud del trabajador frente a la isonomía del trabajo presencial", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, núm. 12, 2014. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.01> (último acceso: 15 de diciembre de 2021).

10. De Masi, D.: "Sociología del trabajo: un selfie", *Sociología del trabajo*, núm. 149, suplemento, 2018, pp. 72-95. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.3280/SL2018-149S07> (último acceso: 21 de noviembre de 2021).

11. Pedreira, P.: "O teletrabalho", *Revista LTr Legislação do Trabalho e Previdência Social*, Vol. 64, núm. 5, 2000, pp. 583-587.

12. A mi juicio, este enfoque se refiere sobre todo al contacto físico, grupal o sociolaboral, pues es obvio que existen tareas que se llevan a cabo en equipo, o que requieren de la consulta o el intercambio de información y criterios, o que simplemente pueden hacerse de manera online, ya sea sincrónica o asincrónica. Cada día es más difícil trabajar en solitario o renunciar a la colaboración.

ser realizado de la misma forma en todos los lugares de la empresa se efectúa fuera de estos lugares de forma regular”¹³.

Para Pires “el teletrabajo es la modalidad laboral por la cual alguien presta servicios por medio de las herramientas de comunicación e información (principalmente Internet), y está distante geográficamente del demandante de servicios”¹⁴. La relación podrá ser autónoma o subordinada, siendo solo esta última de interés para el Derecho del Trabajo, o sea, cuando existe ajenidad.

Aun cuando se plantea no haber consenso en términos conceptuales, dos rasgos constituyen la esencia de esta institución: la distancia y la tecnología¹⁵.

De acuerdo con Pires, para la caracterización del teletrabajo han de estar presentes los siguientes elementos¹⁶:

- topográfico: el teletrabajador desempeña su trabajo fuera del espacio tradicional de la empresa;
- tecnológico: el teletrabajador desarrolla sus tareas mediante el empleo de las TIC;
- organizativo: el empleador o demandante de servicios debe estar organizado, en su estructura de recursos humanos, para el teletrabajo; y el teletrabajador debe ocupar un puesto de trabajo en la empresa.

Con respecto al elemento topográfico, o mejor, geográfico o de localización, el teletrabajo puede ser¹⁷:

- en el domicilio: cuando el teletrabajador fija un lugar en su residencia para trabajar;
- en centros satélites: serían lugares de trabajo pertenecientes a una empresa, que no formen parte ni de su matriz ni de sus filiales, sin estructura organizacional;
- en telecentros: en ellos hay recursos compartidos, que pueden ser explotados y mantenidos de forma conjunta por diversos teleempleadores;
- en *telecottages*: situados en zonas rurales o regiones de menor escolarización, similares a los telecentros;

13. Confederación Europea de Sindicatos (CES), Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa / Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) [CES, UNICE/UEAPME y CEEP]: *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, Comisión Europea, Bruselas, 16 de julio de 2002. Consultado en: https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20110727_acuerdo_marco_europeo_teletrabajo.pdf (último acceso: 20 de noviembre de 2021).

14. Pires, D.: “Teletrabajo en Brasil. Reflexiones sobre la protección de la salud del trabajador frente a la isonomía del trabajo presencial”, ob. cit., p. 9.

15. Arévalo, D. y Antúnez, A.F.: *Trascendencia y perspectiva del teletrabajo para el teletrabajador. Panorama en el derecho positivo cubano*, s/a. Consultado en: <https://www.monografias.com/trabajos66/teletrabajo-cuba/teletrabajo-cuba> (último acceso: 15 de diciembre de 2021).

16. Pires, D.: *Teletrabalho: aproximações epistemológicas*, Magister, Porto Alegre, 2009.

17. Pires, D.: “Teletrabalho: Uma análise juslaboral”, en Sturmer, G. (ed.): *Questões controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2006.

- móvil: es también conocido como *mobile teleworking*, y se caracteriza por la ausencia de determinación en relación con el lugar desde donde está prestando servicios el teletrabajador.

De esta forma, el teletrabajo se ha convertido en una de las opciones que la tecnología, y en general la llamada sociedad de la información y el conocimiento, brinda a la empresa y a los trabajadores, en función del ahorro de costes, la mejora de la calidad de vida o la articulación balanceada entre trabajo y vida familiar y social, factores que han propiciado el avance de esta forma de trabajo.

Entre las principales ventajas que tiene esta modalidad laboral están¹⁸: mayor autonomía, flexibilidad y mejor conciliación trabajo-familia-vida privada, reducción de desplazamientos y costes, disminución del absentismo y la conflictividad laboral, digitalización de procesos, etc. En resumen, el teletrabajo representa para las empresas y organizaciones: modernizar la organización del trabajo, que incluya acuerdos de trabajo flexible, con el objetivo de mejorar la productividad y la competitividad y lograr el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad; y para los trabajadores: reconciliar vida profesional y vida social, tener una mayor autonomía en la realización de sus tareas, mejorar la calidad del empleo y facilitar un mejor acceso al mercado de trabajo e integración al empleo de colectivos vulnerables o desfavorecidos como mujeres, personas con discapacidad, migrantes y población rural¹⁹.

Por otra parte, se han considerado como principales desventajas las siguientes²⁰: mayor aislamiento laboral y falta de socialidad, deficiente relación trabajo-descanso, violación a la protección de datos personales, brechas en la seguridad y salud laboral, tecnoestrés, fatiga informática, conectividad digital permanente, deficiencias en el intercambio de información entre las personas que trabajan presencialmente y aquellas que lo hacen de manera exclusiva a distancia, dificultades de conectividad y acceso telemático, entre otros.

Al referirse específicamente a la factibilidad de aplicar el trabajo a distancia y en especial al teletrabajo como nuevas formas de trabajar en el contexto cubano, Arévalo y Antúnez plantean la necesidad de no perder de vista las características del sistema político y el papel del trabajo en la sociedad; dado que las desventajas más significativas del teletrabajo implican aislamiento, desinterés por la sindicalización y desarraigo, lo cual según dichos autores es totalmente incompatible con los principios preceptuados en la Constitución de la República de Cuba vigente (CR2019)²¹. No obstante,

18. Consúltese a: Arévalo, D. y Antúnez, A. F.: "Trascendencia y perspectiva del teletrabajo para el teletrabajador. Panorama en el derecho positivo cubano", ob. cit.; y también para su actualización a: SCDLSS: "Del teletrabajo, el trabajo a distancia y el trabajo a domicilio", ob. cit.

19. CES, UNICE/UEAPME y CEEP: *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, ob. cit.

20. Véase Arévalo, D. y Antúnez, A.F.: "Trascendencia y perspectiva del teletrabajo para el teletrabajador. Panorama en el derecho positivo cubano", ob. cit.; cuyos criterios entroncan con lo reconocido en la regulación española sobre la materia, a partir de lo establecido mediante *Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*, Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 253, de 23 de septiembre de 2020, páginas 79929 a 79971 (43 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/09/22/28>.

21. Arévalo, D. y Antúnez, A. F.: "Trascendencia y perspectiva del teletrabajo para el teletrabajador. Panorama en el derecho positivo cubano", ob. cit.

no podemos vivir de espaldas a la realidad del mundo del trabajo hoy en día, cada vez más digitalizado, por lo que la sociedad cubana tendrá necesariamente que ir evolucionando hacia ese escenario, y en la medida en que el país continúe desarrollándose tecnológicamente y la ciudadanía gane más en cultura laboral, el trabajo a distancia / teletrabajo se podrá continuar ampliando a otras profesiones nuevas o emergentes.

B. Análisis comparado de la modalidad en el ámbito iberoamericano

El trabajo a distancia y su subespecie del teletrabajo han sido objeto de regulación tanto en los ámbitos internos de los Estados nacionales, como en los ámbitos regional e internacional. A nivel global, el precitado Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) de la OIT, si bien no es un instrumento específico sobre teletrabajo, se suele referir como fuente normativa en la materia²². Este se aplica a toda persona que realiza trabajo a domicilio, tal y como se define en su artículo primero.

En el ámbito geográfico de América Latina y el Caribe, Argentina es por el momento el único país que lo ha ratificado, mientras que los países que realizaron las sumisiones del convenio a las autoridades competentes son: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guyana, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. En América Latina y el Caribe no existe un instrumento regional o supranacional como en el caso europeo con su acuerdo tripartito sobre Teletrabajo de 2002.

Algo que parece estar claro es que el trabajo a distancia, y en particular el teletrabajo, se han visto potenciados, redimensionados y generalizados como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. Tal es caso, por ejemplo, de los países miembros del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD por sus siglas), entre los cuales 21 de 23 se han pronunciado a través de instrumentos legales sobre el teletrabajo y lo reconocen como una herramienta útil para reforzar el distanciamiento y mantener la actividad económica²³. Resulta interesante conocer que muchas de estas naciones ya contaban con legislación sobre el teletrabajo antes de la pandemia, y solo la han reformado en función de la nueva realidad laboral; el resto se ha visto impulsado a crear instrumentos normativos.

Los países en los que el teletrabajo estaba regulado antes de la pandemia son: Argentina (parcialmente), Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Ecuador (solo para el sector privado) y Perú (sin reglamentar). En los casos de El Salvador, Panamá y Paraguay, se han dispuesto normas legales de distinta jerarquía a raíz de la pandemia; mientras que países como México y Uruguay tramitaron ante sus parlamentos nacionales proyectos de leyes al respecto. A continuación se apuntan los aspectos más interesantes de las disposiciones jurídicas analizadas, en orden cronológico.

22. San Juan, C.: "Doctrina Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe". Consultado en: <http://www.relats.org/documentos/SST.ALC.SanJuan.Teletrabajo.pdf> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).

23. CLAD: *Disposiciones normativas sobre el teletrabajo en los países CLAD como consecuencia de la Pandemia*, ob. cit.

El caso de Colombia es una nación que cuenta desde 2008 con una ley sobre teletrabajo, la Ley 1.221, que en su artículo 2 establece la definición de teletrabajo y las formas que este puede adoptar. Se plantea que los teletrabajadores pueden ser clasificados como: 1) autónomos: utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional; 2) móviles: no tienen un puesto físico establecido y las herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las TIC, en dispositivos móviles; y 3) suplementarios: se desempeñan dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina²⁴.

En Brasil la legislación laboral no contempla explícitamente el teletrabajo o teleempleo, no obstante, cuenta con algunos dispositivos legales que se aplican a esta modalidad. Así, teniendo como propósito muy preciso el teletrabajo, fue promulgada la Ley 12551/2011, que modificó el texto del artículo 6 de la Consolidación de Leyes de Trabajo (CLT), equiparando el trabajo a distancia al trabajo presencial y permitiendo al empresario dirigir, supervisar y controlar a sus empleados mediante el uso de medios telemáticos²⁵.

En Perú rige la Ley 30.036 de mayo de 2013, en la cual hay que resaltar su concepción sobre el carácter voluntario y reversible de la modalidad del teletrabajo, al expresar en el artículo 4 que: "Por razones debidamente sustentadas el empleador puede variar la modalidad de la prestación de servicios a la de teletrabajo, previo consentimiento del trabajador." Y se acota que, sin perjuicio de lo dispuesto, el teletrabajador también puede solicitar al empleador la reversión de la prestación de sus servicios bajo esta modalidad, aunque el empleador puede denegar dicha solicitud en uso de su facultad discrecional.

Costa Rica por su parte cuenta con la Ley 9.738 de 2019, que tiene como objeto promover, regular e implementar el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo y modernización de las organizaciones públicas y privadas, a través de la utilización de tecnologías de la información y comunicación, así como un mecanismo para mejorar la movilidad urbana, aportar a la modernización de las ciudades y promover el desarrollo sostenible del país. La norma respeta la predisposición voluntaria de los distintos sectores, tanto del sector público como privado, empleadores y trabajadores, de acogerse a sus disposiciones. En cuanto a la regulación laboral y de los derechos humanos laborales, presenta la mayor amplitud, incluida la cobertura de riesgos del trabajo que se encuentra establecida en el Código de Trabajo. En materia de reversibilidad de la modalidad de trabajo, la norma costarricense observa el principio de oportunidad en ocasión de la celebración del contrato, tomando en consideración si la modalidad se implementó al momento de celebración del contrato o con posterioridad.

24. Este último se trata más bien de un régimen de trabajo híbrido o mixto, por lo que "suplementario" no parece ser el término más preciso, a juicio nuestro.

25. Pires, D.: "Teletrabajo en Brasil. Reflexiones sobre la protección de la salud del trabajador frente a la isonomía del trabajo presencial", ob. cit.

En Chile fue promulgada por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social la Ley 21220, modificativa del Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, de fecha 26 de marzo de 2020, que incorporó un Capítulo IX en el Título II del Libro I, denominado "Del trabajo a distancia y teletrabajo". En el Artículo 152 quáter G, se define el trabajo a distancia como aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa; denominándose teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

En Argentina fue aprobada por el Congreso la Ley 27555, Régimen legal del contrato de teletrabajo, a 30 de julio de 2020. Dicha ley tiene por objeto establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de teletrabajo en aquellas actividades que por su naturaleza y características particulares lo permitan. Brinda un amplio margen a la negociación colectiva en materia contractual e incorpora el teletrabajo como modalidad de los contratos de trabajo en el referido título de la Ley laboral, además de plasmar su conceptualización en términos generalmente establecidos, salvo que especifica que la actividad puede ser efectuada total o parcialmente.

En cuanto a la Península Ibérica, encontramos que Portugal, siguiendo los dictámenes contenidos en el AMET de 2002, incluyó en 2003 en su Código de Trabajo preceptos necesarios para la regulación de las relaciones de teletrabajo por cuenta ajena, disponiendo, por ejemplo, sobre la jornada máxima de trabajo y sus formas de control, las cuestiones propias del medioambiente laboral, la propiedad de los equipos para la prestación de servicios, etc. En todo lo demás, equiparó al trabajador a distancia con el trabajador presencial.

Por su parte, en España el trabajo a distancia estaba definido en el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, aunque a la luz de la pandemia de la COVID-19 dicho artículo resultó insuficiente para aplicarlo a las peculiaridades del teletrabajo. Así, el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, estableció el carácter preferente del trabajo a distancia frente a otras medidas en relación con el empleo, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado, tratándose de una norma excepcional y de vigencia limitada, y ya en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, se define el trabajo a distancia y al teletrabajo como una variante de este.

Ante la persistencia de la crisis sanitaria generada por la pandemia durante el año de 2021, y dada la necesidad de llenar el vacío normativo existente, igualando el tratamiento jurídico en los aspectos más importantes de esta forma de organización del trabajo, se promulgó la mentada Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, como norma sustantiva única que equilibrara de un lado las ventajas que suponen estas formas de organización del trabajo para empresas y personas trabajadoras, y de

otro, que proporcionara una regulación suficiente, transversal e integrada a un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la igualdad de oportunidades en el territorio, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento.

Como elemento adicional importante, pero también como aspecto novedoso por la aportación a los criterios de aplicación del trabajo a distancia / teletrabajo, dicha Ley establece que, con relación al tiempo dedicado al trabajo bajo dicha modalidad: (...) “Para que sea considerado trabajo a distancia deberá (ejecutarse) «en un periodo de referencia de tres meses, un mínimo del treinta por ciento de la jornada, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo” (art. 1 de la Ley). Hasta el presente ninguna otra norma relativa a la modalidad había fijado límites de baremación para ser valorada como tal, sobre todo para entender a qué se refiere la regularidad del trabajo en estas condiciones.

Al hacer un análisis del marco regulatorio expuesto previamente, algunas cuestiones claves emergen como regularidades del trabajo a distancia / teletrabajo; a saber:

- El trabajo a distancia puede ser trabajo a domicilio, teletrabajo o trabajo itinerante o móvil, pero siempre fuera del entorno habitual o de las instalaciones de la organización, ya sea total o parcialmente.
- El trabajo a domicilio se desarrolla regladamente fuera de la entidad laboral y sin contacto personal con ella, siempre en el domicilio del empleado, o de un amigo o familiar, etc.; y puede revestir la forma de teletrabajo.
- El teletrabajo es aquel trabajo a distancia que tiene como *conditio sine qua non* para su realización el empleo de las TIC o sistemas/soportes informáticos conectados con la organización laboral.
- Aun cuando ya se ha escrito bastante sobre teletrabajo y este se ha ido expandiendo vertiginosamente hacia todos los países y sectores económicos, fundamentalmente del mundo capitalista industrializado, sigue siendo una de las instituciones más jóvenes del Derecho del Trabajo y no existen regulaciones laborales específicas que lo abarquen en toda su magnitud, lo que es uno de los principales problemas a resolver.
- En relación con el aspecto contractual del trabajo a distancia y sus modalidades, la tendencia normativa se orienta a la equiparación del trabajador a distancia con el trabajador presencial.

Finalizando este apartado, no por ser menos importante sino por el estrecho vínculo que tiene con los análisis que hacemos *a posteriori*, quiero apuntar algunas ideas acerca de la seguridad y salud en el trabajo a distancia / teletrabajo, partiendo de

una idea central: que la característica diferencial más sobresaliente del teletrabajo, en relación con la prevención de riesgos, es la ubicación del puesto de trabajo, que se localiza en un lugar diferente del centro de trabajo de la empresa.

En el ámbito de la gestión de seguridad y salud laboral, las nuevas formas de organización del trabajo que están apareciendo o se están potenciando precisan de un análisis continuo de las herramientas clásicas de la prevención de riesgos laborales. Así se ha manifestado, por ejemplo, en el Marco estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027, aprobado en junio de 2021, que destaca como líneas prioritarias de actuación la gran transición digital y la evolución de la noción tradicional del entorno de trabajo²⁶.

El teletrabajo como tal se incluye dentro de ese criterio de “nuevas formas de organización del trabajo”. Esto no quiere decir que en rigor constituya una forma “novedosa” de organizar el trabajo, sino solo que los avances en materia de digitalización y los cambios normativos que se están realizando en torno a esta cuestión, requieren de continuar avanzando en su estudio para poder facilitar a las entidades laborales el cumplimiento de las nuevas obligaciones contenidas en la legislación y, en definitiva, para poder asegurar unas condiciones de trabajo decente. Por tanto, unido al corolario que hacíamos previamente, no es ocioso decir que las previsiones en relación con la vigilancia de la salud son idénticas que para la modalidad presencial.

En la concepción integral del sistema de seguridad y salud laboral para el trabajo a distancia / teletrabajo deben tenerse en cuenta varios elementos, que van desde la ergonomía del puesto de trabajo y la adecuada protección en él, hasta la evaluación y prevención de riesgos basada en la corresponsabilidad de la entidad y la persona que trabaja desde casa y en las especiales características del proceso. Esto último es determinante luego en la calificación de accidentes de trabajo y en la identificación de su tipología, así como para los aspectos preventivos relacionados con la fatiga física y mental, las afecciones visuales por el uso continuado de pantallas de ordenador y los riesgos de aislamiento.

III. REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO A DISTANCIA / TELETRABAJO EN CUBA: LA INSUFICIENTE E INACABADA PROTECCIÓN LABORAL

Si bien en el Código de Trabajo cubano vigente, Ley No. 116/2013, no se regula como tal el trabajo a distancia, y por supuesto, sus modalidades correspondientes, se ha entendido que tampoco se limita su utilización²⁷. En ese sentido, en una entrevista concedida a medios de prensa digital a finales de septiembre de 2019²⁸, la entonces

26. Para ampliar a este respecto, se recomienda consultar la Nota Técnica de Prevención (NTP) 1165 de 2021, del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo [INSST] de España, relativa a los criterios para la integración del teletrabajo en el sistema de gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, disponible en: <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/teletrabajo-criterios-para-su-integracion-la-gestion-de-la-sst> (último acceso: 21 de noviembre de 2021).

27. SCDLSS: “Del teletrabajo, el trabajo a distancia y el trabajo a domicilio”, ob. cit.

28. Labacena, Y.: “¿Qué características tiene el teletrabajo en Cuba?”, *Sitio de noticias Cubadebate*, 22 de sep-

Viceministra Primera del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), Marta Elena Feitó Cabrera, acotó que “aun cuando el término teletrabajo no aparece por sí mismo en la Ley No. 116, sí se fija en esta que *el lugar de trabajo, horario, duración de la jornada y el régimen de trabajo y descanso se acuerda entre las partes*, por lo que en consecuencia este puede ser en la entidad laboral o el domicilio”.

Sin embargo, sobre esos extremos la precitada SCDLSS también acotó que las modalidades de trabajo remoto podían entenderse insertas en cualquiera de los dos tipos de contratos de trabajo reconocidos en la legislación laboral vigente: o sea, si el trabajo a distancia se concierta para realizar labores de carácter permanente se ha de entender como parte de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, y si se concierta para labores por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra se ha de entender como parte de un contrato de trabajo temporal; lo que cambia serían las condiciones de trabajo descritas²⁹.

Como iuslaboralista nunca compartí tal enfoque, pues el fenómeno del trabajo a distancia no es tan simple ni se refiere solamente al periodo de duración del contrato; de hecho, su consideración no parte de ese criterio, que constituye actualmente el único que utiliza el Código de Trabajo cubano para la clasificación de los contratos de trabajo. Por tanto, resolver su aplicación a partir de un mero suplemento al contrato me parecía a todas luces una postura simplista o, cuando menos, sin un rigor científico suficiente y basado en lo que sucede en el mundo del trabajo a nivel mundial.

Con relación a los principios básicos para la aplicación del trabajo a distancia asumidos por Cuba en aquellas circunstancias, en defecto de una norma especial quedaron expresados en sendas entrevistas concedidas a medios de prensa digital a finales del mes de septiembre de 2019 por funcionarios de la alta dirección del MTSS, a saber³⁰:

1. Su asunción no era propia del contexto pandémico, sino que se proyectaba más allá de este, en función del proceso de digitalización de la sociedad cubana en varios espacios. En este sentido, el MTSS indicó al resto de los organismos de la Administración Central del Estado hacer un estudio y ver en qué actividades de la economía era posible impulsar esta modalidad.
2. Se asentaba jurídicamente en el artículo 24, inciso e), del Código de Trabajo vigente, por lo cual no se necesitan disposiciones normativas o autorizaciones adicionales, siendo una facultad de las administraciones de las entidades laborales (cuestión esta que más arriba ya hemos criticado).
3. Podía desarrollarse a tiempo parcial o total.
4. Implicaba un tránsito de un enfoque tradicional de “horas en la oficina” a “horas dedicadas al trabajo”, donde lo que se mide y controla es el resultado final.

tiembre de 2019, Cuba. Consultado en: http://www.cubadebate.cu/especiales/2019/09/22/que-caracteristicas-tiene-el-teletrabajo-en-cuba/#.XZYHSnnB_IU (último acceso: 21 de noviembre de 2021).

29. SCDLSS: “Del teletrabajo, el trabajo a distancia y el trabajo a domicilio”, ob. cit.

30. Labacena, Y.: “¿Qué características tiene el teletrabajo en Cuba?”, ob. cit.

Sin embargo, los términos teletrabajo, trabajo a distancia y trabajo a domicilio no aparecen por sí mismos en la referida Ley, por lo que considero que tener en cuenta en ese momento como único soporte legal la cláusula que fija el lugar de trabajo, así como horario, duración de la jornada y régimen de trabajo y descanso, se trataba de una interpretación extensiva del tenor literal de la norma con respecto a dichas modalidades, pues en ese caso quedaría a discreción de los contratantes determinar si van a realizar la modalidad o no, algo que a nuestro criterio debe estar adecuadamente predeterminado antes de formalizarse la relación jurídica laboral individual. Por tanto, a contrapelo de lo dicho por las autoridades laborales competentes en el país, era evidente que la regulación era insuficiente, imprecisa y poco explícita; a todas luces inferior a la legislación laboral existente previo a la entrada en vigor del actual Código de Trabajo y su Reglamento en el año 2014. No es posible que una forma de trabajo tan compleja y difícil de aplicar como es el trabajo a distancia, sea resuelta jurídicamente con un solo inciso de un artículo del Código de Trabajo. Algo andaba mal.

A. EMERGENCIA SANITARIA PANDÉMICA Y MEDIDAS DE CONTENCIÓN Y PROTECCIÓN. ¿Y LO LABORAL?

En Cuba, la Ley No. 41 de 1983, Ley de Salud Pública, prevé en su Capítulo III lo relativo a la responsabilidad del Ministerio de Salud Pública (Minsap) en cuanto a la higiene y la epidemiología, y en este sentido su reglamento de desarrollo, puesto en vigor mediante el Decreto No. 139 de 4 de febrero de 1988, establece que en situaciones de emergencia –considera dentro de estas a las epidemias y pandemias, y en este caso la COVID-19 lo ha sido– el Minsap dicta las disposiciones y adopta las medidas que conlleven una mejor organización y funcionabilidad de los servicios para enfrentar la situación, siendo ante tales circunstancias *de obligatorio cumplimiento* para todos los órganos, organismos y sus dependencias, así como las organizaciones sociales y de masas y toda la población.

Estos fundamentos jurídicos de la actuación del Minsap como autoridad sanitaria competente para la promulgación de medidas de prevención y control de la COVID-19, se complementan con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto-Ley No. 54 de 1982, del Sistema de Inspección Sanitaria Estatal, el cual refiere que: “En los casos de epidemia de carácter grave o peligro de introducción de enfermedades transmisibles, la autoridad competente dicta inmediatamente las medidas necesarias para su control o prevención, las que son de *obligatorio cumplimiento*”.

Asimismo, en los primeros momentos del brote pandémico en el país, fue dictada la Resolución No. 128, Disposiciones sanitarias específicas complementarias para la actual etapa de prevención y control de la propagación de la COVID-19 en el territorio nacional, de 11 de mayo de 2020, del Ministro de Salud Pública, la que en su Décimo Quinto Resuelvo preceptúa que el incumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas puede generar *responsabilidad administrativa o penal*, según se disponga por las autoridades correspondientes, entrando así a jugar su rol el Derecho Penal

como derecho de última *ratio*, toda vez que la Ley Penal cubana tipifica conductas constitutivas de delitos y sancionables tales como la Propagación de Epidemias (Título III Delitos Contra la seguridad colectiva, Capítulo V Delitos contra la salud pública), en alusión a “el que infrinja las medidas o disposiciones dictadas por las autoridades sanitarias competentes para la prevención y control de enfermedades trasmisibles y los programas o campañas para el control o erradicación de enfermedades o epidemias de carácter grave o peligrosas” (art. 187, ap. 1), y en el apartado segundo del propio precepto reconoce como delito el hecho de negarse a colaborar con las autoridades sanitarias ante cualquier enfermedad que adquiriera la categoría de epidemia.

Aun así, se ha reconocido por las autoridades sanitarias cubanas que las medidas sanitarias dispuestas en ocasiones han limitado el ejercicio de diferentes derechos fundamentales, sin embargo, el texto constitucional cubano fija ese límite a estos derechos, en su artículo 45 al establecer que: “El ejercicio de los derechos de las personas solo está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general...”, y con esta máxima constitucional se fundamentan las medidas impuestas en pos de bienes jurídicos superiores y de interés general.

Grosso modo, este conjunto de disposiciones normativas constituyeron el soporte legal esencial para que todos los actores sociales e institucionales de la nación respetasen y fueran responsables ante el cumplimiento de medidas tales como: el cierre de fronteras, el distanciamiento físico o aislamiento social, el cese temporal de diferentes actividades, la cuarentena, y el paso al régimen de trabajo a distancia / teletrabajo de una gran parte de la fuerza laboral del país.

Seguidamente, se emitió el Decreto No. 6, “Medidas laborales, salariales y de seguridad social relacionadas con la prevención y enfrentamiento a la COVID-19”, de 21 de mayo de 2020, del Consejo de Ministros, para reforzar jurídicamente la aplicación de dichas medidas que buscaban sobre todo disminuir los efectos negativos en la población y su impacto en la esfera económica y social, figurando entre ellas la aprobación de un tratamiento laboral, salarial y de seguridad social, de carácter temporal, mientras durase la situación excepcional. Entonces se hizo alusión al trabajo a distancia en su artículo décimo, pero no se dejaron claras sus bases jurídicas específicas.

Como se vio antes, hasta ese momento se estuvo afirmando por las autoridades de Trabajo y Seguridad Social en Cuba, y por extensión en los medios de comunicación y otros espacios académicos y no académicos, que la realización de estas modalidades estaba respaldada legalmente por el Código de Trabajo, el cual establece en su artículo 20 que la relación laboral se formaliza con el contrato del que son partes el trabajador y el empleador, en el cual el lugar en el que se ejerce la actividad constituye una cláusula acordada mutuamente a tenor del artículo 24, inciso e). Sin embargo, esta tesis no se sostenía por sí misma, por ser insuficiente técnica y jurídicamente.

No obstante, apelando a la validez legal de estos preceptos, fueron emitidas sendas Órdenes Ministeriales (OM) por la Ministra de Trabajo y Seguridad Social en momentos “pico” de la pandemia, que sin dudas fueron allanando el camino hacia la reglamentación del trabajo a distancia y teletrabajo. En primer lugar, la OM 414, de 1 de abril de 2020, sobre “Medidas laborales, salariales y de seguridad social relacionadas con

la prevención y el enfrentamiento del coronavirus COVID-19”, cuya primera medida consistió precisamente en fomentar el trabajo a distancia o el teletrabajo en todas las actividades que lo permitieran, teniendo en cuenta el paro casi total de la economía y la sociedad del país ante el agravamiento de la situación epidemiológica; y posteriormente, la OM 65, de 19 de enero de 2021, sobre “Nuevos cambios de etapa y fases en el enfrentamiento a la COVID-19”, que se atemperó al contexto de la llamada fase de transmisión autóctona limitada, en cuyo caso se decidió por una parte “Mantener la actividad productiva y de servicios en todos los sectores de la economía, tanto estatal como no estatal”, y por otra “Fomentar el trabajo a distancia y teletrabajo en el sector estatal en todas las actividades y cargos que por su naturaleza y funciones lo permitan, e implementar el sistema de control para los resultados”.

Así, a tono con la tendencia reguladora normativa del teletrabajo en muchos ordenamientos jurídicos foráneos, se hizo patente la necesidad de dictar una norma jurídica patria que despejara en sus preceptos las principales incógnitas que acontecían, tales como: las precisiones relativas a la forma contractual de pactar el teletrabajo; los derechos, deberes y obligaciones de las partes, y su correlativa discrecionalidad; bajo qué presupuestos –individuales o colectivos– puede pactarse o dar por terminada esta forma de realizar el trabajo; definir los mecanismos de control, alcances y límites de los poderes jurídicos del empleador, en franca colisión con la intimidad y vida privada y familiar de la persona teletrabajadora; o delimitar cómo serían ejercitados derechos como el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores, el derecho al descanso o el derecho a la desconexión digital; dado que la extensión y normalización del trabajo a distancia sin un marco legal adecuado y suficiente que permita establecer las pautas y garantías necesarias para su mejor aplicación, puede distorsionar el sistema de las relaciones laborales, y llegar a afectar principios constitucionales y laborales mínimos.

Desde esos presupuestos, el Estado cubano se incorpora finalmente a la reconocida tendencia de regulación del teletrabajo, con la publicación en la Gaceta Oficial número 72 Extraordinaria de 18 de agosto de 2021, de la Resolución No. 71 “Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo”, de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, a la cual seguidamente dedicamos unas notas.

B. RESOLUCIÓN 71/2021 DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: “ALGO ES MÁS QUE NADA”

1. Análisis crítico

Como se ha analizado *ut supra*, el teletrabajo se instaló en Cuba como respuesta a las restricciones y medidas de contención de la pandemia, aún vigentes, en un contexto legal caracterizado entonces por la total ausencia de regulación específica. Su generalización, con causa en dichas medidas, se tradujo –cuando menos– en una suerte de desequilibrio de derechos y obligaciones entre entidades laborales y personas trabajadoras, solventado por las normas laborales de carácter general en aras de garantizar el carácter tuitivo o protector del Derecho del Trabajo en las nuevas condiciones.

La Resolución 71/2021 se convierte así en la norma especial que finalmente ordena la modalidad en el país. De acuerdo con el laboralista cubano Lam Peña, se trata de una disposición normativa en la cual se encuentran aciertos en materia de derechos y deberes, al incorporar al panorama jurídico patrio una definición de teletrabajo que se sostiene en tres pilares fundamentales compartidos por la doctrina: 1) concebirlo como una forma de organización del trabajo; 2) como una actividad laboral sin presencia física y 3) donde la comunicación depende de las tecnologías de la información sin excluirse encuentros presenciales, lo que impone una sustitución de la categoría “centro de trabajo” por la de “lugar de trabajo”³¹.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta norma, se dispone que tenga por objeto aquellas relaciones donde existe trabajo subordinado. El teletrabajo genera una nueva forma de subordinación marcada, básicamente, por la dependencia tecnológica del teletrabajador al empleador, el uso de un sistema informático o vías de conexión y transmisión de datos determinados por la entidad laboral, la conexión funcional y la garantía de la prestación y cobertura de los gastos generados por el trabajo por parte del empleador³².

Con respecto a los sujetos, la disposición nacional no diferencia, como puede ocurrir en otros ordenamientos, la naturaleza pública o privada, o mercantil o no, del empleador para pactar el ejercicio del teletrabajo, sino que está abierta a todo tipo de sujetos. En sus preceptos se menciona que podrá utilizarse en todas las “entidades”, denominación que en el contexto jurídico cubano incluye tanto a entes de la Administración Pública, como a empresas públicas, privadas o mixtas, o formas cooperativas y asociativas.

Otros de los elementos formales del teletrabajo se asocian a su regulación en los instrumentos de negociación colectiva como son los Convenios Colectivos de Trabajo. El artículo 3 de la Resolución 71 define la obligatoriedad de incluir las cuestiones propias del teletrabajo en dicho instrumento contractual. No obstante, no se hace una enunciación específica al contenido que pueda reflejarse en dichos convenios. En consecuencia, contraviniendo los derechos y deberes que se reconocen en la norma especial serán causa para la declaración de nulidad de aquellas estipulaciones contrarias a derecho.

El artículo 4 del Reglamento deja claro el principio de igualdad y no discriminación en materia de retribución salarial, así como la equiparación de derechos de los teletrabajadores y las personas que laboran físicamente en la entidad. Como tal se entiende que estos derechos sean los derechos en el trabajo reconocidos en las leyes laborales, que en el caso cubano gozan de reconocimiento en la Carta Magna como derechos fundamentales, a saber³³:

31. Lam Peña, R.: “La regulación del teletrabajo en Cuba”, *CIELO Laboral: Noticias CIELO*, 2021. Consultado en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2021/12/lam_noticias_cielo_n12_2021.pdf (último acceso: 15 de diciembre de 2021).

32. Catellan Teixeira, I.J. y Colman Dias, M.: “Teletrabalho: a flexibilidade do conceito de subordinação na reforma trabalhista”, *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, vol. 8, núm. 2, 2020, pp. 271-286. Consultado en: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1508/1739> (último acceso: 15 de enero de 2022).

33. Menoya, S.: “Trabajo decente y protección jurídica de la gente de mar en Cuba: entre luces y sombras”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, pp. 181-205. Consultado en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/1082 (último acceso: 15 de enero de 2022).

- derecho al salario (basado en el principio de que “a cada cual, según su capacidad, a cada cual según su trabajo”, esto es, remuneración con arreglo al trabajo aportado (art. 65 CR2019).
- derecho al descanso, incluido el derecho a disfrutar de vacaciones anuales pagadas (art. 67 CR2019).
- derecho a la seguridad social (art. 68 CR2019), incluido el derecho a la maternidad de la trabajadora y la paternidad (art. 84 CR2019);
- derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a un medioambiente laboral sano (art. 69 CR2019).
- derecho a la capacitación y superación de los trabajadores y de las personas con capacidad de trabajar (art. 73 CR2019), considerando que la idoneidad demostrada constituye el principio rector de la política de empleo en el país³⁴.
- participación de los trabajadores en los procesos de planificación, regulación, gestión y control de la economía (art. 20 CR2019)³⁵;
- derecho de acceso a la justicia, derivado de una tutela judicial efectiva (arts. 92, 98 y 99 CR2019), con la tipicidad del ordenamiento jurídico cubano de la existencia de los llamados Órganos de Justicia Laboral, como instancias obligatorias para dirimir conflictos laborales de los trabajadores del sector estatal de la economía;
- derecho de asociación (art. 56 CR2019) voluntaria de los trabajadores en torno a los sindicatos reconocidos a tales efectos, con el correlato del rol de los convenios colectivos de trabajo en la negociación colectiva y el “diálogo tripartito” derivado también de la cogestión.

En lo tocante al contrato de trabajo, se presume que tanto para el contrato nuevo bajo régimen de trabajo a distancia / teletrabajo, como para la modificación o suplementación de un contrato en curso –un tanto matizado el consentimiento en estos supuestos–, se estará a los aspectos que recoge el Código de Trabajo vigente sobre el contenido mínimo de este, que incluye al menos: identificación del empleador y el trabajador; fecha de inicio, tipo del contrato y su duración, cuando así corresponda; cargo y contenido de trabajo; lugar de trabajo acordado entre las partes, horario, duración de la jornada y el régimen de trabajo y descanso; cuantía de la remuneración y periodicidad de los pagos; condiciones de seguridad y salud en el trabajo, en correspondencia con el cargo o labor; y otras cláusulas que acuerden las partes siempre que no se opongan a lo establecido en la legislación (art. 24 Código de Trabajo).

Sin embargo, seguidamente se especifica en el precepto décimo de esta resolución los elementos que el mismo deberá tener en cuenta, dentro de los cuales no se hace mención expresa a lo relacionado con aspectos medulares y que tipifican la modalidad como son: la voluntariedad, la reversibilidad y el derecho a la desconexión

34. Viamontes, E.: *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, ob. cit.

35. Se trata de un derecho que en rigor no aparece en el catálogo de los “Derechos”, sino formando parte de los fundamentos económicos del Estado Socialista de Derecho cubano. *Cfr.* CR2019.

digital; o con cuestiones más generales pero que para esta modalidad requieren una mirada específica, como son la seguridad y salud en el trabajo, la protección de datos, el ciberacoso y el ejercicio de los derechos colectivos³⁶. De tal suerte, parece que la norma se enfoca más en la preocupación sobre las tareas y su control, los medios tecnológicos para realizar las tareas, y la seguridad y protección de la información oficial, el secreto técnico o comercial, la seguridad informática y el cuidado de los equipos y medios informáticos que están bajo custodia del teletrabajador, que en el propio teletrabajador y la calidad de vida laboral.

Por último, quisiera referirme a una especie de tipología de trabajo a distancia, así mencionada en los medios de comunicación y por parte de las autoridades competentes, pero que no cuenta con un documento rector u orientador donde se precise en qué consiste y cómo puede ser aplicada en la práctica. Se trata del término “trabajo en el terreno”. ¿De dónde salió dicha denominación? ¿Cuáles son sus características o particularidades? ¿A qué actividades laborales, profesiones u oficios es aplicable? ¿En qué norma jurídica se regula y define? Son cuestiones que al parecer también han quedado en el tintero del legislador y precisan, por tanto, ser atendidas.

2. Propuestas de mejora

Si bien es válido señalar deficiencias en la nueva regulación del trabajo a distancia / teletrabajo en Cuba, en cuanto a la omisión de elementos esenciales de esta forma de empleo, es lícito reconocer su implementación normativa en un contexto que prácticamente no dejó otra salida. No obstante, sobre la base de los análisis teóricos y exegéticos realizados en los apartados anteriores, se proponen algunas pautas de mejora que pudieran contribuir a una mejor regulación y aplicación a futuro, sobre todo en esas cuestiones que en mi criterio quedan aún pendientes de un adecuado desarrollo.

De manera general, considero necesario realizar el estudio de cuáles son los tipos de actividades laborales susceptibles de operar en condiciones remotas y cuáles no, sobre la base del calificador de cargos vigente en el país. En el caso de los trabajos o profesiones que en su régimen de jornada laboral ya tengan implícita esta modalidad (como los profesores universitarios e investigadores), la lógica sugiere que no requieran suplementar sus contratos para formalizar las modificaciones por esta razón. Por otra parte, el llamado trabajo en el terreno deberá ser reconocido como una submodalidad del trabajo a distancia y correctamente definido.

Asimismo, deberán formalizarse en la norma jurídica los principios que informan esta forma de trabajo y sus implicaciones desde el punto de vista contractual tanto para las relaciones laborales individuales como para las colectivas, atendiendo a las carencias señaladas aquí. Especial relevancia en esta sede adquiere el principio de voluntariedad de cara a la pospandemia, si se pretende que el trabajo a distancia /

36. Consúltese: CES, UNICE/UEAPME y CEEP: *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, ob. cit.; y San Juan, C.: “Doctrina Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe”, ob. cit.

teletrabajo se mantenga y se amplíe, toda vez que el acuerdo escrito entre la persona trabajadora y el empleador no podrá derivarse de los poderes de dirección y organización del empleador o de decisiones gubernamentales *erga omnes*, ni tampoco de las causales de modificación de la relación de trabajo tasadas por el Código laboral vigente, sino que debe ser una opción totalmente voluntaria para ambas partes y cuya negativa por parte del trabajador o uso de la facultad discrecional del empleador no supongan en ningún caso la extinción de la relación de trabajo.

La gestión de la prevención de los riesgos laborales asociados a la modalidad de trabajo a distancia / teletrabajo requiere algunos matices o adecuaciones para poder integrarse de forma eficaz en el sistema de prevención de la entidad laboral. Ello obliga a repensar y rediseñar el sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, teniendo en cuenta las afectaciones a la salud del trabajador o trabajadora que puede acarrear el trabajo a distancia / teletrabajo, las cuales pueden ser consideradas como enfermedades profesionales, tanto físicas como síquicas, derivadas del aislamiento, la fatiga y la falta de sociabilidad. Será necesario indicar que las enfermedades de estas características no son naturales, sino derivadas del teletrabajo, obligando con ello a los empresarios a realizar exámenes periódicos y a adoptar medidas preventivas. Otro tanto se requiere con la gestión y prevención de riesgos en relación con los accidentes de trabajo. En ese sentido, considero que la regulación normativa dictada para esta forma de organizar el trabajo debería motivar la elaboración de una guía o instructivo técnico que complementa la legislación laboral general y la Norma Cubana ISO18000 de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuyo objetivo consista en facilitar la identificación de los elementos diferenciales del teletrabajo que puedan afectar a la salud y la seguridad del personal que lo desarrolla, para así poder integrar su gestión como actividad dentro del sistema preventivo.

El trabajo a distancia / teletrabajo implica una relación laboral de subordinación, por tanto, requiere de mecanismos propios de supervisión y control, por lo que se precisa repensar la función de Inspección del Trabajo y diseñar procedimientos específicos para ella, con base en una casuística propia de la modalidad, para evitar el "mal uso" de la misma y, sobre todo, velar por que no colisione con dos grandes bloques de derechos fundamentales: el de la integridad física y psicológica (vida, salud) y el de la inviolabilidad del domicilio y la persona (intimidad y vida privada-familiar), teniendo en cuenta que Cuba no cuenta aún con normas jurídicas específicas para la Protección de Datos Personales³⁷ ni contra el acoso laboral³⁸, y que ha quedado desprotegido el derecho de la persona trabajadora a distancia o teletrabajadora a la desconexión digital.

37. Porven Hondares, Y.; Morejón Almora, R.; Pérez Véliz, A.: "La protección de datos personales. Presupuestos constitucionales para su protección en los procesos judiciales en Cuba", *ECOCIENCIA*, vol. 8, 2021, pp. 126-161. Consultado en: <https://doi.org/10.21855/ecociencia.80.644> (último acceso: 15 de enero de 2022).

38. Guevara Ramírez, L.: "A tenor de la entrada en vigor hoy 25 de junio del convenio 190 sobre la violencia en el mundo del trabajo". Blog Personal, 2021. Consultado en: <http://lguevara-derecholaboral.blogspot.com/p/actualidad-de-la-violencia-laboral-y-su.html> (último acceso: 21 de noviembre de 2021).

IV. IDEAS DE CIERRE

El trabajo a distancia, en su concepción clásica de trabajo a domicilio, se ha visto superado por la realidad de un nuevo marco de relaciones y un impacto severo de las nuevas tecnologías en la digitalización de la economía y el mundo laboral. En la actualidad, más que trabajo a domicilio lo que existe es un trabajo remoto y flexible, que permite que el trabajo se realice en nuevos entornos que no requieren la presencia de la persona trabajadora en el centro de trabajo. La pandemia de la COVID-19 lo convirtió en salida contingente, pero también en un reto político y jurídico para los Estados nacionales en todo el orbe.

La virtualización de las relaciones laborales desvincula o deslocaliza a la persona trabajadora de un lugar y un tiempo concretos, lo que sin duda trae consigo notables ventajas, entre otras mayor flexibilidad en la gestión de los tiempos de trabajo y los descansos, mayores posibilidades de autoorganización, reducción de costes y gastos, productividad, compromiso laboral y retención de talento humano, sin embargo, también presenta inconvenientes relacionados con la protección de datos, la seguridad y salud en el trabajo, o el aislamiento laboral y social.

El trabajo a distancia se ha instalado en el contexto cubano como respuesta a las restricciones y medidas de contención de la pandemia aún presente, en medio de un marco legal que transitó de la total ausencia de regulación específica –en que su aplicación respondió a la emergencia, se volvió imperativa y obligatoria, sin posibilidades de negociación y en franca ruptura del principio básico de la voluntariedad– a contar con una norma reglamentaria relativamente vacía de contenido jurídico-laboral en relación con la prevención y evaluación de riesgos laborales, la Inspección del Trabajo, y aspectos esenciales como la relación jornada de trabajo-tiempos de teledisponibilidad, descansos– derecho a la desconexión, y el derecho a la intimidad y protección de datos personales, entre otros.

El impulso del trabajo a distancia / teletrabajo en el futuro de la nación caribeña estará estrechamente ligado a la informatización de la sociedad, ya que en la medida en que las entidades laborales estén más digitalizadas y la población tenga más acceso a las tecnologías, existirán más posibilidades de que muchas más actividades se desarrollen bajo este régimen. No obstante, desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se debe continuar haciendo aportaciones que contribuyan a que el hecho de ser un teletrabajador/a, en lugar de ser una condición ventajosa, no se convierta en una situación de vulnerabilidad o desfavorecedora desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la seguridad y salud laboral y otros factores sicosociales determinantes del ser humano.

Bibliografía

- Catellan Teixeira, I. J. y Colman Dias, M.: "Teletrabalho: a flexibilidade do conceito de subordinação na reforma trabalhista", *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, vol. 8, núm. 2, 2020, pp. 271-286. Consultado en <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1508/1739> (último acceso: 15 de enero de 2022).
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD]: *Disposiciones normativas sobre el teletrabajo en los países CLAD como consecuencia de la Pandemia*. Documento de trabajo,

2020. Consultado en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/05/Teletrabajo-PM-CLAD.pdf> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).
- Confederación Europea de Sindicatos (CES), Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa / Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) [CES, UNICE/UEAPME y CEEP]: *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, Comisión Europea, Bruselas, 16 de julio de 2002. Consultado en: https://www.ccoo-servicios.es/archivos/bbva/20110727_acuerdo_marco_europeo_teletrabajo.pdf (último acceso: 20 de noviembre de 2021).
- De Masi, D.: "Sociología del trabajo: un selfie", *Sociología del trabajo*, n. 149, suplemento, 2018, pp. 72-95. DOI: <http://dx.doi.org/10.3280/SL2018-149S07>.
- Eurofound y OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Informe conjunto Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo y OIT, Santiago, 2019. Consultado en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_712531/lang-es/index.htm (último acceso: 21 de noviembre de 2021).
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo [INSST] de España: NTP 1165: *Teletrabajo, criterios para su integración en el sistema de gestión de la SST* – Año 2021. Consultado en: <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/teletrabajo-criterios-para-su-integracion-la-gestion-de-la-sst> (último acceso: 21 de noviembre de 2021).
- Lam Peña, R.: "La regulación del teletrabajo en Cuba", *CIELO Laboral: Noticias CIELO*, 2021. Consultado en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2021/12/lam_noticias_cielo_n12_2021.pdf (último acceso: 15 de diciembre de 2021).
- Menoya, S.: "Trabajo decente y protección jurídica de la gente de mar en Cuba: entre luces y sombras", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, pp. 181-205. Consultado en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/1082 (último acceso: 15 de enero de 2022).
- Pedreira, P.: "O teletrabalho", *Revista LTr Legislação do Trabalho e Previdência Social*, vol. 64, núm. 5, 2000, pp. 583-587.
- Pires, D.: "Teletrabajo en Brasil. Reflexiones sobre la protección de la salud del trabajador frente a la isonomía del trabajo presencial", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 12, 2014. Consultado en: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.01> (último acceso: 15 de diciembre de 2021).
- Pires, D.: "Teletrabalho: Uma análise juslaboral", en Sturmer, G. (ed.): *Questões controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*, Livraria Do Advogado, Porto Alegre, 2006.
- Pires, D.: *Teletrabalho: aproximações epistemológicas*, Magister, Porto Alegre, 2009.
- Porven Hondares, Y.; Morejón Almora, R.; Pérez Véliz, A.: "La protección de datos personales. Presupuestos constitucionales para su protección en los procesos judiciales en Cuba", *ECOCIENCIA*, vol. 8, 2021, pp. 126-161. DOI: <https://doi.org/10.21855/ecociencia.80.644>.
- San Juan, C.: "Doctrina Estudio comparado de la legislación sobre Teletrabajo en los países de América Latina y el Caribe". Consultado en: <http://www.relats.org/documentos/SST.ALC.SanJuan.Teletrabajo.pdf> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).
- Sociedad Cubana de Derecho Laboral y de Seguridad Social [SCDLSS]: "Del teletrabajo, el trabajo a distancia y el trabajo a domicilio", *De lo laboral, brevemente*, núm. 27, 30 de septiembre de 2019. Consultado en: <http://www.unjc.co.cu/prensa/de-lo-laboral-brevemente-27> (último acceso: 20 de noviembre de 2021).
- Viamontes, E.: *Derecho Laboral cubano, teoría y legislación*, Félix Varela, La Habana, 2007.

Normativa

- Argentina, Congreso: *Ley 27555, Régimen legal del contrato de teletrabajo*, Buenos Aires, 30 de julio de 2020. Consultado en: <https://www.informatica-juridica.com/ley/ley-27555-de-30-de-julio-de-2020-regimen-legal-del-contrato-de-teletrabajo/#:~:text=R%C3%A9gimen%20Legal%20del%20Contrato%20de%20Teletrabajo.,-14%20abril%2C%202021&text=La%20presente%20ley%20tiene%20por,y%20particulares%20caracter%C3%ADsticas%2C%20lo%20permitan.>
- Brasil, Congreso Nacional: *Ley 12551/2011, de 15 de diciembre de 2011, modificativa de la Consolidación de Leyes de Trabajo (CLT)*. Consultado en: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=89647
- Chile, Ministerio del Trabajo y Previsión Social: *Ley 21220, modificativa del Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, de fecha 26 de marzo de 2020*. Consultado en: <http://bcn.cl/2f72v>.
- Colombia, Congreso: *Ley 1.221 de 2008, ley sobre teletrabajo*. Consultado en: <http://www.desarrolloeconomico.gov.co/sites/default/files/marco-legal/Ley-1221-2008.pdf>.
- Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República: *Ley 9.738, Ley para regular el teletrabajo, de fecha 18 de setiembre de 2019*. Consultado en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89753.
- Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular: *Constitución de la República de Cuba, de 10 de abril de 2019*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/constitucion-de-la-republica-de-cuba-proclamada-el-10-de-abril-de-2019>.
- Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular: *Ley 41, De la Salud Pública, de 13 de julio de 1983*. Disponible en: <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=DownloadFile&Id=419>.
- Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular: *Ley No. 116/2013, Código de Trabajo*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-116-codigo-de-trabajo#:~:text=Objeto%20y%20%C3%A1mbito%20de%20aplicaci%C3%B3n&text=%2D%20Este%20C%C3%B3digo%20regula%20las%20relaciones,deberes%20rec%C3%ADprocos%20de%20las%20partes.>
- Cuba, Asamblea Nacional del Poder Popular: *Ley No. 62, Código Penal, de 30 de abril de 1988*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-62-codigo-penal>.
- Cuba, Consejo de Estado: *Decreto-Ley No. 54, del Sistema de Inspección Sanitaria Estatal, de 23 de abril de 1982*. Consultado en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Decreto-Ley-No.-054.pdf>.
- Cuba, Consejo de Ministros: *Decreto 6, "Medidas laborales, salariales y de seguridad social relacionadas con la prevención y enfrentamiento a la covid-19", de 21 de mayo de 2020*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-6-de-2020-de-consejo-de-ministros>.
- Cuba, Consejo de Ministros: *Decreto No. 139, Reglamento de la Ley de la Salud Pública*. Consultado en: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/cuba_decreto_ndeg_139_de_1988_reglamenta_ley_de_salud_publica.pdf.
- Cuba, Consejo de Ministros: *Decreto No. 326/2014, Reglamento del Código de Trabajo*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-no-326-reglamento-del-codigo-de-trabajo>.
- Cuba, Ministerio de Salud Pública: *Resolución No. 128, Disposiciones sanitarias específicas complementarias para la actual etapa de prevención y control de la propagación de la COVID-19 en el territorio nacional, de 11 de mayo de 2020*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-128-de-2020-de-ministerio-de-salud-publica>.
- Cuba, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: *OM 65: Nuevos cambios de etapa y fases en el enfrentamiento a la COVID-19, de 19 de enero de 2021*. Disponible en: <https://www.mtss.gob.cu/descargas/om-65-nuevos-cambios-de-etapas-y-fases-en-el-enfrentamiento-a-la-covid-19>.
- Cuba, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: *Orden Ministerial [OM 414: Medidas laborales, salariales y de seguridad social relacionadas con la prevención y el enfrentamiento del coronavirus COVID-19, de 1 de abril de 2020*. Consultado en: <https://www.azcuba.cu/sites/default/files/OM-414%20Medidas%20laborales%20salariales%20y%20de%20seguridad%20social%20relacionadas%20con%20la%20prevenci%C3%B3n%20del%20COVID%2031-3-20.pdf>.

- Cuba, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: *Resolución No. 71, Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo, de fecha 12 de agosto de 2021*. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/resolucion-71-de-2021-de-ministerio-de-trabajo-y-seguridad-social>.
- España, Jefatura del Estado: *Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia*, Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2021, páginas 82540 a 82583 (44 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/07/09/10>.
- España, Jefatura del Estado: *Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*, Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 253, de 23 de septiembre de 2020, páginas 79929 a 79971 (43 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/09/22/28>.
- España, Jefatura del Estado: *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 73, de 18 de marzo de 2020, páginas 25853 a 25898 (46 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8>.
- España, Ministerio de Empleo y Seguridad Social: *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Boletín Oficial del Estado «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015, páginas 100224 a 100308 (85 págs.). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2>.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]: *Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)*. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]: *Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184)*. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R184.
- Perú, Congreso de la República: *Ley 30.036, de 15 de mayo de 2013, Ley que regula el teletrabajo*. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/292283-30036#:~:text=La%20Ley%20tiene%20por%20objeto,p%C3%BAblicas%20para%20garantizar%20su%20desarrollo>.
- Portugal, Asamblea de la República: *Lei n.º 7/2009, Código do Trabalho*. Consultado en: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>.



Miscelánea



Artículos doctrinales



A crise da Proteção Social dos trabalhadores das plataformas digitais: breve comparativo entre Brasil e Espanha

THE CRISIS OF SOCIAL PROTECTION OF DIGITAL PLATFORM WORKERS: BRIEF COMPARISON BETWEEN BRAZIL AND SPAIN

Marcos Paulo da Silva Oliveira

Doctorando en Derecho Laboral con beca de investigación internacional de la Coordinación de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) do Brasil

Profesor de Derecho

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (Brasil)

marcosmtd.adv@gmail.com  0000-0002-0214-1064

Recibido: 06.11.2021 | Aceptado: 27.01.2022

RESUMO

O presente artigo analisa a crise do Direito do Trabalho e da proteção social diante do trabalho realizado nas plataformas digitais. Com especial recorte em relação a situação do Brasil e Espanha, serão investigadas as legislações e decisões judiciais brasileiras sobre o vínculo de emprego entre trabalhadores e plataformas digitais, em comparação com as legislações e decisões sobre o assunto na Espanha. A crise do conceito de subordinação e dependência laboral será ressaltada, com destaque para o perfil dos trabalhadores das plataformas. Ao final, será destacada a importância de uma harmonização legal sobre o tema a nível global. Busca-se demonstrar a pertinência de criar um sistema de governação internacional para as plataformas de trabalho digitais, buscando caminhos alternativos para um Direito do Trabalho que amplie de vez os seus perímetros de proteção.

ABSTRACT

This article analyzes the crisis in Labor Law and social protection in the face of work carried out on digital platforms. With a special focus on the Brazil and Spain situation, Brazilian legislation and court decisions on employment relationships between workers and digital platforms will be investigated, in comparison with legislation and decisions on the subject in Spain. The crisis in the concept of subordination and labor dependence will be highlighted, with emphasis on the profile of platform workers. At the end, the importance of a legal harmonization on the subject at a global level will be highlighted. It seeks to demonstrate the pertinence of creating an international governance system for digital work platforms, seeking alternative paths for a Labor Law that expands its protection perimeters.

PALAVRAS CHAVE

Plataformas digitais
Direito do Trabalho e
Proteção Social
Subordinação
Dependencia
Ibero-americano

KEYWORDS

Digital platforms
Labor Law and Social
Protection
Subordination
Dependency
Ibero-American

SUMÁRIO

- I. A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO NA ERA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS
 - II. AS MARCAS DO TRABALHO REALIZADO POR APLICATIVOS: DEPENDÊNCIA OU AUTONOMIA?
 - III. A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES UBERIZADOS NO BRASIL
 - IV. A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES UBERIZADOS NA ESPANHA
 - V. CONCLUSÕES
- Bibliografia

I. A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO NA ERA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

O Direito do Trabalho ao largo da história, seja nos países centrais ou nos países periféricos, como é o caso do Brasil, sempre teve como escopo principal da sua proteção os trabalhadores que prestam serviços por conta alheia, de maneira dependente ou subordinada.

Em alguns países esses trabalhadores são chamados de assalariados, em outros são chamados de empregados. Mas, de certo que na observância da condição de trabalho por conta alheia, dependente e/ou subordinado haveria maior proteção jurídica para aquele tipo de trabalhador. A clara oposição se faz entre os tomadores de serviço, aqueles que detêm os meios de produção, e aqueles que só possuem sua mão de obra dirigida em prol de outrem para a manutenção de sua subsistência. Mas nessa oposição, se destacam aqueles trabalhadores que recebem ordens, que dependem e que não percebem integralmente os frutos de seu trabalho. Nessas condições, a esses trabalhadores o padrão de proteção jurídica ao longo dos anos ganhou especial importância, culminando no ramo jurídico especializado, que é o Direito do Trabalho.

Na outra ponta, têm-se trabalhadores por conta própria, autônomos, independentes ou não assalariados. Todas essas alcunhas designam um tipo de trabalhador que ao largo da história não é protegido do ponto de vista juslaboral. Conforme Anierte, as expressões “autônomos” ou “trabalhadores por conta própria” costumam aparecer com maior frequência na legislação e doutrina, enquanto que as alcunhas “independente” e “não-assalariado” se observam com menos frequência nos textos normativos, ainda que apareçam em decisões judiciais europeias. “Todos eles são termos que se contrapõem a três dos pressupostos substantivos delimitadores do âmbito de incidência do Direito do Trabalho: dependência, alienidade e retribuição”.¹

Apesar disso, as pesquisas aqui empreendidas partem do desconforto, diante de um cenário atual pessimista de aparente generalização da desproteção no âmbito das relações laborais no Brasil. O desemprego e a falta de oportunidades num contexto

1. No original: “Todos ellos son términos que se contraponen a tres de los presupuestos sustantivos delimitadores del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo: dependencia, ajenidad, y retribución”. Em: Anierte, M.: *Ámbito Subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 40.

de capitalismo de vigilância de dados, de softwares e máquinas, dão a tônica do que será aqui abordado como clandestinidade trabalhista.

Atualmente as prestações de serviços no Brasil têm encontrado, em sua maioria, interpretações descontextualizadas da condição “empregado” ou de trabalho assalariado. Pessoas que aparentemente poderiam estar enquadradas como tal acabam sendo tratadas enquanto trabalhadoras autônomas, eventuais ou pessoas jurídicas, culminando numa desproteção sistemática e globalizada do ponto de vista juslaboral. São sujeitos que poderiam estar acobertados pela rede de proteção oriunda da relação de emprego, mas não estão. Assim, com base nos marcos teóricos aqui investigados, é possível dizer que são trabalhadores e trabalhadoras clandestinizados.

Clandestinidade não no sentido de ilícito e não perceptível, mas clandestinos porque esses trabalhadores e trabalhadoras estão à margem, nas sombras e sem a proteção jurídica mais tuitiva do Direito do Trabalho. Ainda que a maioria das pessoas enquanto trabalhadoras e consumidoras saibam disso, utilizem os seus serviços ou trabalhem próximos dessas atividades. Há um cenário de apatia social, de descrédito da proteção laboral.

Na contemporaneidade, muitos são os trabalhos bastante visíveis, mas que por eles socialmente ninguém se responsabiliza. Nem os tomadores de serviço, nem os consumidores, nem mesmo o Estado.

Novas formas de prestação de serviços passam a ser disseminadas globalmente, todas, não por acaso, sempre escapando –em maior ou menor grau– do intento de proteção trabalhista conferido pela relação de emprego ou pela condição de trabalho assalariado. Essas novas e complexas formas de prestar serviços no capitalismo pós-industrial abarcam “o emprego não registrado, o trabalho precário (contratações à margem da CLT, a exemplo daquelas por meio de pessoa jurídica – PJs), trabalho informal (pequenos autônomos e grupos familiares vinculados ao sistema simples de produção), até as parcerias, motoristas de aplicativo, entre outras situações.”²

No Brasil, conforme dados divulgados em novembro de 2020 na Síntese de Indicadores Sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2019 a informalidade no mercado de trabalho atingia 39,3 milhões de pessoas, o equivalente a 41,6% dos trabalhadores na ocasião.³

Ressalta-se que no sistema jurídico brasileiro atualmente disponível o trabalho autônomo e o trabalho eventual são relegados ao tratamento da legislação cível, que não reconhece a desigualdade fática entre os detentores dos meios de produção e as pessoas que vivem da prestação de serviços em prol de outrem. Por sua vez, a contratação entre pessoas jurídicas também é abarcada pela legislação civil,

2. Oliveira, M: *Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisitando os conceitos*, Editora Juruá, Porto, 2019, p. 21.

3. Campos, A. IBGE: informalidade atinge 41,6% dos trabalhadores no país em 2019. Agência Brasil. Publicado em 12/11/2020. Disponível em <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2020-11/ibge-informalidade-at-tinge-416-dos-trabalhadores-no-pais-em-2019#:~:text=A%20informalidade%20no%20mercado%20de,aquelas%20com%20ensino%20superior%20completo> (acesso em: 05 nov. 2021).

considerando o pé de igualdade aparentemente existente entre as empresas que tomam e prestam serviços⁴.

Na presente investigação não se está a considerar que todas as formas de prestação de serviços devem ser enquadradas na relação de emprego, até porque há um filtro hermenêutico a ser seguido para tanto. O caminho interpretativo brasileiro está positivado nos artigos 2º, 3º e 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ocorre que no Brasil há um intenso movimento de clandestinização das relações de trabalho. Isto é, fraudes são intentadas para que pessoas que aparentemente poderiam estar enquadradas como empregadas acabem sendo tratadas enquanto trabalhadoras autônomas, eventuais ou pessoas jurídicas, visando o barateamento dos custos de produção, à custa da proteção social das pessoas que trabalham.

Assim, toma-se aqui o caminho metodológico de investigar as dimensões de clandestinidade dos trabalhadores das plataformas digitais, *uberizados*, sabendo-se que o tema agrega outras formas de prestação de serviço, que também merecem especial atenção dos cientistas juslaborais, mas que aqui não virão ao foco.

O diagnóstico da clandestinidade na “uberização”⁵ indica a crescente informalidade diante da nova indústria capitalista da era do software, em rede, chamada de indústria 4.0, culminando em trabalhadores menos protegidos do ponto de vista do Direito do Trabalho. Essa desproteção também se estende à seguridade social e a assistência. Esse movimento de clandestinização das relações laborais é intensamente potencializado na era do software, que cria formas extremamente inovadoras de precarização no trabalho, acumulando-se com a desregulamentação das novas e complexas formas de se trabalhar no capitalismo em sua era cibernética. Sobre o tema, Esperanza Macarena Sierra Benítez faz o seguinte diagnóstico:

A empresa conectada e dirigida com processos automáticos de inteligência artificial e as plataformas tecnológicas têm criado um novo tipo de trabalho mais autônomo e com capacidade de inovação e adaptação ao câmbio. E esse aparente nicho disruptivo está provocando um debate em torno da proteção do trabalho de acordo com as instituições e normas existentes do Direito do Trabalho e da Seguridade Social⁶.

Diante das metamorfoses da produção capitalista que culminaram na chamada indústria 4.0, nota-se que em nível global as formas de prestar serviços na contemporaneidade

4. Sobre o tema das relações de trabalho tomado entre pessoas jurídicas, é importante frisar que no Brasil há um verdadeiro fenômeno da imposição patronal para a criação de pessoas jurídicas pelos trabalhadores –prestadores de serviços pessoais– que passam a laborar exclusivamente em prol de grandes empresas, numa tentativa dissimulada de fraudar e baratear os custos produtivos, o que passou a ser conhecido na literatura jurídica como “pejotização”. Tal situação será mais bem detalhada em tópico próprio.

5. O termo uberização surgiu de um diagnóstico do modelo de serviços Uber, mas hoje serve como um dos termos para indicar o trabalho por aplicativos, assunto que será mais detalhado no segundo item do presente artigo.

6. No original: “La empresa conectada y gestionada con procesos automáticos de inteligencia artificial y las plataformas tecnológicas han generado un nuevo tipo de trabajador más autónomo y con capacidad de innovación y adaptación al cambio. Este hecho disruptivo está provocando un debate en torno a la protección del trabajador conforme a las instituciones y normas existentes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Em: Sierra Benítez, E. M.: “Trabajo decente y subordinación jurídica y económica en la era digital”, en Monereo Pérez, J. L.; Gorelli Hernández, J.; de Val Tena, Á. L. (dirs.): *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, pp. 19-34.

foram drasticamente alteradas, especialmente com a adoção das novas tecnologias da informação e da comunicação. Se numa ponta essas novas formas de trabalho aparecem como mais complexas e voltadas para os meios informacionais, de outro lado a velha estrutura de dominação capitalista composta pela dependência do trabalhador em relação ao detentor dos meios de produção e a subordinação se mantêm ainda bastante claras e evidentes.

II. AS MARCAS DO TRABALHO REALIZADO POR APLICATIVOS: DEPENDÊNCIA OU AUTONOMIA?

Como uma grande marca desses novos tempos, do software, a uberização aparece no cenário contemporâneo como uma das maiores problemáticas do Direito do Trabalho. As fronteiras protetivas desse ramo jurídico mais tuitivo vêm cada vez mais sendo colocadas em xeque, especialmente porque a ideia de uberização parece ter vindo para ficar, trazendo consigo uma captura de subjetividade pouco antes vista do ponto de vista mais sociológico.

A uberização surfa nas ideias do “faça você mesmo”, tenha “flexibilidade de horário”, “trabalhe onde e quando quiser”, “seja seu próprio chefe” e com isso propagandeia liberdade num necessário de extrema necessidade.

Por onde passam às empresas-aplicativos parece haver a aderência a um projeto de precarização do trabalho que surgiu da ideia de fazer bicos em tempos ociosos e que agora tem se tornado a realidade laboral de toda uma população, geralmente a mais marginalizada e oprimida. Assim, os contornos da uberização são igualmente marcados por conflitos de raça, gênero e classe, destacando-se também o fator etário no trabalho de entregas por aplicativos.

Esse termo, “uberização”, foi designado tendo como caso investigativo o modelo de produção da empresa Uber, mas atualmente, serve como um termo guarda-chuva de análise dos trabalhos gerais prestados nas plataformas digitais, citando-se dentre outras as plataformas: Glovo, Uber, 99pop, 99food, Ubereats, Ifood e Cabify.

Na contemporaneidade, várias alcunhas têm sido indicadas para leituras mais detalhadas do momento social em que o trabalho prestado pelas plataformas digitais ganha protagonismo. Comumente ao investigar-se o assunto, aparecem termos como “economia do compartilhamento”; “GIG Economy”; “Indústria 4.0”; “Uberização”.

A diversidade de nomenclaturas parece ter muito a ver com esses novos tempos, mais líquidos e efêmeros. Apesar disso, os conceitos fundamentais para a análise do trabalho pelas plataformas aqui virão à tona numa tentativa de aclarar e sistematizar os estudos produzidos na área.

Atualmente, cada vez mais cresce o segmento de trabalho intermediado pelas tecnologias da comunicação e informação. Isso não quer dizer uma completa virtualização do trabalho humano, mas ao contrário, em sua grande maioria são serviços que sempre existiram nas sociedades capitalistas, desde a era industrial, e que agora ganham uma roupagem mais tecnológica, como o transporte de coisas e

peças. Se antes o contato era face a face, atualmente os consumidores demandam esses serviços on-line, por meio das plataformas, conectando-se com trabalhadores de todas as partes do mundo.

Para Sabino e Abílio:

No atual momento histórico de massificação da 'economia de compartilhamento', 'gig economy', 'Revolução 4.0', 'Revolução Digital', verifica-se que tudo parece ser efêmero. Inovações, logotipos, trabalho, alteridade, empreendedorismo e instituições precisam continuamente receber novos conceitos e roupagens para permitir a atração de consumidores, em substituição aos cidadãos⁷.

Conforme Stefano⁸, o termo GIG Economy assim como o termo Uberização, são algumas das terminologias criadas pelos pesquisadores do mundo do trabalho para catalogar a prestação de serviços por intermédio das plataformas digitais, os quais podem ser realizados virtualmente (*crowdwork*) ou de maneira presencial (*on-demand*). O termo uberização seria uma nova expressão capaz de identificar uma velha exploração no contexto informacional. Conforme Oliveira⁹:

Com o advento das plataformas de comunicação, o padrão do trabalho precário se reproduz agora articulado com a tecnologia, em particular com o algoritmo, envolto no (falso) discurso de economia do compartilhamento.

A economia do compartilhamento tem a ver com uma forma mais sustentável de consumo, significando que pessoas podem utilizar bens e serviços sem necessariamente comprar, sem necessariamente deter a propriedade, realizando trocas inteligentes e sustentáveis. Conforme Zipperer:

A economia de intermediação online de serviços e bens como aqui chamamos ou 'economia do compartilhamento' como aceito pela maioria da ainda rara doutrina é um termo-guarda que abrange uma série de negócios completamente diferentes (embora todos compartilhem a ideia de usar uma plataforma online para combinar oferta e demanda). Trata-se, de fenômeno característico do uso de plataformas online que permitem a terceirização de serviços e acesso temporário a bens e serviços, possibilitando a diminuição dos custos de transação¹⁰.

7. Sabino, A.; Abílio, L.: "Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração", *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, vol. 2, núm. 2, 2019, p. 129.

8. De Stefano, V.: "Labouris not a technology: Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform work and gig economy", *IusLabor*, núm. 2, 2017.

Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/155003521.pdf> (acesso: em 05 nov. 2021).

9. Oliveira, M: *Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisitando os conceitos*, ob. cit., pp. 168-169.

10. Zipperer, A.: *A multiterceirização e a subordinação jurídica. A intermediação de mão de obra a partir de plataformas digitais e a necessidade de tutela modular do Direito do Trabalho* [Tese de Doutorado], Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), 2018, p. 39. Disponível em <http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/00006c/00006c14.pdf> (acesso em 06 nov. de 2021).

Aqui se abre espaço para a análise do “sharewashing”, ou o lobo na pele de cordeiro. Essa alcunha permite retirar o véu das práticas de mercado das empresas-aplicativos, que se utilizam da filosofia da economia do compartilhamento para fazer uma gestão mais lucrativa dos seus negócios, à custa da proteção social dos prestadores de serviço. É o que se pode observar através do caso Uber, pioneira no uso da filosofia da economia do compartilhamento para o desenvolvimento das suas atividades de mercado, vendendo-se como uma mera empresa de tecnologia, enquanto lucra com o labor extremamente controlado dos motoristas cadastrados na plataforma.

A Uber é uma empresa que permite que consumidores façam o download do seu aplicativo (app) em smartphones e que utilizem esse aplicativo para contratar serviços de transporte individual de passageiros em determinadas localidades. Na outra ponta, permite que motoristas habilitados se cadastrem no aplicativo para oferecer o serviço de transporte para os consumidores da plataforma. Desde o seu surgimento a Uber esteve envolta em demandas judiciais em vários países ao longo do globo, justamente porque aparenta exercer um grande controle tecnológico sobre a forma como os serviços são prestados por meio da plataforma, além de definir o preço e as condições do negócio, enquanto que nega o vínculo de emprego aos trabalhadores, chamando-os de prestadores de serviços autônomos¹¹. Sabino e Abílio explicam que:

O desenvolvimento tecnológico estabelecido, dentre outros, pela robótica, nanotecnologia e tecnologia da informação, tem promovido transformações significativas no mundo do trabalho. Novas formas de controle, organização e gestão hoje se tornam mais reconhecíveis através do trabalho mediado pelas plataformas digitais. Valendo-se de sofisticados sistemas de gerência operados por algoritmos, as empresas-aplicativo apostam no discurso do empreendedorismo para dispensar aos seus ‘parceiros’ o tratamento jurídico de trabalhadores autônomos ou independentes¹².

Mas, ao investigar-se a forma como os serviços são prestados nas plataformas digitais, pouco de verdade reside no tratamento autônomo, mas, ao contrário, numa perspectiva de primazia da realidade sobre a forma, os elementos da relação de emprego tal qual estão estabelecidos, em geral, aparecem de forma bastante aclarada.

Conforme Teodoro e Oliveira¹³:

No modelo Uber de negócios, não há dúvidas de que estão presentes: o trabalho humano e personalíssimo (já que o motorista ou entregador é quem presta o serviço e não pode se fazer substituir por outra pessoa utilizando-se do mesmo *login*), prestado em favor de outrem (aplicativo, que na verdade é uma empresa em seu sentido mais clássico possível), que retém uma parte bastante considerável do valor que o usuário paga pela corrida ou entrega, em geral de 25% a 40%, a depender dos períodos de maior ou menor demanda dos usuários. Até aqui, tem-se presentes os elementos: pessoa física, pessoalidade e onerosidade (art. 2º

11. De Stefano, V.: “Labouris not a technology: Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform work and gig economy”, ob. cit.

12. Sabino, A; Abílio, L.: “Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração”, ob. cit., p. 109.

13. Teodoro, M; Oliveira, M. P. S.: “O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de emprego pela modalidade intermitente”, *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 6, núm. 1, 2020, p. 159.

e 3º da CLT). Os requisitos da relação de emprego que geram maiores contestações e que têm sido usados para impedir a conformação do vínculo de emprego são a subordinação e a não-eventualidade.

O lucro principal da Uber não advém de outro lugar senão da prestação de serviços pessoal dos motoristas. Sem o motorista que disponibiliza sua mão-de-obra não há o serviço da Uber em si, também, logo, não há lucro para a plataforma. Ou seja, a Uber nada compartilha de maneira colaborativa, mas ao contrário, o que se nota é que há uma grande exploração da pessoa que trabalha pessoalmente em prol da empresa-aplicativo, com intenso controle e lucratividade.

Sobre o assunto, Teodoro aponta que “empresas fingem praticar a economia compartilhada, diante do forte apelo social e ecológico do compartilhamento, que visa ser um contraponto ao consumo desenfreado e ao irrefreável imperativo de crescimento econômico, que levam a crises ambientais”¹⁴.

Assim, numa perspectiva conceitual, empresas-aplicativos como a Uber, apesar de se venderem como plataformas de economia colaborativa, praticam “sharewashing” no intuito de baratear os custos da produção, negando direitos sociais às pessoas sem as quais os serviços ofertados não seriam possíveis.

Diante desse cenário, para a investigação que aqui se empreende, serão traçadas algumas premissas básicas do trabalho prestado nas plataformas digitais, sendo elas: a) o que aqui se denomina de plataformas digitais são empresas, as quais geralmente desenvolvem softwares bastante sofisticados objetivando a prestação de algum serviço; b) os trabalhadores por aplicativos em sua grande maioria não têm o reconhecimento do vínculo de emprego, podendo ser contratados como trabalhadores autônomos ou como pessoas jurídicas (no Brasil, algo possibilitado pela legislação do microempreendedor individual); c) durante a prestação de serviços o trabalhador se coloca à disposição das demandas dos aplicativos, podendo ser demandas de entregas de objetos, alimentos, transporte de passageiros, dentre outros – sempre a depender da empresa-aplicativo em que o trabalhador está conectado; d) o aplicativo não permite o contato direto entre o trabalhador e o consumidor final, fazendo todo o intermédio da prestação de serviços; e) geralmente esses aplicativos se apresentam como tecnologias disruptivas, advindas do fenômeno da economia colaborativa e assim pretende-se como não-empregadoras; f) essas empresas-aplicativos produzem trabalhos clandestinizados, uma vez que estão à margem da regulamentação juslaboral atualmente disponível, sem quaisquer perspectivas próximas de proteção social.

Segundo Sabino e Abílio:

[...] as empresas-aplicativo comumente se apresentam como mediadoras entre oferta e procura, afirmando sua atuação como parte do e-marketplace. A Uber, por exemplo, frente às batalhas jurídicas, vem alegando que atua não no setor de transporte, mas de tecnologia, como provedora de meios técnicos que possibilitam o encontro entre motoristas e consumidores.

14. Teodoro, M.: “O trabalhador-consumidor no panóptico pós-moderno”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 24, núm. 47, 2021, p. 330.

Estas empresas, ademais, recorrentemente propagandeiam seu valor de mercado, eventualmente divulgando seus dados operacionais e logísticos como meio de firmar seu sucesso nos seus ramos de atuação. Já a divulgação sobre o número de trabalhadores cadastrados é bem rara, de forma que não há dados precisos sobre o contingente, perfil sócio econômico, rendimentos. Fundadas entre 2009 e 2015, 'Uber', 'UberEats', '99' 'iFood', 'Rappi' e 'Loggi' (algumas das principais empresas que disponibilizam serviços de entrega de mercadorias e de transporte por meio de plataformas digitais) vêm ganhando cada vez mais espaço e notoriedade no mercado de trabalho, com atuação nas principais cidades brasileiras. Essas empresas atuam basicamente em duas frentes de prestação de serviços: entrega de mercadorias (das compras de supermercado à tradicional pizza de domingo, dos documentos costumeiros de escritório à sofisticada logística do e-commerce; ou como a própria Rappi explicita em seu site: 'entrega qualquer coisa', e transporte privado de pessoas¹⁵.

Sabino e Abílio informam que: "somente no Brasil a empresa Uber conta com mais de 600 mil motoristas e 22 milhões de usuários, e está presente em mais de 100 municípios. Quando se tornou uma sociedade de capital aberto, foi avaliada em 82 bilhões de dólares americanos"¹⁶. Comparativamente, atualmente as empresas-aplicativos possuem mais trabalhadores do que os Correios, considerada a maior empregadora do Brasil. Veja-se:

Enquanto a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ou simplesmente "Correios"), considerada a maior empregadora do país, conta com 104.688 empregados diretos (CORREIOS, 2019); estipula-se que 4 milhões de pessoas têm os aplicativos como forma de renda (ESTADÃO CONTEÚDO, 2019), e que 5,5 milhões estão cadastradas neles (GRAVAS, 2019). Ademais, segundo o IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2019), verifica-se que este número vem crescendo vertiginosamente, tendo registrado um aumento de 201 mil pessoas (ou 104,2%) no primeiro trimestre de 2019 em relação ao mesmo período do ano passado¹⁷.

Sobre o cenário de precarização, como visto, hoje as empresas lucram com a ausência de regulamentação e com um terreno fértil de venda de dados, inclusive sensíveis, dos prestadores de serviços e dos usuários em geral das plataformas. Conforme Oliveira¹⁸:

Os trabalhadores destas plataformas são postos, no prisma formal-contratual, na posição jurídica de parceiros autônomos. São tidos como livres para se ativar ou desativar no horário de sua escolha, contudo por ganharem tão pouco são impelidos sempre a trabalhar o máximo da jornada fisicamente possível.

Oliveira ainda critica que no Brasil a Uberização tem efeitos ainda mais nefastos, porque a rede brasileira de proteção social é bastante débil e a clandestinização de relações laborais sempre fez parte da história do país. Esse autor considera que "o

15. Sabino, A; Abílio, L. "Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração", ob. cit., pp. 115-116.

16. *Ibid.*, p. 115.

17. *Ibid.*, p. 116.

18. Oliveira, M.: *Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisitando os conceitos*, ob. cit., p. 169.

capitalismo brasileiro nunca universalizou a condição salarial, seja pela recorrente prática de trabalho ilegal (não registrado), pela dissimulação do trabalho assalariado (precariedade) ou mesmo pela exclusão dos falsos autônomos (trabalhadores por conta própria dependentes)”¹⁹.

Apesar de serem colocados na situação jurídico-social de trabalhadores autônomos, os prestadores de serviço por aplicativos não podem estipular o valor do seu próprio serviço, não podem recusar os clientes, não podem avaliar a própria plataforma eletrônica, não podem fazer contato direto com os consumidores finais, além de por vezes sofrerem sanções dos aplicativos.

Sobre os contornos da subordinação existente entre os prestadores de serviços e os aplicativos de transporte individual de passageiros, como é o caso da Uber, Teodoro e Oliveira ponderam que:

No modelo Uber de negócios, no tocante a subordinação, são combinados os meios pessoais com os meios telemáticos de comando, controle e supervisão do trabalho. O motorista da Uber recebe ordens de adequação de conduta (fornecer água, balas, regular o som automotivo de acordo com as preferências do cliente, dentre outras). A avaliação do serviço é repassada para o cliente, que determina a pontuação do motorista, que é sancionado pela Uber caso tenha reiteradas baixas avaliações. Ressalta-se que as avaliações e notas recebidas pelos consumidores não seguem um critério de justiça, já que os trabalhadores não são cientificados de qual dos consumidores realizou a avaliação, não existindo ampla defesa contra as avaliações negativas, que podem culminar em severas punições, chegando até mesmo na exclusão da plataforma²⁰.

Esse controle cibernético e o poder diretivo também se fazem presente no modelo de negócios das empresas-aplicativos de entrega de produtos e alimentos, como é o caso da UberEats, Glovo, 99food e outros. Nessas empresas destaca-se o uso do GPS, a cronometragem de tempo e igualmente a precificação do serviço de maneira unilateral. Conforme Teodoro e Oliveira:

O mesmo tipo de amostra da subordinação também se verifica para aqueles trabalhadores das plataformas digitais que operam nas redes de deliverys (ifood, 99food e outros), que igualmente recebem orientações de como tratar o consumidor, se devem ou não subir nos prédios para as entregas de mercadoria, como devem transportar o conteúdo, qual a velocidade devem empregar na condução das motocicletas ou bicicletas, qual o trajeto devem percorrer, etc. Ainda no tocante a subordinação, importante considerar que o motorista prestador de serviço ou o entregador de mercadorias não possui qualquer ingerência sobre o preço/tarifa a ser cobrada pelo serviço, estando adstrito ao que o aplicativo determina. Hoje, sabe-se que as plataformas também estabelecem metas e oferecem bonificações em caso de cumprimento, culminando em trabalhadores que permanecem conectados às plataformas por mais de 12 horas por dia no intuito de alcançar tais metas. Ou seja, as plataformas auferem lucro com o trabalho humano e não na aproximação telemática de alguém que possui um bem a ser compartilhado. O motorista ou entregador, caso ‘logado’ à pla-

19. *Ibíd.*, p. 171.

20. Teodoro, M.; Oliveira, M. P. S.: “O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de emprego pela modalidade intermitente”, *ob. cit.*, p. 161.

taforma, não pode recusar as corridas ou entregas que não deseja, sob pena de sanções disciplinares através dos algoritmos dos aplicativos, que repassam menor demanda para aquele trabalhador que costuma recusar os serviços reiteradamente, podendo ainda sofrer exclusão sumária da plataforma. Da mesma forma, o trabalhador das plataformas digitais está proibido de estabelecer corridas de transporte “por fora” do aplicativo, sendo dele exigida exclusividade e também sendo exigido que faça a rota determinada pelo GPS. A rota e a velocidade empregada no percurso são completamente controladas pelos algoritmos do sistema e em caso de descumprimento, os trabalhadores são igualmente sancionados²¹.

No contexto atual, considerando a variedade de serviços que são ofertados pelas empresas-aplicativos, extrapolando o transporte individual de passageiros (surgido na empresa Uber), para abarcar também entregas de alimentos, objetos e outros, o perfil do trabalhador de cada um desses aplicativos é agora bastante distinto também.

III. A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES UBERIZADOS NO BRASIL

Em um detalhamento do perfil dos entregadores por aplicativos-empresas realizado pela Associação Brasileira do Setor de Bicicletas - Aliança Bike (2019), esse tipo de trabalhador geralmente é jovem, do gênero masculino, com baixa escolaridade, sendo em sua grande maioria pessoas negras. Assim, as marcas do trabalho de entregas por aplicativos são marcas do contexto latino-americano, que sofre desde os primórdios com as políticas escravagistas desenvolvidas na industrialização dos países.

Numa perspectiva brasileira, a “Pesquisa do Perfil dos Entregadores Ciclistas de Aplicativo”, realizada pela Associação Brasileira do Setor de Bicicletas - Aliança Bike (2019), é o primeiro grande levantamento quantitativo com rigor metodológico feito sobre o tema em São Paulo²². Esse estudo envolveu entrevistas com aproximadamente 270 entregadores, que prestavam serviços nas empresas-plataformas há pelo menos um mês.

Do ponto de vista das questões de gênero, dos 270 entrevistados apenas 3 eram mulheres. “Em relação à idade, 25% têm até 19 anos, 50% até 22 anos, e 75% até 27 anos (o mais jovem dos entrevistados tinha 16 anos e o mais velho, 59 anos).”²³

Atualmente, na América Latina os aplicativos-empresas encontram um terreno fértil para a exploração de mão-de-obra barata e pouco qualificada. O desemprego estrutural, os efeitos da pandemia da COVID-19 e as mudanças legislativas facilitaram as práticas predatórias dessas empresas. Talvez a ausência de políticas mais regionalizadas em prol da proteção da mão-de-obra contribua significativamente com esse cenário.

Como visto, muitas são as zonas “grises”, “formada por trabalhadores que tanto podem ser enquadrados empregados quanto autônomos”²⁴. No Brasil, geralmente

21. Teodoro, M.; Oliveira, M. P. S.: “O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de emprego pela modalidade intermitente”, ob. cit., pp. 161-162.

22. Sabino, A; Abílio, L.: “Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração”, ob. cit., p. 117.

23. *Ibíd.*

24. Consentino, C.: *Direito do Trabalho, Tecnologias da Informação e da Comunicação: impactos nas relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho*, RTM, Belo Horizonte, 2018, p. 80.

nessas zonas cinzentas na realidade fática se percebe um ocultamento dos cinco elementos fático-jurídicos elencados nos arts. 2º, 3º e 6º da CLT (pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação – ou dependência), por meio de técnicas dissimuladas, tudo na tentativa de baratear a mão de obra. Exemplificativamente, Consentino²⁵ cita que: “Ações judiciais com pedido de reconhecimento de vínculo empregatício têm sido distribuídas em todos os países onde há Uber. Argui-se que apesar de serem considerados pelas empresas como auto-empregados, têm suas atividades controladas pelas empresas”. Sobre essas ações judiciais, nota-se um movimento bastante curioso da jurisprudência, especialmente no Brasil, pois não há posicionamento consolidado.

Muitas turmas de Tribunais Regionais do Trabalho (instâncias de decisões de segundo grau voltadas para os Estados, das quais cabem recurso para um Tribunal Superior a fim de harmonizar os entendimentos em nível nacional) não reconhecem o vínculo empregatício entre os trabalhadores e as plataformas, considerando os prestadores de serviço como trabalhadores autônomos, enquanto que algumas outras reconhecem os direitos trabalhistas nessa modalidade de prestação de serviços, ante a presença da subordinação. Conforme Teodoro:

Exemplificativamente, vale citar que no Tribunal mineiro [TRT3] das 11 turmas, apenas 03 reconhecem o vínculo de emprego entre motorista e plataforma, a depender da composição dos julgadores, são elas: a sétima turma, a primeira e a décima primeira. Sabendo-se disso, a Uber faz uma análise econômica do risco e controla a jurisprudência, sempre fazendo acordos em sigilo quando os recursos caem nas referidas turmas, tornando impossível a busca dos julgados, pois são remetidos ao arquivo em segredo de justiça²⁶.

Até o presente momento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), instância máxima de deliberação especializada acerca das relações empregatícias brasileiras possui quatro decisões judiciais sobre o tema, todas elas negando o vínculo empregatício²⁷. Curiosamente, ressalta-se que o reconhecimento do vínculo empregatício no Brasil parte de uma análise fática da manifestação dos elementos da relação de emprego, enquanto que por força da súmula nº 126, ao TST é vedado o reexame de fatos e provas em sede de Recurso de Revista²⁸.

Sobre o assunto, Méndez destaca que:

Segundo a OIT, o número de plataformas digitais (baseadas na internet e na localização) aumentou significativa, de 142 para 777 entre os anos de 2010 e 2020, em todo o mundo, devido em parte as medidas de confinamento e isolamento social adotados para o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Como é sabido, o incremento deste tipo de trabalho

25. *Ibíd.*, p. 236.

26. Teodoro, M.: “O trabalhador-consumidor no panóptico pós-moderno”, *ob. cit.*, p. 331.

27. Consultor Jurídico: “TST reitera pela 4ª vez que não existe vínculo entre motoristas e a Uber”, *Revista Consultor Jurídico*, 11 de maio de 2021, 15h59. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-11/tst-reitera-vez-nao-existe-vinculo-entre-motoristas-uber> (acesso em: 05 out. 2021).

28. “Súmula nº 126 do TST. RECURSO. CABIMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas”.

vem acompanhado do afloramento de várias questões sociais relacionadas a precariedade laboral nos trabalhadores pelas plataformas digitais. Em todo o mundo, desde o momento de seu surgimento (2015), se discute a natureza jurídica deste tipo de trabalho, existindo diferentes posicionamentos para qualificar o tipo-jurídico da prestação de serviços, se dentro do Direito do Trabalho (como relação de emprego comum ou especial), ou fora do Direito do Trabalho, ou seja, no âmbito do trabalho autônomo (como autônomo ordinário ou economicamente dependente)²⁹.

Verifica-se aqui a importância em rediscutir a interpretação que tem sido dada aos elementos da relação de emprego no Brasil, em especial o elemento da subordinação jurídica. Isso porque na atualidade muitos trabalhadores acabam sendo relegados à informalidade pela ausência de um filtro hermenêutico capaz de aclarar as sofisticadas da subordinação capitalista nas relações de trabalho da era tecnológica. Além disso, a presente tese busca investigar em que medida ainda é pertinente a manutenção do elemento “subordinação” enquanto condicionante da proteção do Direito Laboral, com especial atenção para o trabalho nas plataformas digitais.

A questão posta é que o trabalho prestado pelas plataformas digitais cresce significativamente a cada dia, em especial por conta das severas crises econômicas experimentadas pelos países capitalistas. Trabalhadores desempregados buscam nessas plataformas sua única fonte de renda, ainda que assumam todos os riscos da atividade e tenham que trabalhar muitas horas por dia para auferir o mínimo necessário de remuneração para a manutenção de sua subsistência. Esse tipo de trabalho tem se mostrado como extremamente precário do ponto de vista laboral, não garantindo direitos mínimos do ponto de vista trabalhista e mesmo do ponto de vista da seguridade social (auxílios doença e acidente, além de pensões e aposentadorias). Ou seja, o trabalho nas plataformas digitais é uma realidade crescente, mas está às margens, sem regulamentação e proteção. É um trabalho que se passa no presente estudo a designar como clandestino ou semi-clandestino.

IV. A SITUAÇÃO DOS TRABALHADORES UBERIZADOS NA ESPANHA

Do ponto de vista global, o cenário não é menos complexo. Conforme Sierra Benítez³⁰, na Europa, partindo do ponto de vista industrial, a definição jurídica do trabalhador

29. No original: Según la OIT, el número de plataformas digitales (basadas en la web y en la ubicación) aumentó, significativamente, de 142 a más de 777, entre 2010 y 2020), en todo el mundo, debido, en parte, a las medidas de confinamiento y aislamiento social que se han tenido que adoptar frente la pandemia del COVID-19. Como es sabido, el incremento de este tipo de trabajo ha venido acompañado del afloramiento de múltiples conflictos sociales relacionados con la precariedad laboral con la que prestan sus servicios las personas trabajadoras de plataformas. En efecto, en todo el mundo, desde el momento de su aparición (a partir de 2015), se ha discutido la naturaleza jurídica de este trabajo y barajado diferentes posiciones para calificar a aquellas, bien dentro del Derecho del Trabajo (como relación laboral común o especial), bien extramuros del mismo, o sea, en el ámbito del trabajo autónomo (como autónomo ordinario o económicamente dependiente). Em: Mella Méndez, L.: “La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 244, 2021, p. 4.

30. Sierra Benítez, E. M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 6, núm. 1, 2020, p. 72.

assalariado (empregado) se depreende de quatro notas caracterizadoras, sendo elas: voluntariedade (o trabalho não pode ser forçado), alienidade (o trabalho é feito por conta alheia), subordinação (o trabalhador é pessoa dependente, uma vez que a direção do trabalho e os frutos ficam por conta do empregador) e a retribuição (sendo o pagamento ou a onerosidade da relação). Essas notas também são bastante controvertidas, sendo objeto de discussões judiciais no âmbito da União Europeia, sendo mais disputadas as noções de alienidade e a subordinação ou dependência. Conforme essa autora, existe um conflito clássico na hora de determinar qual das notas (dependência ou alienidade) são as que ostentam a posição dominante no Direito do Trabalho.

Ao longo do globo, existem decisões judiciais contrárias as empresas-aplicativos, determinando o reconhecimento do vínculo de emprego em ações coletivas, porque reconhecem a presença da clássica dependência econômica (Reino Unido e Califórnia)³¹. Mas, também existem legislações que afastam completamente o vínculo de emprego, em caso de transportes individuais de pessoas, como é o caso da Espanha, enquanto que curiosamente nesse mesmo país existe legislação inovadora, a RD-ley 9/2021, que presume o vínculo de emprego entre os entregadores e as empresas-aplicativos.³²

Segundo Vilhena³³, não há “nada mais pacífico e controvertido, em Direito do Trabalho, do que a subordinação. Pacífico como linha divisória, controvertido como dado conceitual”. E esse processo de ataque aos direitos trabalhistas no Brasil e as disputas que envolvem a condição de empregado também é identificado em diversos países ao longo do globo, citando-se a Espanha, país onde as políticas de cunho trabalhista engendraram figuras menos protetivas nas relações de trabalho, como a parassubordinação, que representa uma tentativa de distinguir os autônomos identificados como vulneráveis, mas que não seriam empregados em sentido estrito.

Sobre o tema, Sierra Benítez³⁴ lembra que o Direito do Trabalho surgiu de uma realidade industrial e os contornos do que agora se chama de subordinação foram ali desenhados, passando pela dinâmica social, econômica, demográfica e tecnológica da época. Agora seria o momento de repensar esse Direito do Trabalho, pois a sociedade é do software, é pós-industrial e a desproteção dos trabalhadores das plataformas não pode permanecer.

31. “Os embates jurídicos entre motoristas e a Uber que já vinham ocorrendo em diversos países do mundo, onde se discutia a questão da concorrência desleal com táxis e também a relação jurídica existente entre os motoristas e a empresa, tiveram grande repercussão no Brasil –destaque para as decisões do Labor Commissioner of the State of the California, nos EUA, e do Employment Tribunals, na Inglaterra– pois estas decisões e conheceram que os motoristas são empregados da Uber e a atividade desta não se restringe a conectar motoristas e usuários, mas sim configura uma atividade de transporte de passageiros, onde a empresa determina todo o modus operandi que tais trabalhadores devem seguir.” Em: Miskulin, A; Bianchi, D.: “O descompasso entre a definição de trabalho “uberizado” e a realidade do trabalho dos motoristas de uber”, em *O trabalho além do direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2019, p. 186.

32. Mella Méndez, L.: “La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?”, ob. cit., p. 8.

33. Vilhena, P.: *Relação de emprego: estrutura legal e supostos* Saraiva, São Paulo, 1975, pp. 219-220.

34. Sierra Benítez, E. M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, ob. cit., p. 72.

Conforme Marcelo Mascaro Nascimento:

[...] o Direito espanhol tratou de regular essas novas forma de contratação do trabalho. A Lei 20/2007 e o Real Decreto 197/2009 daquele país criaram a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, definido pelo artigo 11 da mencionada lei como aquele que ‘realiza uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominantemente para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, da qual depende economicamente em virtude de receber dela ao menos 75% de seus rendimentos de trabalho e de atividades econômicas ou profissionais’. Nota-se que no caso espanhol a lei atribuiu centralidade à dependência econômica na criação da nova figura jurídica, afastando a necessidade de haver subordinação jurídica, como ocorre na relação de emprego clássica. O trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito a férias anuais de 18 dias úteis, mas não tem 13º salário. No caso de rescisão do contrato por parte da empresa, ele terá direito a uma indenização por perdas e danos, cujo valor deverá estar previsto no contrato³⁵.

Oliveira pondera que:

No horizonte estrangeiro, o debate está franqueado, tendo a dependência econômica um lugar de destaque como alternativa ou complemento à subordinação jurídica. As novas figuras atípicas nas relações de trabalho são todas envoltas pelo estado de dependência econômica que é de difícil enquadramento na clássica subordinação. O professor português José João Abrantes enuncia que: na Itália a legislação valeu-se do epíteto “parassubordinado” (il lavoro parasubordinato); na Alemanha designa-se “pessoas semelhantes a trabalhadores” (arbeitnehmerähnlichepersonene), pois são prestadores de serviço economicamente dependentes (tarifsvertragsgesetz), também intitulados quase-trabalhadores; em Portugal, denomina-se contratos equiparados³⁶.

Conforme Mendes e Chaves Júnior³⁷, a “doutrina espanhola foca principalmente a condição e não o efeito (subordinação). Tanto a ideia da dependência quanto da ajenidad aparecem em importantes fontes de pesquisa da doutrina juslaboral espanhola. Sobre o assunto, comenta Sierra Benítez:

As atividades e os trabalhos manuais, que eram fundamentalmente o objeto de regulação do Direito do Trabalho nas suas origens, se estendem igualmente aos trabalhadores intelectuais: administrativos, técnicos e aos cargos de direção. A expansão origina assim a aparição de zonas cinzentas, que fazem necessária a configuração e a identificação dos elementos definidores do tipo de trabalho submetido à legislação laboral. Esse termo se emprega para denominar a determinadas situações ou supostos tipos de prestação de serviços

35. Nascimento, M.: “Parassubordinação: o meio termo entre o empregado e o autônomo”, *Consultor Jurídico*, 18 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-18/parassubordinacao-meio-termo-entre-empregado-autonomo> (acesso em 06 nov. 2021).

36. Oliveira, M.: *A (Re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista* [Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação], Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26169/Murilo%20S.Oliveira.pdf?sequence=1> (acesso em: 02 de nov. 2021).

37. Mendes, M.; Chaves Júnior, J.: “Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, vol. .46, num. 76, 2007, p. 202.

que se encontram na fronteira do campo de aplicação da legislação trabalhistas e do Direito do Trabalho, ficando algumas vezes dentro e outras vezes fora dele. Por outro lado, a noção de dependência demonstra que tem uma grande capacidade de adaptação as novas realidades econômicas e sociais da prestação de trabalho assalariado, quando esta é realizada mediante as tecnologias da informação e comunicação: trabalho à distância, teletrabalho ou trabalho telemático, que são uma manifestação de formas atípicas de emprego³⁸.

Nesse aspecto, Sierra Benítez³⁹ deixa claro que apesar de muitas das situações envolvendo as novas e complexas formas de se trabalhar serem nebulosas ou verdadeiras zonas cinzentas, o simples fato de o trabalho ser exercido por intermédio de plataformas virtuais ou com um uso mais intenso de meios telemáticos não afasta as condições de emprego. Mas, ao contrário, na grande maioria dos casos o meio digital aumenta ainda mais a possibilidade de vigilância e controle por parte do tomador de serviços.

Esse panorama comparativo entre Brasil e Espanha, com algumas indicações dos conflitos em outros países, ressalta a importância de marcos regulatórios homogêneos, especialmente porque atualmente a regulamentação e o entendimento judicial sobre a uberização é bastante díspar entre os países. Assim, “nos termos em que defendidos pela OIT (2019) no relatório “Trabalhar para um futuro melhor”, seria ideal que se desenvolvesse um sistema de governação internacional para as plataformas de trabalho digitais, exigindo-se o cumprimento de direitos e proteções mínimas de trabalho”⁴⁰.

Atualmente o Direito do Trabalho, oriundo das lutas histórias da era industrial, restringe o seu âmbito de proteção ao trabalho subordinado. Assim, numa perspectiva objetiva, o trabalho que merece a proteção central do Direito Laboral é o trabalho subordinado, enquanto que numa visão subjetiva, o trabalhador protegido é o trabalhador que presta seu serviço subordinado a um tomador. Ocorre que essa premissa de proteção, como visto, tem sido cada vez mais posta em xeque ante a informalidade que tendencialmente vem se apresentando como regra, não somente no Brasil como também no mundo.

[...] as plataformas digitais negam de forma majoritária sua condição de empresas-empregadoras e em consequência negam também a condição de empregados aos sujeitos com que

38. No original: “Las actividades y los trabajos manuales, que eran fundamentalmente el objeto de regulación del Derecho del Trabajo en sus orígenes, se extienden igualmente a los trabajos intelectuales: administrativos, técnicos y los cargos directivos. La expansión origina asimismo la aparición de las denominadas «zonas grises», que hacen necesaria la configuración e identificación de los elementos definidores del tipo de trabajo sometido a la legislación laboral. Este término se emplea para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y del Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo. Por otro lado, la noción de dependencia demuestra que tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación de trabajo asalariado, cuando ésta es realizada mediante las tecnologías de la información y telecomunicación: trabajo a distancia, teletrabajo, o trabajo telemático, que son una manifestación de formas atípicas del empleo telemático. Em: Sierra Benítez, E. M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, ob. cit., p. 74.

39. *Ibid.*

40. Sabino, A; Abílio, L.: “Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração”, ob. cit., p. 127.

estabelecem relação profissional para a prestação dos serviços aos clientes finais (chamam os trabalhadores de ‘sócios’ ou ‘colaboradores’). Por sua vez, as pessoas que trabalham junto com as organizações sindicais tradicionais (e algumas novas, como ‘Riders x Direitos’, ainda que algumas tenham sido engendradas pelas próprias plataformas para a defesa de seus interesses enquanto classe patronal), têm reclamado, particularmente, desde meados de 2017 o reconhecimento de sua condição enquanto empregados do ponto de vista do Direito do Trabalho, e, conseqüentemente, a aplicação dos direitos e garantias próprios dessa disciplina jurídica⁴¹.

O conceito de subordinação está em crise, assim como a própria ideia de relação empregatícia, especialmente considerando as novas tecnologias e as novas formas de prestar serviço. Na Espanha, após diversas decisões judiciais, em litígios que se iniciaram antes de 2017, vários tribunais das cidades autônomas já reconheciam o vínculo de emprego entre motoristas e plataformas. Apesar disso, apenas em 2020 houve uma decisão judicial paradigmática envolvendo os entregadores de aplicativos (como glovo), com a presunção de relação de emprego entre as plataformas e os trabalhadores.

A partir dessa decisão judicial, em 2021 a legislação espanhola foi alterada generalizando a presunção de emprego nas relações entre entregadores e aplicativos, garantindo ainda o acesso as regras e parâmetros de controle dos aplicativos, culminando no artigo único da RD-ley 9/2021⁴². E em setembro de 2021 foi criada a Lei dos entregadores (*riders*), Ley 12/2021, que afasta completamente a ideia de falsos autônomos, deixando clara a existência de presunção de relação de emprego.

Ou seja, nota-se que globalmente e em especial no contexto ibero-americano as regras de proteção social dos trabalhadores nas plataformas digitais são diversas e carecem de maior harmonização. Esse parece ser o maior desafio da contemporaneidade trabalhista, culminando em trabalhadores mais protegidos do que outros, ainda que prestando serviços em iguais condições.

41. No original: “Por supuesto, las plataformas informáticas se caracterizaron por negar, de forma mayoritaria, su condición de ‘empresarios’ y, por lo tanto, también la condición de ‘trabajadores’ de los sujetos con los que entablan la relación profesional para la prestación de los servicios a los clientes finales (se les llama ‘socios’ o ‘colaboradores’). Por su parte, las personas trabajadoras, junto con las organizaciones sindicales tradicionales (y algunas nuevas, como ‘Riders X Derechos’, aunque no todas, pues algunas fueron impulsadas por las plataformas para defender sus propios intereses, como se verá infra), han venido reclamando –particularmente, desde mediados de 2017– el reconocimiento de su condición de trabajadores del Derecho del Trabajo y, conseqüentemente, la aplicación de los derechos y garantías laborales propias de esa disciplina jurídica.” Em: Mella Méndez, L. “La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?”, ob. cit., p. 4.

42. “El artículo único del citado RD-ley 9/2021 introduce, en su apartado dos, una nueva disposición adicional vigesimotercera en el ET, que lleva por título “Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto”. Según dicha disposición, “por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Se añade que “esta presunción no afecta a lo previsto” en el artículo 1.3.g). Em: Mella Méndez, L. “La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?”, ob. cit., p. 7.

V. CONCLUSÕES

No Brasil, não há qualquer legislação sobre o tema, enquanto que a maioria das decisões judiciais, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, não reconhecem o vínculo de emprego, porque compreendem que não há a presença da subordinação.

Até o presente momento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), instância máxima de deliberação especializada acerca das relações empregatícias possui quatro decisões judiciais sobre o tema, todas elas negando o vínculo empregatício.

Já no contexto espanhol, a situação mudou recentemente o seu cenário. A maioria das decisões judiciais já reconheciam a dependência dos trabalhadores em relação às plataformas, culminando numa mudança legislativa.

A legislação espanhola foi alterada generalizando a presunção de emprego nas relações entre entregadores e aplicativos, garantindo ainda o acesso as regras e parâmetros de controle dos aplicativos, culminando no artigo único da RD-ley 9/2021. E em setembro de 2021 foi criada a Lei dos entregadores (riders), Ley 12/2021, que afasta completamente a ideia de falsos autônomos, deixando clara a existência de presunção de relação de emprego.

Esse panorama global, com enfoque na realidade ibero-americana, recortada pelas condições de trabalho em plataformas no Brasil e na Espanha, ressalta a importância de marcos regulatórios homogêneos, especialmente porque atualmente a regulamentação e o entendimento judicial sobre a uberização é bastante díspar entre os países.

Como a condição de empregado/assalariado nos países capitalistas depende da análise de circunstâncias fáticas muito próximas e especialmente considerando que os elementos que mais geram debates são a subordinação jurídica, a alienidade ou a dependência (a depender do país), demonstra-se a pertinência de criar um sistema de governação internacional para as plataformas de trabalho digitais, buscando caminhos alternativos para um Direito do Trabalho que amplie de vez os seus perímetros de proteção o que certamente irá refletir também nos campos protetivos da seguridade social e da assistência.

Bibliografia

- Aniorte, M.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.
- Consentino, C.: *Direito do Trabalho, Tecnologias da Informação e da Comunicação: impactos nas relações individuais, sindicais e internacionais do trabalho*, RTM, Belo Horizonte, 2018.
- De Stefano, V.: "Labouris not a technology: Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform work and gig economy", *IusLabor*, núm. 2, 2017.
- Mella Méndez, L.: "La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 244, 2021, pp. 143-184.
- Mendes, M.; Chaves Júnior, J.: "Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, vol. .46, num.76, 2007, pp. 197-218.

- Miskulin, A; Bianchi, D.: "O descompasso entre a definição de trabalho "uberizado" e a realidade do trabalho dos motoristas de uber", en *O trabalho além do direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2019.
- Oliveira, M.: *Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisitando os conceitos*, Editora Juruá, Porto, 2019.
- Oliveira, M.: *A (Re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista* [Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação], Universidade Federal do Paraná, 2011.
- Sabino, A; Abílio, L.: "Uberização: o empreendedorismo como novo nome para a exploração", *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, vol. 2, núm. 2, 2019, pp. 109-135.
- Sierra Benítez, E. M.: "Trabajo decente y subordinación jurídica y económica en la era digital", en Monereo Pérez, J. L.; Gorelli Hernández, J.; de Val Tena, Á. L. (dirs.): *El trabajo decente*, Comares, Granada, 2018, pp. 19-34.
- Sierra Benítez, E. M.: "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 6, núm. 1, 2020, pp. 64-91.
- Teodoro, M.: "O trabalhador-consumidor no panóptico pós-moderno", *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 24, núm. 47, 2021, pp. 327-341.
- Teodoro, M; Oliveira, M. P. S.: "O trabalho pelas plataformas digitais e a conformação do vínculo de emprego pela modalidade intermitente", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 6, núm. 1, 2020, pp. 155-177.
- Vilhena, P. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos* Saraiva, São Paulo, 1975.
- Zipperer, A.: *A multiterceirização e a subordinação jurídica. A intermediação de mão de obra a partir de plataformas digitais e a necessidade de tutela modular do Direito do Trabalho* [Tese de Doutorado], Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), 2018.



El trabajo en plataformas digitales de reparto desde la perspectiva del Tribunal Superior del Trabajo: el caso brasileño

WORK ON DIGITAL DELIVERY PLATFORMS FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUPERIOR LABOUR COURT: THE BRAZILIAN CASE

Flora Oliveira da Costa

Doctoranda de Derecho Del Trabajo

Universidad Católica de Pernambuco (Brasil)

professorafloraoliveira@gmail.com  0000-0001-6431-0225

Recibido: 30.03.2022 | Aceptado: 07.05.2022

RESUMEN

Se trata de un estudio que busca investigar la relación existente entre las decisiones judiciales en Brasil y España respecto de la delimitación de la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas digitales. En los Juzgados de España y Brasil se ha cuestionado la validez de esta autonomía, ya que estos trabajadores solicitan el reconocimiento de su naturaleza laboral. En el ámbito legislativo brasileño, no existe ninguna norma que reconozca el estatus de trabajadores por cuenta ajena a estas personas. En España, en cambio, se ha aprobado recientemente *la ley Rider*, pero el propio país todavía se está adaptando a la presunción de laboralidad incorporada en la misma. Lo que se propone en este texto, por lo tanto, a través del análisis de las decisiones brasileñas y españolas, es investigar si los pronunciamientos de los Tribunales han dirigido o no la caracterización de la naturaleza jurídica del trabajo realizado por los repartidores y las empresas de reparto en estos países.

ABSTRACT

This is a study that seeks to investigate the relationship between judicial decisions in Brazil and Spain regarding the delimitation of the legal nature of work on digital platforms. In the Courts of Spain and Brazil, the validity of this autonomy has been questioned, since these workers request the recognition of their labor nature. In the Brazilian legislative sphere, there is no norm that recognizes the status of employed workers to these people. In Spain, on the other hand, the Rider law has recently been approved but the country itself is still adapting to the presumption of workmanship incorporated in it. What is proposed in this text, therefore, through the analysis of Brazilian and Spanish decisions, is to investigate whether or not the pronouncements of the Courts have directed the characterization of the legal nature of the work carried out by the couriers and delivery companies in these countries.

PALABRAS CLAVE

Derecho Laboral
Trabajo en plataformas digitales
Tribunales laborales
Brasil
España

KEYWORDS

Labor Law
Work on digital platforms
Labor Courts
Brazil
Spain

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL TRABAJO SOBRE PLATAFORMAS DE ENTREGA DIGITALES
 - III. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA BRASILEÑA EN EL CAMPO DE TRABAJO EN PLATAFORMA
 - IV. LA INTERPRETACIÓN DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO
 - V. POSICIÓN DE ESPAÑA SOBRE EL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES
 - VI. CONSIDERACIONES FINALES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La sustitución de la presencia del empleador por el uso de equipos telemáticos – como mecanismos de geolocalización, sistemas de evaluación por parte del cliente basados en la satisfacción en la entrega del producto, pago electrónico–, cuando se aplica a la relación laboral, intensifica el debate sobre la adaptabilidad de la subordinación legal como elemento primordial para definir el trabajo asalariado frente al autónomo¹, suscitando un intenso debate sobre la aplicación de la legislación laboral o no en estos supuestos.

Es importante destacar que los trabajadores en plataformas digitales forman parte de un gran número de prestadores de servicios independientes que prestan trabajo de forma personal y son, por tanto, protegidos por el derecho civil, estando, además, alejados de la protección social-laboral².

Por ello, recurrir a la comprensión del trabajo en plataformas digitales es primordial, ya que es necesario conocer la organización de las empresas propietarias de las aplicaciones y su forma de gestionar el trabajo en plataformas para reconocer el tipo de autonomía o subordinación que puede existir entre el trabajador y la plataforma digital. De este modo, en el siguiente punto se establecerán las características del trabajo realizado a través de plataformas digitales, para luego analizar algunas decisiones judiciales en lo Tribunal Supremo de Trabajo desde Brasil y su posible interferencia en la comprensión de la naturaleza jurídica del trabajo a través de la intervención estatal, como lo que le pasó a la Ley Rider en España.

1. En un artículo escrito hace más de veinticinco años, en 1996, para la editorial Ltr, uno de los coautores de este texto cuestiona si los avances tecnológicos, motivados por el trabajo novedoso en la modalidad *home office*, en el momento de la publicación del estudio, analizaron si, a medida que la modificación de las relaciones laborales provocada por instrumentos tecnológicos como computadoras y dispositivos telefónicos, traen consecuencias al mundo del trabajo, también pueden encontrar desafíos en la interpretación de los elementos constitutivos de la relación laboral. El nuevo modelo de relación laboral - Repercusiones de la innovación sobre los elementos estructurales del bono de empleo. (Teixeira, S. T.: "O novo modelo de Relação de emprego: Repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo de emprego", *Revista LTR*, vol. 60, núm. 10, 1996).

2. Todolí Signes, A.: "O mercado de trabalho no século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho", en Leme, A. C.; Rodrigues, B. A.; Chaves Junior, J. E. (coords.): *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*, LTr, São Paulo, 2017, pp. 28-43.

II. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES DE REPARTO

La creación de valor en una plataforma de trabajo se consolida en torno a la interacción central entre los trabajadores (como productores) y sus clientes (como consumidores). La provisión de trabajo suele ser en respuesta a una solicitud específica del consumidor, quien luego paga a través de la aplicación. Esta relación se puede dividir en tres fases: (1) descubrimiento, cuando productores y consumidores se encuentran; (2) intercambio, cuando los bienes, servicios y dinero cambian de manos; y (3) la relación, formada por múltiples interacciones e intercambios repetidos.

La relevancia e importancia de las tres fases varían. Para algunas plataformas, como *Uber*, la primera fase –el descubrimiento– es la predominante. En este caso, cada interacción implica el descubrimiento de un nuevo participante. Para otras plataformas, como *UpWork*, la fase de relación tiende a dominar. Algunas otras plataformas, como *Deliveroo* o *TaskRabbit*, rastrean activamente el intercambio de trabajo, mientras que otras, como *Craigslist*, solo permiten el descubrimiento sin rastrear el intercambio³.

Trabajar en plataformas digitales es una oportunidad de trabajo presente en todo el mundo, aunque existen diferentes tipologías de plataformas. Así, encontramos algunas basadas en la ubicación de la prestación de servicios –como los servicios de reparto de alimentos a domicilio o de *crowdsourcing* de *Uber*, *Lifty*, *Ifood* y *Glovo* –, y otras a nivel mundial, con servicios ejecutados en línea y cuyos prestadores se denominan “trabajadores por tarea”, siendo su principal representante la empresa *Amazon Mechanical Turk*.

Las características más comunes de trabajar en plataformas digitales son: (1) una creciente despersonalización del mercado virtual; (2) una nueva dimensión del trabajo descentralizado; (3) una nueva forma de pagar por el trabajo; y (4) una mercantilización del tiempo de inactividad⁴.

Este nuevo modelo económico existe debido a nuevos estándares de prestación de servicios, tales como: ahorros a escala potencial, con miles de trabajadores registrados y conectados, disponibles para ejecutar demandas; control del proceso productivo por parte de la plataforma con indicación de patrones de ejecución de la obra y establecimiento de precios, como definición de criterios de evaluación y pago de propinas⁵.

Estos nuevos negocios utilizan la relación jurídica del trabajo por cuenta propia a través de argumentos que, insertos en la propuesta de la economía colaborativa,

3. Sangeet Paul, C.: *The architecture of digital labour platforms: policy recommendations on platform design for worker well-being*, International Labour Office, Geneva, 2018.

4. Gauthier, G.: “Una relectura de la subordinación: La incipiente jurisprudencia sobre la naturaleza del vínculo entre UBER y los conductores”, en Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano M. (dir.): *Trabajo en plataformas digitales, innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 271-294.

5. Todolí Signes, A. y Naji, M. J.: *Riesgos laborales específicos del trabajo en plataformas digitales*, Osalan - Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, Barakaldo (Bizkaia), 2020.

permiten la prestación del servicio con dedicación intermitente, sin subordinación y con la posibilidad de acumulación de ingresos extras. Sin embargo, repetidamente⁶, la mayoría de los trabajadores termina vinculándose a la plataforma con la intención de depender financieramente del trabajo prestado en esta, convirtiéndola en su única fuente de ingresos.

Así, el reto de delimitar la injerencia del derecho laboral en este modelo de negocio acaba siendo delegado en los Juzgados, quienes recurren a la interpretación de los fundamentos jurídicos de la relación de los trabajadores autónomos o de los trabajadores asalariados clásicos para dirimir la cuestión, teniendo especialmente en cuenta la forma de organizar el trabajo en estas plataformas.

En este punto, hay un triple reto en cuanto a la interpretación de este nuevo esquema de trabajo: conocer sus herramientas y el desarrollo de plataformas digitales; investigar el grado de autonomía o dependencia que tienen los trabajadores de una plataforma y, por último, a qué régimen jurídico están sujetos con el fin de garantizar la protección de los más vulnerables en esta prestación laboral.

III. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA BRASILEÑA EN EL CAMPO DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS

La repercusión del crecimiento económico del trabajo en plataformas digitales durante la pandemia se ha reflejado en el Congreso Nacional de Brasil con la inclusión de 50 nuevos proyectos de ley⁷ destinados a regular los problemas laborales, sanitarios, fiscales, de seguridad social y administrativos de los trabajadores en plataformas de reparto.

De estas propuestas, solo tres⁸ se refieren a establecer la naturaleza jurídica del trabajo, ya sea para considerarlos como empleados, cambiando la Consolidación de

6. En un estudio publicado por el Instituto de Política Económica Aplicada de Brasil - IPEA, publicado en abril de 2021, hay un promedio de 600.000.000 y empresas de reparto y 1.250.000 conductores, registrados entre los meses de mayo a noviembre de 2020. Con un ingreso promedio de R\$ 1.440,00 (mil cuatrocientos cuarenta reales) para los repartidores y R\$ 1.800,00 (mil ochocientos reales) para los conductores. El viaje semanal en todos los Estados de la Federación es de 40 horas por semana y de 8 horas diarias, para repartidores y choferes de aplicaciones. (Aplicada, I. d.: *Mercado de trabalho: conjuntura e análise: Maio a novembro/ 2020*, Ministério do Trabalho. Brasília, 2021). Este estudio también se ocupó de investigar el impacto del COVID-19 en los trabajadores, haciendo pruebas a 72.223.000 repartidores, alcanzando el porcentaje global del 4,5% de la muestra general con prueba positiva para COVID. La información es relevante debido al creciente uso de alimentos y servicios de entrega de alimentos durante la pandemia. Con base en estos datos, asentidos por la dedicación al trabajo por las horas generalmente trabajadas durante la semana, se observa que el perfil brasileño es de repartidores y chóferes de aplicaciones que se dedican exclusivamente a este trabajo y dependen de él financieramente.

7. Los partidos políticos que lideraron la distribución de estas iniciativas legislativas fueron el Partido de los Trabajadores - PT, Partido Democrático del Trabajo - PDT, Partido Socialista Brasileño - PSB y el Partido de la Social Democracia Brasileña - PSDB. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecific=true&q=entregadores%20de%20aplicativo&tipos=PL>. Fecha de acceso: 02/11/21.

8. El proyecto de ley número 3337/2021, de autoría del congresista João Daniel - PT / EC, propone cambiar la Consolidación de las Leyes Laborales para considerar el vínculo laboral entre las empresas operadoras de solicitudes y los trabajadores que realizan las actividades de transporte de pasajeros o entrega de mercancías. El proyecto de ley número 6423/2019, de autoría del congresista Rui Falcão - PT / SP, propone cambiar la Consolidación de las Leyes

las Leyes Laborales, o considerándolos autónomos, como la propuesta de la regulación del servicio bajo demanda.

El proyecto de ley número 1665/2020, propuesto por el congresista Iván Valente, PSOL/SP, sobre el establecimiento de derechos de los repartidores que prestan servicios en plataformas de reparto durante la pandemia del COVID-19, fue convertido recientemente en ley ordinaria número 14.297⁹, el 5 de enero de 2022, con dos vetos de la Presidencia¹⁰.

A nivel legislativo, no se ha regulado de manera específica el trabajo autónomo. Así, le correspondió a la legislación de seguridad social¹¹ conceptualizar al autónomo como el contribuyente individual que realiza, por su cuenta, una actividad económica de carácter urbano, con o sin ánimo de lucro.

En el aspecto tecnológico, la Consolidación de las Leyes del Trabajo definió, desde 2011¹², la subordinación jurídica en los trabajos realizados fuera del ámbito de la empresa a través de medios telemáticos, como computadoras y software, dándose a conocer en la doctrina como subordinación algorítmica¹³.

La Reforma Laboral Brasileña de 2017 insertó el artículo 442-B que prohíbe¹⁴ la configuración del vínculo laboral si las partes contratantes han firmado previamente un contrato de trabajador autónomo.

Laborales para considerar el vínculo laboral entre las empresas y los empleados que prestan servicios de transporte de pasajeros o entrega de mercancías a través de solicitudes. Finalmente, el Proyecto de Ley 6423/2019, escrito por la Sra. Tabata Amaral - PDT/SP, propone regular el régimen de trabajo bajo demanda, basado en la regulación de una relación autónoma entre empresas y prestadores de servicios en plataformas digitales. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/busca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecific=true&q=entregadores%20de%20aplicativo&tipos=PL>. Fecha de acceso: 02/11/21.

9. Brasil. Establece medidas de protección a la empresa repartidora que preste servicio a través de una empresa de aplicación de entrega mientras dure la emergencia de salud pública derivada del coronavirus responsable del COVID-19. Ley ordinaria número 14.297 del 5 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-2022372163123#:~:text=1%C2%BA%20This%20Lei%20disp%C3%B5e%20acerca%20de,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>. Fecha de acceso: 05/01/22.

10. Por manifestación del Ministerio de Economía, se vetó el dispositivo que establecía el suministro de alimentos por parte de las empresas de aplicación a domicilio. Según la justificación dada para el veto, la proposición incurriría en vicio de inconstitucionalidad y sería contraria al interés público. Otro punto vetado del proyecto original era el que determinaba que las empresas suministradoras de los productos serían responsables por tomar las medidas necesarias para evitar el contacto entre la empresa repartidora y el repartidor con el consumidor final y otros durante el proceso de recogida y entrega. Este ítem fue excluido de la ley definitiva por recomendación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que entendió que la empresa proveedora no podía tener control sobre las etapas de entrega y que los demás instrumentos de la ley ya garantizan la protección del repartidor. Disponible en: <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/entregadoras-e-entregadores-de-aplicativos-conquistam-regras-de-protecao-no-trabalho-na-pandemia1>. Fecha de acceso: 12/01/22.

11. Brasil. Ley Ordinaria N.º 8213/91. Establece planes para Beneficios de seguridad social y determina otras medidas. Disponible: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Fecha de acceso: 01/12/21.

12. Art. 6 No se distingue entre el trabajo realizado en el establecimiento del empleador, el trabajo realizado en el domicilio del trabajador y el trabajo realizado a distancia, siempre que se caractericen los supuestos de la relación laboral. (Redacción prevista por la Ley N. 12.551, de 2011) Párrafo único. Los medios telemáticos e informáticos de mando, control y vigilancia son equivalentes, a los efectos de la subordinación legal, a los medios personales y directos de mando, control y vigilancia del trabajo ajeno.

13. Delgado, M. G.: *Curso de Direito do Trabalho* LTr, São Paulo, 2021.

14. Art. 442-B. La contratación de autónomos, cumplidas por ello todas las formalidades legales, con o sin exclusividad, de forma continuada o no, elimina la calidad de empleado prevista en el artículo 3 de esta consolidación. (Incluido en la Ley N.º 13.467, 2017).

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO BRASILEÑO

Como la naturaleza jurídica mantenida entre los trabajadores y la plataforma digital es del tipo autónomo y no existe un Estatuto del Autónomo en Brasil, corresponde a la justicia laboral¹⁵ tramitar y resolver las demandas¹⁶ sobre el cumplimiento de las

15. Art. 114 de la Constitución Federal de 1988: Corresponde al Tribunal del Trabajo procesar y juzgar: - I acciones derivadas de la relación laboral, amparadas por entidades de derecho público externo y la administración pública directa e indirecta de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios; (...); - VI acciones de indemnización por daños morales o patrimoniales, derivados de la relación laboral; (...); - IX Otras controversias derivadas de la relación de trabajo, en la forma de la ley (Incluido en la Enmienda Constitucional N.º 45 de 2004).

16. REVOCACIÓN DE LA ORDEN DE JUICIO. Debido a la naturaleza perjudicial de los asuntos contenidos en la agravación de un instrumento en una apelación de revisión adhesiva de la reclamada Uber do Brasil Tecnologia Ltda., se revoca el auto de sentencia previsto en el artículo 997, § 2, del CPC/15. Este procedimiento se apoya en el ámbito de este Tribunal Superior, en los precedentes tanto de la SBDI-1 como de las Clases de este Tribunal. II - DAÑO INSTRUMENTAL DE LA RECLAMADA UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. EN EL ARTÍCULO DE LA REVISTA ADHESIVA. SENTENCIA CONFORME A LA LEY 13.467/2017. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL. RELACIÓN LABORAL. 1. La competencia material del Tribunal de Trabajo se fijará por la demanda y la causa de la solicitud. Se define a partir de la existencia de una relación de trabajo (lato sensu) mantenida por los litigantes, respecto de los conflictos derivados de la misma, considerando la ampliación interpuesta por la Enmienda Constitucional N.º 45/2004, que otorgó a este Tribunal especializado la competencia para perseguir y juzgar todas las acciones derivadas de la relación laboral, incluidas las relacionadas con la indemnización por daños morales y materiales (art. 114, I y VI, de la CR). 2. En el caso, la pretensión autoral, de pago de indemnización por daños morales y materiales derivados del accidente sufrido por un chofer solicitante, se basa en la relación laboral establecida con la empresa UBER, como trabajador autónomo, en la ejecución de un servicio prestado personalmente. Por lo tanto, no hay forma de quitar la competencia del Tribunal del Trabajo para el examen de la solicitud, entre otras cosas porque el Resumen 392 de este Tribunal establece que: "De conformidad con el Art. 114, inc. VI, desde la Constitución de la República, el Tribunal del Trabajo es competente para perseguir y juzgar las acciones de indemnización por daños morales y materiales, derivados de la relación laboral, incluidos los derivados de accidentes de trabajo y enfermedades tratadas como consecuencia, aunque sean propuestas por los dependientes o sucesores del trabajador fallecido". 3. Este Relator no ignora que el Tribunal Superior de Justicia, en el conflicto negativo de competencia n.º 164.555/MG, decidió que del Tribunal Común era el examen de la controversia establecida entre un chofer de la solicitud y la empresa UBER. No obstante, cabe señalar que dicha sentencia se refería únicamente a la solicitud del chofer de que fuera reactivada su cuenta en la aplicación y la consiguiente indemnización por daños morales y materiales. Es decir, la pretensión examinada por el STJ se basa únicamente en el despido del chofer de la plataforma o aplicación digital ofrecida por la empresa, y no como en el caso sub iudice, en una cuestión derivada de la ejecución del trabajo. Indemne, por lo tanto, el art. 114, I, de la CR. Agravamiento de un instrumento conocido y desprovisto. NULIDAD DE LA V. SENTENCIA REGIONAL. JUICIO EXTRA PETITA. La decisión extra petita es aquella en la que la medida judicial se basa en un motivo ajeno a la demanda o que aplaza una solicitud distinta de la que se había postulado. En el caso, se verifica a partir de la demanda que la parte reclamante, al solicitar la condena del demandado para pagar una indemnización por daños morales y materiales derivados de un accidente de trabajo, aportó como fundamento la existencia de una relación laboral lato sensu entre el chofer y la empresa UBER. El reconocimiento de la relación laboral es una cuestión incidente que influye directamente en la sentencia y que, si no fuera examinada por el Juez, entonces sí, habría nulidad de la v. sentencia regional, pero por la sentencia citra petita. Eso es porque, como enseñan Freddie Didier Jr., Paulo Sarno y Rafael Oliveira, es citra petita la decisión "que no examinó ningún motivo / argumento / asunto que tenga la capacidad de influir en el juicio de la solicitud (cuestión del incidente), que realmente ocurrió". En estos términos, y con diferencia de lo que alega la demandada, el hecho de que el Eg. Tribunal Regional haya considerado la existencia de una relación de trabajo para verificar tanto la competencia material de esta Justicia Laboral como la responsabilidad civil de la demandada con respecto al daño sufrido por el chofer de la aplicación no da lugar a ninguna infracción a los artículos 141 y 492 del CPC/15. Agravamiento de un instrumento conocido y desprovisto. RELACIÓN LABORAL. CHOFER DE APLICACIÓN. TRANSCRIPCIÓN INSUFICIENTE. INCUMPLIMIENTO DEL ART. 896, § 1-A, I, CLT. Consta en este Tribunal Superior que la insuficiente transcripción de la sección de la sentencia autonómica, que no abarca todos los motivos del Tribunal Regional o de la tesis jurídica controvertida, no cumple el requisito del artículo 896, § 1a, I, de la CLT, en la medida en que no se opone a la comparación analítica exigida por el art. 896, § 1a, III y § 8, de la CLT, tanto para la demostración de los delitos señalados, como de la divergencia jurisprudencial pegada. En este caso, el extracto destacado por el demandante no aporta ninguna tesis jurídica sobre la configuración o no de la relación laboral (lato sensu) establecida entre el chofer (de cujus) y la empresa Uber, propietaria de la aplicación. Se limita a afirmar que la demanda no es simplemente un intermediario de servicios o una empresa de promoción, sino una empresa que presta servicios de transporte, sin aportar ninguna conclusión jurídica de estos hechos. Por tratarse de una transcripción insuficiente, no cumple con el art. 896, § 1-A, I, de la CLT. Agravamiento de un instrumento conocido y desprovisto. III - AGRAVACIÓN DEL INSTRUMENTO DE LA PARTE RECLAMANTE EN UN EXAMEN. SENTENCIA CONFORME A LA LEY 13.467/2017. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. EMPRESA TITULAR DE LA SOLICITUD DE TRANSPORTE. PELEA DE TRÁNSITO. MUERTE DEL CHOFER. TERCERO RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD REALIZADA. EXCLUSIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL NO CONFIGURADA. Ante la probable infracción al artículo 927, párrafo único, del Código Civil, el recurso de revisión debe tramitarse para un mejor examen. Agravamiento de un instrumento conocido y proporcionado. IV - CARACTERÍSTICA DE REVISIÓN DE LA PARTE RECLAMANTE. SENTENCIA CONFORME A LA LEY 13.467/2017. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. EMPRESA TITULAR DE LA SOLICITUD DE TRANSPORTE. PELEA DE TRÁNSITO. MUERTE DEL CHOFER. TERCERO RELACIONADO CON LA ACTIVIDAD REALIZADA. EXCLUSIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL NO CONFIGURADA. TRASCENDENCIA SOCIAL Y JURÍDICA. 1. La controversia se limita a la tesis de caracterización de la responsabilidad civil de una empresa que organiza la actividad de transporte a través de una plataforma digital y ofrece el servicio de transporte público a través de choferes registrados en su aplicación, debido al hecho resultante del accidente de tráfico sufrido por el trabajador en

obligaciones de estos trabajadores en su labor realizada en la plataforma, respondiendo sobre suspensiones y despidos indebidos, por ejemplo, y también puede recibir

la ejecución de trabajos al servicio de Uber, y la competencia del Especialista para valorar la cuestión como consecuencia de una relación laboral que no derive de la relación laboral. De la apreciación de esta tesis, otra, consistente en el punto nodal de la cuestión planteada a la Audiencia Nacional, si el hecho de tercero –en el caso, los disparos efectuados desde un arma de fuego por un conductor que causaron la muerte del trabajador tras desacuerdo en el tránsito– quedara excluido de la relación causal, tal y como lo decidió el Tribunal Regional. De lo contrario, fijando los efectos de la responsabilidad. 2. De la jurisprudencia se desprende, como hecho indiscutible, que el chofer estaba logado (conectado a la aplicación digital), yendo a atender a un cliente, cuando se produjo el desacuerdo que culminó en los diversos disparos del motociclista con quien se produjo la discusión, y que lo mataron. 3. Vale destacar que el debate sobre la configuración de la relación laboral y la competencia del Especialista para valorar la cuestión, en vista de la inmaterialidad del instrumento del reclamado, por el que pretendía desbloquear el recurso adhesivo destinado a este debate, de forma que, al menos en estos casos, la tesis se basa en que la competencia para el examen de la responsabilidad civil derivada de accidente de tráfico cuando el chofer se encuentra al servicio de UBER es la Justicia Laboral, independientemente del cuestionamiento de si se trata de una relación laboral o simplemente de empleo, según lo decida la Regional. 4. Queda por encontrar solo si el hecho de que el tercero caracteriza erróneamente la responsabilidad de UBER. 5. UBER no dispone de flota, utilizando choferes con vehículos propios en la explotación, en el caso de autos, de la actividad de transporte de personas, mediante la organización de la actividad por aplicación digital, por lo que, considerando la actividad desarrollada, debe caracterizarse como transportista, solicitándole las disposiciones de las partes. 734 a 742 del Código Civil y, en materia de responsabilidad civil, art. 927, par. single ccb. Por lo que se refiere a la relación con el chofer, en este caso se estableció que se trataba de una relación laboral, por lo que el solicitante principal debe ser considerado como un prestador de servicios o preposto, utilizado por UBER en una actividad de riesgo creada por él. 6 El artículo 927 del Código Civil consagra una cláusula general de responsabilidad objetiva, es decir, sin culpa, al disponer que “existirá la obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados por la ley, o cuando la actividad normalmente realizada por el infractor del daño implique, por su naturaleza, un riesgo para los derechos de los demás”. Es una responsabilidad que se basa en la teoría del riesgo y que asigna la obligación de indemnizar a quien realice cualquier actividad que genere riesgo o peligro de daño a un tercero. 7. Siguiendo la línea de la cláusula general de responsabilidad objetiva, establecida por la citada disposición, el artículo 735 del Código Civil, referido al transporte de personas, dispone que “la responsabilidad contractual del transportista por accidente con el pasajero no se elude por culpa de un tercero, contra el cual tiene acción regresiva”. 8. La motivación de la disposición legal es la magnitud y la habitualidad del riesgo existente en el transporte, creado por una acción dolosa o culposa, que cuando no tiene su origen en el propio transportista, proviene exactamente de la intervención de terceros. 9. Según la doctrina, aunque el dispositivo (art. 735 del CCB) consagre la responsabilidad del transportista, esta responsabilidad civil siempre debe ser eliminada en los casos en que el accidente sea de facto consecuencia de un tercero, inevitable e impredecible, y que no tenga conexión con el transporte, por ser equivalente al caso fortuito externo. Sérgio Cavalieri, por ejemplo, señala que “cuando el hecho de que un tercero no tenga una conexión con el acto de transporte y, en consecuencia, con los riesgos de la actividad, el caso fortuito (externo) se equiparará con la exclusión de la responsabilidad del transportista”. Ya Gustavo Tepedino enseña que “el hecho exclusivo de un tercero que, de conformidad con el artículo 14, § 3, del CDC, es capaz de romper el nexo causal es el comparable al fortuito externo, es decir, sin conexión con el contrato de transporte, debido a cualquier relacionado con el servicio de transporte. El acto de un tercero, que constituye un riesgo atribuible al transportista, porque de alguna manera relacionado con el servicio prestado, no difiere de la responsabilidad por los daños causados a los pasajeros”. También cabe mencionar el entendimiento de José Carlos Maldonado de Carvalho, en el sentido de que “el hecho causante del daño impredecible y por tanto inevitable, vinculado, sin embargo, a la organización de la empresa transportadora y relacionado con los riesgos con la actividad que desarrolla, como la rotura de un neumático o la avería del vehículo de transporte que provoca un incendio por problemas eléctricos, caracteriza el fortuito interno que, vinculado al riesgo de la empresa, no excluye responsabilidad civil por los daños resultantes”. 10. En el caso de autos, el desacuerdo en el tránsito –que dio lugar a la muerte del chofer– no puede equipararse al caso fortuito externo, de carácter imprevisible, porque tiene una relación directa con la peligrosa y estresante actividad del transporte en las grandes ciudades caracterizada por la violencia y, por tanto, no se traduce en un hecho de un tercero equiparado a la imprevisibilidad del fortuito capaz de excluir la responsabilidad del transportador. 11. Esto es, en realidad, de un hecho que forma parte de los propios riesgos de desplazamiento–como en situaciones en las que hay colisiones con otros vehículos, roturas de neumáticos, malestar del chofer, pérdida de conducción por culpa de terceros y otros fallos mecánicos, eventos impredecibles, pero que se esperan y están contenidos en la actividad de transporte– y que difiere de las situaciones causadas por eventos extraordinarios, impredecibles y no relacionadas con las actividades de transporte, como rayos, inundaciones, balas perdidas y derrumbes, hipótesis en las que el Tribunal Superior de Justicia elimina la responsabilidad civil del transportista. 12. Desafortunadamente, el riesgo de ser baleado o agredido físicamente o con un bate de béisbol en una discusión está contenido en el estrés del tráfico y se deriva de la violencia de las grandes ciudades que aún registran agresiones a choferes y sus vehículos, secuestros y vandalismo, por lo que ya no son hechos extraños para quienes actúan diariamente en la actividad de transporte, no exonerando así la responsabilidad objetiva del transportista tanto por las personas transportadas por él, como por el profesional que, como empleado o como preposto, actúa físicamente en el transporte. 13. Además, procede señalar que, según la jurisprudencia del STJ, la responsabilidad objetiva del transportista comprende “todo hecho casual, fortuito e inesperado inherente a la prestación del servicio de transporte de personas, es decir, accidente que tenga una relación de causalidad con el servicio prestado, aunque sea causado por un tercero, siempre que tenga una relación causal interna”. Anterior: Resp 1833722/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SECCIÓN SEGUNDA, juzgado el 03/12/2020, DJe 15/03/2021; AgInt en Resp 1738374/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, CUARTA CLASE, juzgado el 25/05/2021, DJe 04/06/2021; Resp 1747637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCERA CLASE, juzgada el 25/06/2019, DJe 1/07/2019. 14. En este contexto, al excluir la responsabilidad civil objetiva de la demanda, considerando que el hecho tercero antes mencionado excluye la relación de causalidad, el Tribunal Regional Colegial incurre en una afrenta al artículo 927, párrafo único, del Código Civil. Así, se reforma la decisión autonómica de reconocer la responsabilidad civil de la empresa, con determinación de devolución del caso al TRT, para que éste pueda seguir revisando las reclamaciones de indemnización por daños morales y materiales, tal y como lo entiende la ley. Una apelación de la revista conocida como una violación del artículo 927, párrafo, de la CCB y proporcionada”. (TST-RRAg-849-82.2019.5.07.0002, 3ª Clase, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, juzgado el 7/12/2021.)

demandas que cuestionen la naturaleza jurídica mantenida entre las partes para un consiguiente reconocimiento de la relación laboral.

En este escenario, las Salas 4ª y 5ª del Tribunal Superior del Trabajo ya han juzgado que no existe relación laboral entre los conductores de *Uber* y esta plataforma.

Con base en las pruebas orales¹⁷ promovidas por los demandantes, los Magistrados de las Salas 4ª y 5ª de la Tribunal Superior del Trabajo concluyeron la ausencia de subordinación de los conductores¹⁸ sobre la base de los siguientes argumentos: la flexibilidad en la conexión de la plataforma y los días de inactividad no implicaban castigos por la no prestación del servicio; y no contaban con un supervisor, ya que los usuarios-clientes eran los que realizaban la evaluación de los trabajadores.

Este razonamiento conlleva considerar la igualdad entre las partes en el sentido de que la flexibilidad para estar disponible para trabajar en la plataforma digital define la relación de autonomía, y no existe un análisis sobre la organización del trabajo y el poder de control, ya sea por la plataforma o por los trabajadores considerados autónomos.

Recientemente¹⁹, la 3ª Sala del Tribunal Superior del Trabajo reconoció la relación laboral entre un conductor y la aplicación *Uber*, prevaleciendo el voto del relator, Magistrado Maurício Godinho Delgado, para quien el caso identifica la nueva “subordinación algorítmica efectuada a través de aplicaciones”.

Pese a esta divergencia de posiciones, se tiende a interpretar que la relación que se mantiene entre los trabajadores y la plataforma digital es de autonomía e independencia a partir del análisis clásico de la existencia de subordinación a los sistemas tecnológicos. Así, como hay flexibilidad en la prestación del servicio y la posibilidad de vincularse a más de una plataforma digital, la conclusión predominante en el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil es la ausencia de subordinación legal.

V. LA POSICIÓN DE ESPAÑA CON RESPECTO AL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES

A diferencia de Brasil, que no cuenta con un Estatuto o Consolidación de Leyes dirigidas a los trabajadores autónomos, España cuenta, desde 2006, con un Estatuto²⁰ de los Trabajadores Autónomos –LETA–, definiendo como autónomo a toda persona física que se desempeñe, de forma personal, directa, por sí misma y fuera del ámbito

17. Daño del instrumento 101036-14.2017.5.01.0042. Relatoría Ministro Alexandre Luiz Ramos, 4ª clase. Publicado el 10/01/2021.

18. Daño Instrumental 10575-88.2019.5.03.0003 - Ministro Ives Gandra. Quinta clase.

19. La Tercera Clase del Tribunal Superior del Trabajo reconoció la relación laboral entre un conductor de la aplicación y Uber do Brasil Tecnologia Ltda., el 11/04/2022. Para la mayoría de los colegiados están presentes los elementos que caracterizan la relación laboral: la prestación del trabajo por una persona humana, con personalidad, onerosa, no contingente y de subordinación. Proceso: RR-100353-02.2017.5.01.0066. Disponible en: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/3%C2%AA-turma-recognit-v%C3%ADnculo-de-emprego-entre-motorista-e-uber>. Acceso: 10/04/2022.

20. Ley 20/2007, de 11 de Julio Estatuto del Trabajo autónomo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>. Fecha de acceso: 12/01/2022.

de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a nivel lucrativo, empleando, o no, a otros trabajadores subordinados, a tiempo parcial o completo.

De esta definición se deduce, que no importa el nivel de dedicación al trabajo (ya sea a tiempo parcial o total) o si hay contratación de otros trabajadores, para que el trabajo se configure como autónomo, pues lo que confirma esta especial prestación de servicios es la realización habitual del trabajo realizado por su propia cuenta y organización, reuniendo así, un universo de posibilidades para el trabajo realizado de forma autónoma.

En un texto publicado en el momento del inicio de la vigencia del Estatuto de los Autónomos²¹, se planteó que la creación de la figura del autónomo económicamente dependiente²² con esta proximidad a la del trabajador subordinado, representa más un escape de la aplicación de la legislación laboral que la posibilidad de darle protagonismo y mayor seguridad al trabajo desarrollado con característica de autónomo.

En este contexto, a diferencia de Brasil, en base a estos Estatutos, las empresas de plataformas digitales contratan a sus chóferes y repartidores de alimentos y bienes mediante la firma de un contrato mercantil, conocido popularmente como TRADE (Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes).

Los trabajadores que se sienten perjudicados por esta tipología contractual y la falta de protección de la legislación laboral buscan apoyo judicial, defendiendo las notas existentes que definen la relación de trabajo por cuenta ajena y, en consecuencia, la aplicación del derecho laboral.

Así, las decisiones judiciales españolas sobre la relación jurídica mantenida entre las plataformas digitales y los trabajadores vinculados a ellas, como chóferes y repartidores, fueron de diferente signo²³, resoluciones que se referían al análisis del contrato autónomo, el contrato de TRADE o la relación de laboralidad.

21. Vallejo, 2007.

22. La Ley 20/2007, que instituyó el Estatuto Del Trabajo Autónomo, establece en el artículo 11, para desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, deberá reunir, simultáneamente, las siguientes condiciones: a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes; b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

23. "El TSJ de Madrid ratifica que los "riders" de Deliveroo están sujetos a una relación laboral con la empresa. El Tribunal confirma la sentencia del juzgado de lo Social n. 19 del pasado mes de julio que establece que durante el periodo en que los repartidores estuvieron vinculados a la sociedad demandada "prevalecieron las condiciones propias de la laboralidad". Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/El-TSJ-de-Madrid-ratifica-que-los--riders--de-Deliveroo--estan-sujetos-a-una-relacion-laboral-con-la-empresa>. Fecha de acceso 12.01.22. "El TSJ de Madrid falla que los repartidores de globo son trabajadores por cuenta ajena. Renova la resolución de un juzgado de lo Social y declara improcedente el despido de un repartidor". Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/El-TSJ-de-Madrid-falla-que-los-repartidores-de-Glovo-son-trabajadores-por-cuenta-ajena>. "Acabo de tener acceso a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sección 04 de los Social de 19 de septiembre de 2019 n.

En este contexto, las diversas tesis sobre la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas digitales se asemejan al escenario judicial brasileño, señalado en el apartado anterior. Esta divergencia de tesis estuvo presente en diversos pronunciamientos judiciales²⁴, si bien esta disparidad culminó en el caso emblemático del Trabajador de la Plataforma Glovo²⁵, quien, después de recibir dos resultados desfavorables en instancias inferiores, vio estimada su pretensión en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo de España, que comenzó a considerar como falsos autónomos a los trabajadores de Glovo.

La tesis apoyada por el Tribunal Supremo español se fundamentaba sobre la dirección de la empresa en la organización del trabajo, argumentando que la infraestructura esencial para el ejercicio de la actividad pertenecía a Glovo. Todo porque la Aplicación, el software, los datos, la tecnología de la información, los programas informáticos, formaban parte del patrimonio de la empresa. Toda la estructura de Glovo es la que hizo factible el negocio, poniendo a las empresas (proveedores - restaurantes) en contacto con los clientes finales (consumidores / solicitantes de servicios), mientras que el uso personal de bicicleta/motocicleta y teléfono móvil para realizar el servicio eran secundarios y de bajo costo²⁶.

Así, el Tribunal Supremo español, en la primera²⁷ oportunidad de valorar la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas digitales de reparto de comida, y al modificar el criterio seguido de las instancias inferiores, consideró que, debido a las particularidades de la prestación del servicio, principalmente con respecto al sistema de valoración, establecimiento de precios y la propia naturaleza del servicio, no quedó comprobado que el trabajador desempeñara los servicios con criterios organizativos propios, como debería hacerlo un autónomo dependiente –TRADE–²⁸, tal y como

715/2019 (rec. 195/2019) que desestima el recurso presentado contra la Sentencia del juzgado 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 que declaraba a un Rider de Glovo verdadero autónomo (TRADE). Así pues, con la desestimación del recurso la Sentencia del TSJ confirma la naturaleza mercantil del vínculo entre Glovo y el Rider demandante". Disponible en: <https://adriantodoli.com/2019/10/07/el-tsj-de-madrid-confirma-sentencia-declarando-a-un-rider-verdadero-autonomo/>. Fecha de acceso 12.01.22.

24. "El pleno del TSJ de Madrid considera que los repartidores de Glovo son falsos autónomos". Sala de lo social, sección Pleno, Sentencia 1155/2019 de 27 Nov 2019, Ponente: Torres Andrés, Juan Miguel – n. de Recurso: 588/2019 – jurisdicción: SOCIAL Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-economia-colaborativa-transformacion-digital/es/novedades-1286057015758/Novetat.html?id=1286118539445>. Acceso 10/12/2021.

25. Según la sentencia número 805/20, se trata de un contrato TRADE firmado entre el trabajador y la empresa Glovo, desde el 8 de septiembre de 2015 hasta el 25 de octubre de 2017, para realizar microtarefas como trabajador autónomo. Entre octubre de 2016 y octubre de 2017, recibió 18.184,08 euros por servicios prestados. El 19.10.2017, el trabajador comunicó por correo electrónico que no se encontraba bien, sintiendo fiebre y que se quedaría en casa, retomando sus actividades normales el 24/25 de octubre, realizando nueve peticiones cada día y, a partir del día 27 del mismo mes, quedó incapacitado provisionalmente para trabajar. Así, el 12/05/2017, el autor interpuso una demanda por el despido tácito contra Glovo, exigiendo la nulidad del despido por la vulneración de su derecho fundamental (discriminación en razón de su salud), solicitando el pago de 10.000 euros por los daños y perjuicios causados. Jacob, R. B.: *O Trabalho via Plataformas Digitais: Aportes teóricos e os fundamentos dos casos dos entregadores por aplicativo na Espanha*, Lujur, São Paulo, 2021.

26. Jacob, R. B.: *O Trabalho via Plataformas Digitais: Aportes teóricos e os fundamentos dos casos dos entregadores por aplicativo na Espanha*, Lujur, São Paulo, 2021.

27. Todolí-Signes, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales", *Labour & law Issues*, vol. 6, núm. 2, 2020.

28. Algunos fragmentos de la Resolución del Tribunal de Casación español en el caso de la doctrina unificada

establece el Estatuto del Autónomo. Por tanto, se concluyó la prevalencia de la presunción de laboralidad de la relación de los repartidores de comida respecto de la plataforma Glovo.

Esta sentencia influyó en que España, a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, fuera el primer país de la Unión Europea en legislar en contra de la condición de autónomo o autónomo dependiente, en el trabajo en plataformas digitales.

Así, tras muchas reuniones informales y conversaciones alejadas de la opinión pública, en marzo de 2021 finalizaron las conversaciones entre organizaciones sindicales y empresariales, creando un acuerdo fruto del diálogo social, convertido en Real Decreto-Ley 9/2021²⁹, por el que se modifica la redacción de los artículos 23 y 64 del Estatuto de los Trabajadores Españoles³⁰ para garantizar los derechos laborales a las personas que se ocupan de los servicios de entrega en plataformas digitales.

número 4746/2019: "(...)16.3 - Glovo estableció un sistema de puntuación para los "riders", clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior. Si el entregador no aceptara ningún servicio por más de tres meses, Glovo podría bajarlo de nivel. Factores de evaluación: (1) evaluación del servicio realizado por el cliente final; (2) Eficiencia en el cumplimiento de las solicitudes más recientes; (3) Desempeño del servicio en horas pico, llamado "tiempo diamante". Hubo una penalización de 0,3 puntos cada vez que el entregador no estaba activo en el intervalo de tiempo previamente reservado por él. Si la indisponibilidad estuviera justificada, evitaba el efecto penalizador. Los entregadores que tuvieran un mejor puntaje tendrían acceso presencial a los servicios o mensajes. 16.4 - Mientras el trabajador estuviera activo, habría una ubicación a través de un geolocalizador - GPS, con el que se registraban los kilómetros recorridos en cada servicio, y este podría elegir libremente la ruta a seguir para cada destino. 16.5 - El sistema de compensación consistía en el pago de una cantidad por pedido más otras cantidades (por kilometraje y tiempo de espera)). El precio del glovo pagado por el cliente era de 2,75 euros, de los cuales el entregador recibía 2,50 euros, el resto quedaba con Glovo. El pago se realizaba quincenalmente. Cuestiones accesorias: En la cláusula 3.4 del contrato firmado por las partes, se acordó que en caso de que el usuario (consumidor) no estuviera accesible en la dirección de entrega fija para recibir el producto objeto del transporte. Y la cláusula 3.5 establece: si la solicitud se cancela tan pronto como Glover la acepte, tendrá derecho a su porcentaje superior a la mitad del servicio. Además, se consideraba que el entregador asumía la responsabilidad por daños o pérdidas que el producto o mercancías pudieran sufrir durante el transporte. Si tuviera que comprar productos para el usuario / consumidor, utilizaba una tarjeta de crédito proporcionada por Glovo. 19.2 - Glovo no se limitó simplemente a confiarle al entregador la ejecución de determinados servicios. No. La autonomía real del proveedor de servicios significa otra cosa. La Ley Nº 20/2007, del 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, establece, en su artículo 4, el derecho profesional de los autónomos a ejercer acciones individuales derivadas de su actividad profesional. Este no era el caso, porque Glovo, a partir de los elementos esenciales que le pertenecían -la ejecución de los servicios-, dirigió, condujo, entregó know-how (métodos y procedimientos en las actividades realizadas), controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación APP / Software. (...) 19.3 - Glovo le proporcionó al entregador una tarjeta de crédito para aquellos que necesitaban pagar productos a los consumidores y si este necesitara un anticipo para el inicio de las actividades, Glovo le hacía un adelanto de 100 euros. (...) 19.4 - Glovo abona una compensación económica por el tiempo de espera. Este es el tiempo que el entregador espera el pedido. (...) 19.5 - El contrato TRADE firmado por las partes especificaba trece causas justificadas de rescisión del contrato por parte de la empresa consistentes con el incumplimiento contractual del repartidor: Por atraso continuado en la prestación del servicio; desempeño deficiente o defectuoso de los servicios; ofensas verbales o físicas a personas que prestan servicios a Glovo, usuarios, proveedores o cualquier tercero relacionado con Glovo; transgresión de buena fe contractual o abuso de confianza en el desempeño de las funciones ordenadas... Algunas de ellas son copias de las hipótesis de la disciplina de despido, presentes en el Estatuto de los Trabajadores de España (artículo 54). Nuestra traducción. Disponible en: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/188680/2021_amado_joao_glovo_riders.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

29. Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-7840>. Fecha de acceso: 10/08/21.

30. Artículo único. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue: Uno. Se introduce

El acuerdo firmado entre los sindicatos fue bastante corto, ya que solo se estableció a cinco meses para empezar la vigencia de la ley, lo que justifica el hecho de que la empresa Glovo aún mantenga repartidores registrados como autónomos, pero en el ámbito académico fue positivamente acogido³¹.

La nueva normativa sobre los repartidores en plataformas digitales no amplió el alcance de protección del Estatuto de los Trabajadores, sino que produjo una inversión de la carga de la prueba, ahora a cargo de los empleadores. Así, la alteración legislativa permitió a las plataformas reevaluar la relación de autonomía que sustenta la existencia y la modificación de su relación³² con los trabajadores, ya sea externalizando servicios con empresas de reparto existentes, o creando condiciones de trabajo particulares en negociaciones colectivas específicas³³.

La presunción de laboralidad que ofrece la ley es buena para la negociación colectiva y las nuevas interpretaciones judiciales de las condiciones de trabajo, las horas de trabajo y el salario, ya que las decisiones judiciales anteriores tenían por objeto resolver la cuestión de la calificación jurídica³⁴.

De lo anterior se desprende que la legislación española dirigida a los autónomos y autónomos dependientes fue fundamental para el avance judicial y legislativo en el caso del trabajo en plataformas digitales. Esto se debe a que la presunción de laboralidad introducida por la Ley Rider no afirma que todos los trabajadores están subordinados, sino que, por la naturaleza de la prestación del servicio, corresponderá a la plataforma digital probar la existencia del trabajo autónomo.

Así, aunque centrado únicamente en el trabajo de los repartidores de alimentos y comida, se concluye que el análisis del caso Glovo, al centrarse en las nuevas formas de control de la organización del trabajo que son posibles a través de la inteligencia artificial y el sistema de software que estructuran y mantienen activo el trabajo en

una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción: d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. Dos. Se introduce una nueva disposición adicional vigesimotercera, con la siguiente redacción: Disposición adicional vigesimotercera. Presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto. Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto en el artículo 1.3 de la presente norma. Disposición final primera. Título competencial. Este Real Decreto-ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado las competencias exclusivas en materia de legislación laboral. Disposición final segunda. Entrada en vigor. El presente Real Decreto-ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

31. Baylos Grau, A.: "Una breve nota sobre la ley Española de la laboralidad de los riders", *Labour & Law Issues*, vol. 7, núm. 1, 2021.

32. Lara, D.: "La ley de repartidores echa a andar en medio de la negativa de las empresas a contratar a toda su flota", *El País*, 12 de agosto de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2021-08-12/la-ley-de-riders-echa-a-andar-en-medio-de-la-negativa-de-las-empresas-a-contratar-a-toda-su-flota.html>

33. Todolí Signes, A.: "Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *IUSLabor*, núm. 2, 2021.

34. Baylos Grau, A.: "Por fin la norma sobre los repartidores de plataformas (la Ley "Riders")", *Blog Según Antonio Baylos...*, 12 de mayo de 2021. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2021/05>.

plataformas digitales, influyó en la presunción de laboralidad para ellos, aunque solo para los repartidores.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El trabajo de los repartidores en plataformas digitales está presente en casi todo el mundo, resultado del desarrollo capitalista y la evolución de las nuevas tecnologías de la comunicación. Sin embargo, poco se sabía sobre la forma de organización de este trabajo, ya que había desconocimiento sobre la influencia del algoritmo en la dirección del trabajo, o de las características del servicio tipo *crowdsourcing*, con miles de trabajadores registrados y un sistema de reputación impulsado por usuarios-consumidores.

Como tema actual y muy recurrente en los tribunales laborales, varios países están enfocados en entender estas perspectivas y sus consecuencias en las relaciones laborales como una forma de asegurar la protección social del trabajo desarrollado en estos nuevos formatos, así como dotar de una mayor seguridad a las relaciones económicas movidas por las economías colaborativas.

Sin embargo, existe una tendencia interpretativa que considera que la relación que se mantiene entre los trabajadores y la plataforma digital está basada en la autonomía y la independencia, por el análisis clásico de la existencia de subordinación a los sistemas tecnológicos. Así, como existe una flexibilidad en la prestación del servicio y la posibilidad de vincularse a más de una plataforma digital y de usar instrumentos de transporte propios, la conclusión de la mayoría de los Magistrados del Tribunal Superior de Trabajo de Brasil es que la relación autónoma debe mantenerse.

Igual era la perspectiva de los Juzgados Laborales de las Comunidades Autónomas españolas, presentando razonamientos centrados en configurar el trabajo en plataformas como prestado por autónomos dependientes, hasta que la resolución del Tribunal Supremo consideró que los requisitos para definir la figura de este autónomo, como organización propia del trabajo, no se aplican en el caso del trabajo en plataformas digitales de reparto.

Así, se concluye que la perspectiva judicial española difería de la brasileña debido al análisis de los atributos mismos del trabajo como autónomo dependiente, influyendo en la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021.

El razonamiento esgrimido por el Tribunal Supremo para justificar el fenómeno de la falsa autonomía en el caso de los repartidores de Glovo partió de la consideración de hechos como que se encontraban a cargo de la empresa líder de la plataforma los datos de geolocalización, la determinación de la fijación de precios y la gestión del sistema de reputación que decide si mantener o no a los trabajadores en la plataforma. Sobre la base de todo ello, el Tribunal no vio otra forma de concluir esta disputa que no fuera considerarlos trabajadores por cuenta ajena, ya que las notas que constituyen el vínculo laboral están adaptadas y presentes en esta relación.

Las decisiones de las Salas 4ª y 5ª de el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil están analizando la presencia de la autonomía por otros factores que no sean la organización

del trabajo en plataformas digitales. Cuando se alinean con los proyectos de ley en curso en el legislativo se concluye que, en el caso brasileño, la tendencia es mantener la relación de autonomía en el trabajo de los repartidores en plataformas digitales como sucede con la Ley ya vigente, número 14.297/2022.

Por lo tanto, se concluye que el Poder Judicial es un actor social protagonista en la caracterización de las relaciones laborales y que puede influir en el poder legislativo, como se trató en este artículo.

Bibliografía

- Aplicada, I. d.: *Mercado de trabalho: conjuntura e análise: Maio a novembro/ 2020*, Ministério do Trabalho. Brasília, 2021.
- Baylos Grau, A.: "Una breve nota sobre la ley Española de la laboralidad de los riders", *Labour & Law Issues*, vol. 7, núm. 1, 2021. DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13116>.
- Delgado, M. G.: *Curso de Direito do Trabalho LTr*, São Paulo, 2021.
- Gauthier, G.: "Una relectura de la subordinación: La incipiente jurisprudencia sobre la naturaleza del vínculo entre UBER y los conductores", en Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano M. (dir.): *Trabajo en plataformas digitales, innovación, derecho y mercado*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 271-294.
- Jacob, R. B.: *O Trabalho via Plataformas Digitais: Aportes teóricos e os fundamentos dos casos dos entregadores por aplicativo na Espanha*, Lujur, São Paulo, 2021.
- Oliveira, C. S.: "Dependência Econômica e Plataformas Digitais de Trabalho: Desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais", *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, vol. 31, núm. 1, 2021, pp. 33-76. DOI: <https://doi.org/10.9771/rppgd.v31i1.45523>.
- Sangeet Paul, C.: *The architecture of digital labour platforms: policy recommendations on platform design for worker well-being*, International Labour Office, Geneva, 2018.
- Teixeira, S. T.: "O novo modelo de Relação de emprego: Repercussões das inovações tecnológicas sobre os elementos estruturais do vínculo de emprego", *Revista LTR*, vol. 60, núm. 10, 1996.
- Todolí Signes, A.: "O mercado de trabalho no século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho", en Leme, A. C.; Rodrigues, B. A.; Chaves Junior, J. E. (coords.): *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*, LTr, São Paulo, 2017, pp. 28-43.
- Todolí Signes, A.: "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales", *Labour & law Issues*, vol. 6, núm. 2, 2020. DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/12034>.
- Todolí Signes, A.: "Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *IUSLabor*, núm. 2, 2021. DOI: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2021.i02.02>.
- Todolí Signes, A. y Naji, M. J.: *Riesgos laborales específicos del trabajo en plataformas digitales*, Osalan - Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, Barakaldo (Bizkaia), 2020.



Processo estrutural: solução aplicável ao processo do trabalho?

STRUCTURAL INJUNCTIONS: IS THIS SOLUTION APPLICABLE TO LABOR PROCEDURE?*

Lourival Barão Marques Filho

Doutorando e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Juiz do Trabalho em Curitiba/Paraná (Brasi)

lourivalbarao@trt9.jus.br 0000-0002-3806-1867

Thiago Mira de Assumpção Rosado

Mestre em Estudos Internacionais e da União Europeia pela Universidade de Valência

Juiz do Trabalho em Curitiba/Paraná (Brasil)

thiagorosado@trt9.jus.br 0000-0002-7287-284X

Recibido: 09.11.2021 | Aceptado: 21.03.2022

RESUMO

Por intermédio de metodologia dedutiva e pesquisa bibliográfica o artigo visa responder a seguinte pergunta: o processo estrutural é aplicável ao processo do trabalho? Defende-se que o processo estrutural incide na integralidade no processo do trabalho, já que em simbiose com sua principiologia e resulta em relação jurídica processual que tem a capacidade de solucionar de modo perene e a longo prazo aqueles litígios complexos que estão enraizados e que geram um problema de desconformidade permanente.

ABSTRACT

Using deductive method and bibliographic research, this article analyzes if structural injunctions are applicable to labor procedures. Our position is that structural injunctions are fully applicable to labor procedures, once they are in a symbiosis with its main principles and, also, because its results have the power to solve complex and deep-rooted conflicts, that usually generate permanent nonconformity, in a perennial and long term manner.

PALAVRAS-CHAVE

Processo estrutural
Justiça do trabalho
Processo do trabalho
Autossuficiência normativa
Jurisdição brasileira

KEYWORDS

Structural injunction
Labor Justice
Labor procedure
Normative self-sufficiency
Brazilian jurisdiction

* Os coautores colaboraram em igual medida na deliberação, fixação do problema e das hipóteses, bem como na conclusão deste trabalho.

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
 - II. APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA: NECESSÁRIA SOFISTICAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE DEMANDAS COMPLEXAS E PLURISSUBJETIVAS
 - III. PROCESSO ESTRUTURAL: A ORIGEM
 - IV. CONFLITOS ESTRUTURAIS: DEFINIÇÃO, ALCANCE E DIMENSÃO
 - V. PROCESSOS E DECISÕES ESTRUTURAIS – SUFICIÊNCIA NORMATIVA
 - VI. COMPATIBILIDADE COM OS CONFLITOS SOCIAIS LABORAIS E O PROCESSO DO TRABALHO
 - VII. CONCLUSÃO
- Bibliografia

I. INTRODUÇÃO

Por intermédio de metodologia dedutiva e pesquisa bibliográfica, o artigo tem como objetivo analisar a utilização do processo estrutural nas demandas trabalhistas. Para tanto, estabelece-se o seguinte itinerário: em primeiro lugar é identificada a inaptidão e a ineficiência das tutelas processuais individual e coletiva clássicas brasileiras e como elas não conseguem fornecer respostas satisfatórias às situações complexas existentes. Com efeito, há demandas que pelas suas características, alcance e dimensão exigem atuações mais amplas e sofisticadas.

Em seguida, é apresentada a origem e a evolução histórica do processo estrutural, definindo-se seu campo de atuação e efeitos, dando ênfase na visão prospectiva e no caráter complexo e plurissubjetivo da figura processual.

O terceiro passo é demonstrar que a arquitetura jurídica brasileira já possui elementos para a utilização do processo estrutural, não sendo necessária a criação de legislação própria e específica. De fato, há autossuficiência normativa para a adoção do processo estrutural, inclusive quanto ao procedimento bifásico e à necessidade de provimentos cíclicos e espiralados.

Por fim, defende-se que o processo estrutural é plenamente aplicável ao processo do trabalho, já que em simbiose com sua principiologia e resulta em relação jurídica processual que tem a capacidade de solucionar, de modo perene e a longo prazo, aqueles litígios complexos que estão enraizados e que geram um problema de desconformidade permanente.

II. APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA: NECESSÁRIA SOFISTICAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE DEMANDAS COMPLEXAS E PLURISSUBJETIVAS

O aperfeiçoamento dos meios de solução de conflitos sempre representou o norte para a busca da satisfação social, da diminuição das desigualdades, da maturidade na cultura da lide e da conseqüente redução da litigiosidade.

Nos últimos anos, a legislação brasileira evoluiu em inúmeros aspectos visando à promoção de circunstâncias mais adequadas à resolução demandas, à efetiva entrega da prestação jurisdicional, à consagração dos direitos sociais e à solução célere das demandas.

No âmbito brasileiro, o princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹ foi inserido como uma garantia fundamental processual, com o intuito de que a decisão judicial seja proferida em tempo aceitável, constituindo um desdobramento do direito de ação, por ser garantidor do direito de se obter uma tutela jurisdicional adequada. Nesse cenário, dá-se concretude interna à previsão internacional contida no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969)², que prevê a garantia de que todos devem ser ouvidos em tempo razoável, o que, inclusive se alinha à 3ª onda renovatória do processo de Garth e Cappelletti³.

No campo processual, ainda, as leis brasileiras evoluíram ao estabelecerem: i) súmulas impeditivas de recurso⁴; ii) ritos céleres e desburocratizados, sobretudo para ações de pequeno valor e menor complexidade; iii) procedimentos de jurisdição voluntária⁵; iv) súmulas e precedentes vinculantes⁶; v) estabelecimento de inúmeros procedimentos executivos típicos e atípicos e de ferramentas eletrônicas de pesquisa patrimonial, inovações combinadas ao já bem enraizado processo eletrônico no país.

Além disso, a noção de efetividade processual ganha espaço no próprio conceito público de eficiência, cabendo ao Poder Judiciário garantir de forma adequada, oportuna, tempestiva, e não essencialmente onerosa, a tutela pretendida pelo titular do direito material.

Ocorre que a satisfação em tempo razoável e a existência de mecanismos de responsabilização patrimonial efetiva não são suficientes para a resolução de todos

1. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

2. Art. 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

3. Cappelletti, M. e Garth, B.: *Acesso à justiça*, Safe, Porto Alegre, 1988, p. 71.

4. Têm por finalidade restringir o acesso de ações simples aos tribunais superiores.

5. Procedimento que permite ampla discricionariedade do magistrado.

6. Estabelecimento de teses pelos tribunais superiores que vinculam e obrigam a adoção pelos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição.

os problemas que chegam ao Judiciário. De fato, há demandas que pelas suas características, alcance, dimensão e complexidade exigem respostas mais amplas e sofisticadas.

Nesta esteira, vem ganhando espaço na doutrina e aderindo ao Judiciário um gênero processual destinado à resolução adequada, em longo prazo e de forma prospectiva, de conflitos considerados distintos, peculiares, complexos e plurissubjetivos – denominados estruturais –, conferindo compreensão ao próprio conteúdo decisório e sua forma de cumprimento. Para tanto, é necessário compreender o fenômeno da explosão de litigiosidade, analisar o perfil dos conflitos públicos e privados, propor instrumentos de gerenciamento e prevenção de litígios (incluindo planos de compliance), e aperfeiçoar as ferramentas judiciais disponíveis. Trata-se da nova fronteira do direito processual brasileiro e daí decorre o interesse e a necessidade de catalogar, localizar, definir e estabelecer a forma e conteúdo da aplicação e da incidência deste instituto.

Embora a existência de conflitos globais, locais ou irradiados seja característica da vida em sociedade, é possível notar que, ao longo do tempo, são semelhantes os litígios e litigantes levados ao Judiciário. Mais que isto: é frequente observar que os mesmos réus frequentam o Judiciário, incluindo o trabalhista, ano após ano e que problemas estruturais já assimilados por qualquer cidadão minimamente informado não ultrapassam promessas políticas de solução futura.

O modelo brasileiro de processo coletivo previsto nas leis 8.078/90 e Lei 7.345/85 de modo geral não oferece respostas aceitáveis e, em várias situações, apresenta resultados sofríveis. Com efeito, esse microsistema legal mostrou-se inábil para a solução de conflitos de massa/repetitivos, porque: a) baseia-se em um tratamento individualizado do litígio, ainda que o conflito seja apresentado de forma coletiva; b) limita-se a um caráter bilateral, e não multilateral; c) não tem visão prospectiva, restringindo-se à solução dos problemas pretéritos; d) limita-se à entrega do bem da vida pretendido (publicação da sentença), ainda que a própria legislação processual civil já tenha atestado que a sentença condenatória não é ato que põe fim ao litígio.

Há, assim, um cenário que se retroalimenta e que é extremamente nocivo ao sistema judicial: a timidez e insuficiência das ações coletivas, diante da baixa efetividade das decisões nelas proferidas, geram uma quantidade colossal de demandas individuais repetitivas e permitem que determinadas empresas ou órgãos se utilizem do Poder Judiciário de modo predatório.

Diante desta insuficiência para a solução dos conflitos em massa, sobretudo aqueles já estruturados em nossa sociedade, emerge a necessidade de reformar instituições, estruturas e burocracias por intermédio do processo, o que implica, paralelamente, a própria intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

Neste panorama de ineficiência, o estudo do processo estrutural ganha especial relevo, cujas raízes são encontradas no direito americano na década de 1950 e atualmente ajustadas ao sistema processual brasileiro pelo trabalho essencialmente de Sérgio Arenhardt, Fredie Didier Júnior e Edilson Vitorelli, sobre os quais se debruça este artigo.

III. PROCESSO ESTRUTURAL: A ORIGEM

Sabe-se que até a década de 60 do século passado, o papel que o Judiciário americano atribuía às *class actions* era de solucionar os conflitos pertinentes à segregação racial, o que foi iniciado pela importante e paradigmática decisão proferida em *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954⁷, já que, segundo Vitorelli, outras pretensões de movimentos de consumidores e ambientalistas chegavam aos tribunais com perfis distintos da inspiração inicial das referidas ações de classe.

Referido precedente tratou-se de um caso que impactou sobremaneira a vida dos norte americanos. Isto se deve ao fato de que muito embora a Declaração de Independência dos Estados Unidos reputasse que “todos os homens são criados iguais”, que a 13ª Emenda registrasse o fim da escravidão (em 1865), a 14ª Emenda fortalecesse os direitos dos escravos recém libertados (em 1866) e a 15ª emenda consolidasse a proibição de negativa de votação aos ex-escravos (em 1869), a segregação racial e étnica permanecia uma realidade, pois institucionalizada na doutrina “separate but equal”, consolidada no caso *Plessy v. Ferguson* (de 1896), por meio da qual a Suprema Corte americana entendeu que a segregação racial promovida por alguns estados do sul, como Louisiana, não violava a 14ª emenda (ou a própria Constituição), e que a separação era mera questão política⁸, legitimando a constitucionalidade de leis de segregação entre brancos e negros, como foi o caso dos “Black codes” e das Jim Crow Laws⁹.

Assim, apesar das emendas acima mencionadas e com base no precedente *Plessy v. Ferguson*, os negros ainda eram tratados de forma distinta em várias partes do país, sobretudo no sul, inclusive com base em leis racialmente discriminatórias.

Alguns precedentes passaram a confirmar a violação ao direito de não segregação ou mesmo a incorreta aplicação da teoria do separate but equal. No caso *Murray v. Pearson* (1936), o Tribunal de Apelações de Maryland deu ganho de causa a Thurgood Marshall para que fosse matriculado na Faculdade de Direito de Maryland e não em outra destinada a negros, que era de qualidade educacional inferior, o que importava prejuízo à lógica do “separados, mas iguais”, e que sua rejeição como aluno, por sua raça, portanto, foi ilegal¹⁰.

7. Lima, E. V. D.: *O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional* [Tese doutoral], Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 238.

8. Esta decisão fomentou a ideia posteriormente rejeitada pelo precedente *Brown v. Board of Education* (1954), de que a doutrina “separado, mas igual” para brancos e afro-americanos era permitida pela Décima Quarta Emenda. US Supreme Court (1896). *Plessy v. Ferguson*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/#-tab-opinion-1917401> (acesso em 9 novembro 2021).

9. As Jim Crow Laws eram uma designação às leis sulistas que estabeleciam regras distintas para negros e brancos (baseados na supremacia branca) e faziam menção à expressão Jim Crow, uma forma pejorativa de se referir a uma pessoa negra. “A brief history of Jim Crow”, *Constitutional rights foundation*. Disponível em: <https://www.crf-usa.org/black-history-month/a-brief-history-of-jim-crow> (acesso em 7 novembro 2021).

10. United States Courts. *History: Brown v. Board of Education Re-enactment*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment> (acesso em 9 novembro 2021).

Outros casos relevantes foram identificados em Missouri el rel Gaines v. Canada (1938), em que a Suprema Corte destacou que a cláusula de proteção igual (*separate but equal*) não estava sendo aplicada pelo estado de Missouri, uma vez que Gaines não poderia ser enviado a outro estado para estudar direito, já que o próprio estado fornecia educação jurídica para brancos na Universidade de Missouri¹¹, e no precedente *McLaurin v. Oklahoma Board of Regents of Higher Education* (1950)¹², por meio da qual a Suprema Corte determinou que cessassem as condutas de segregação impostas ao estudante McLaurin por parte da Universidade de Oklahoma, até a consolidação dos cinco casos em que se questionou a constitucionalidade da segregação (separação de negros e brancos) nas escolas públicas, conhecido como *Brown v. Board of Education of Topeka*¹³, por meio da qual houve uma atuação diferente e histórica da Suprema Corte.

Em suma, Linda Brown, que vivia em Topeka, Kansas, cruzava a cidade para chegar à escola pública onde estava matriculada, já que as mais próximas não admitiam crianças negras, recusa que originou a ação contra o Conselho de Educação local.

Este movimento pelos *civil rights* não deixava de considerar a segregação racial um mal em si, que violava diversos preceitos vigentes à época, inclusive a Cláusula de proteção igual da 14ª Emenda.

Ocorre que, diversamente de outras decisões já proferidas pela Suprema Corte, o colegiado entendeu que a dessegregação deveria prosseguir em “máxima velocidade”, e ao invés de apenas reconhecer o direito e entregar a tutela jurisdicional de forma “tradicional”, resolvendo o conflito sob uma análise pontual, individual e pretérita do litígio, entendeu por bem devolver os casos aos juízos de origem para a formulação de ordens (*injunctions* ou *structural injunctions*) locais (considerando a variedade de condições, a complexidade regional, etc.), adotando providências compatíveis, expedindo medidas, estabelecendo estratégias locais, etc., a fim de que os interessados ingressem em escolas públicas não segregadas racialmente¹⁴.

Estas medidas foram denominadas ações coordenadas e estruturantes, pois invadiam espaço jurídico distinto, cuja finalidade almejava a concretização de uma solução efetiva, duradoura e ampla, a fim de resolver todos os problemas futuros relacionados à segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos.

Segundo Vitorelli¹⁵, a Suprema Corte disse o que deveria ser feito, porém sem especificar como fazer, deixando claramente de responder os complexos

11. US Supreme Court (1938). *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/305/337/> (acesso em 7 novembro 2021).

12. United States Courts. *History: Brown v. Board of Education Re-enactment*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment> (acesso em 9 novembro 2021).

13. US Supreme Court (1950). *McLaurin v. Oklahoma State Regents*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/637/> (acesso em 7 novembro 2021).

14. “With all deliberate speed”, *Separate is not equal*. Disponível em: <https://americanhistory.si.edu/brown/history/6-legacy/deliberate-speed.html> (acesso em 7 novembro 2021).

15. Lima, E. V. D.: *O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*, ob. cit., p. 240.

questionamentos formulados nas ações. Este segundo momento passou a ser conhecido doutrinariamente como *Brown II*, a partir do qual, quando do desenvolvimento de algumas estratégias locais por determinados juízes, o cognominado processo estrutural – na prática – pôde nascer, para posteriormente ser teorizado.

O fim da doutrina do *separate but equal* decorrente deste *leading case* marcou o início de uma nova visão da própria atuação da Suprema Corte e do Judiciário como um todo, já que esta decisão acarretou a concretização de políticas públicas antes limitadas aos poderes executivo e legislativo.

A partir desta decisão, eventuais dificuldades de implementação por questões econômicas, de transporte e urbanização e até mesmo sociais, foram superadas e transpostas a fim de assegurar que não haveria discriminação no ingresso de uma criança negra em uma escola originariamente destinada a brancos.¹⁶

IV. CONFLITOS ESTRUTURAIS: DEFINIÇÃO, ALCANCE E DIMENSÃO

Vitorelli¹⁷ aponta a existência, no âmbito coletivo, de ao menos 3 tipos de litígio: i) globais: referem-se a lesões coletivas, mas com pouca ou nenhuma repercussão aos indivíduos que compõem este grupo/coletivo, a exemplo dos danos causados ao consumidor; ii) locais: representam danos coletivos relevantes e que impactam significativamente determinados grupos de indivíduos, que igualmente sofrem com a lesão causada, a exemplo de grupos vulneráveis, como os indígenas; iii) irradiados: representam conflitos relevantes coletivamente, que acabam por atingir indivíduos também de forma significativa, mas cada um com peculiaridades, intensidades e qualidades distintas, a exemplo de alguns danos ambientais, como os causados por derramamentos de óleo no mar, o rompimento de barragens, o desmatamento, etc.

São questões de ampla gama, tal como aquelas que envolvem o direito à saúde (fornecimento de medicamentos, custeio de tratamentos e o encargo econômico das medidas judiciais relacionadas), o sistema carcerário (superlotação, falta de ressocialização dos presos, comando por facções criminosas, prisões temporárias elásticas), o sistema educacional (parametrização dos estudos públicos, capacitação do corpo docente, falta de vagas em creches públicas), o meio ambiente (desmatamento, falta de fiscalização de barragens, etc.), a questão indígena (vacinação de silvícolas, preservação cultural e geográfica, etc.) e o direito dos trabalhadores (refugiados e demais migrantes, danos no meio ambiente laboral, etc.).

Assim, por exemplo, no caso de derramamento de óleo no mar, é possível considerar o prejuízo ambiental propriamente dito (destruição de fauna e flora), a inviabilidade

16. Britto, L. M. T. e Karninke, T. M.: "O caso *Brown v. Board of Education*, medidas estruturantes e o ativismo judicial", em Moschen, V. R. B. (org.): *Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional*, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória (Brasil), 2019, p. 279.

17. Lima, E. V. D.: *O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*, ob. cit., p. 20.

de atividade de pesca, o fechamento de praias (impacto em turistas, moradores e comerciantes locais), intoxicações, entre vários outros impactos, inclusive trabalhistas.

Um outro exemplo pode considerar a tutela inibitória em face de condutas ambientalmente lesivas, que impactem significativamente na segurança, integridade física e psíquica e até mesmo direito à vida dos trabalhadores, seus familiares e a própria estrutura social, como a exploração do labor infantil, as condições análogas à escravidão, a servidão por dívida, entre outras situações.

Os litígios estruturais integram o subgrupo dos litígios irradiados, já que não decorrem de um único ato/fato, mas de como uma instituição, uma estrutura burocrática, uma entidade ou um órgão se comportam e os efeitos causados por este comportamento. A partir do caso *Brown vs Board of Education of Topeka* (1954), iniciou-se um movimento para teorizar os chamados “problemas estruturais”, analisando-se como uma estrutura ou uma instituição (comumente pública, mas excepcionalmente privada) se comporta, causando ou fomentando a violação de direitos de um determinado grupo de pessoas, que inclusive experimentam a lesão de maneiras distintas¹⁸.

É um tipo de conflito que envolve “um vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados no processo”¹⁹.

Como o mau funcionamento da estrutura cria um problema de desconformidade permanente²⁰ e esta irregularidade é a causa do litígio, é a alteração desta estrutura, instituição ou burocracia que impactará na solução ou atenuação do litígio estruturante.

Desta maneira, uma tutela jurisdicional que se enquadre apenas na avaliação dos efeitos imediatos, como na comum entrega do bem da vida em uma tradicional demanda, não apresentará resultados amplos, duradouros ou mesmo significativos, o que exige a tomada de uma série de atos e o envolvimento de uma multiplicidade de atores.

Assim, quando se está diante de um litígio estrutural, a afetação a grupos distintos, em diferentes qualidades e quantidades, implica a existência de uma solução que seja eficaz a todos os envolvidos, em um modelo cuja participação não seja exclusiva do Judiciário e dos dois polos de uma demanda, mas sim de um exercício ativo do julgador e da colaboração plural de todos os potencialmente envolvidos, sejam eles os autores dos danos, as vítimas e aqueles que detêm, ainda que minimamente, envolvimento ou obrigações relacionadas aos fatos sociais.

Neste sentido, determinados tipos de litígios, os chamados estruturais, justamente em razão desta natureza *sui generis* não devem ser efetivados seguindo o modelo tradicional, em processos lineares e de acepção essencialmente individual. De fato, como os problemas

18. Lima, E. V. D.: *O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*, ob. cit., p. 242.

19. Lima, E. V. D.: “Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual”, em Arenhart, S. C. e Jobim, M. F. (org): *Processos estruturais*, JusPodivm, Salvador, 2019, p. 274.

20. Didier Jr., F. et al.: “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, núm. 75, 2020, pp. 101-136.

se inserem de forma permanente nas estruturas sociais, públicas e institucionais, são necessárias soluções que atendam ao problema do ponto de vista macro, ultrapassando, assim, aquela visão clássica de processo que se contenta na solução de uma situação específica, cujos efeitos ocorrem a curto prazo e circunscritas aos efetivos demandantes.

V. PROCESSOS E DECISÕES ESTRUTURAIS – SUFICIÊNCIA NORMATIVA

Fixadas as premissas acima, é possível lançar uma definição de processo estrutural. Processo estrutural é aquele que tem por objetivo resolver um problema estrutural, seja em uma instituição pública ou privada, reconstruindo seus pilares e estruturas ou remanejando sua burocracia, a fim de afastar, impedir ou inibir que elas sejam a causa ou a fonte de litígios estruturais.

De acordo com os argumentos acima, a demanda estrutural se destaca notadamente por situações nas quais a solução individualizada, baseada em fatos sociais pretéritos e estáticos não é suficiente, pois atua em problemas fluidos, complexos e com alto grau de conflitualidade social.

Segundo aponta Vitorelli²¹, a reestruturação da instituição/estrutura deve envolver um plano de longo prazo, com a adoção de providências sucessivas e incrementais, e não apenas uma decisão que diga quem está certo ou errado, quem é o credor ou o devedor, entregando-lhe o bem da vida, mas sim pacificar socialmente o conflito como um todo, em abrangente aspecto.

Para o autor, o conflito social é sempre coletivo, mas não nasce necessariamente de uma demanda coletiva. Por isto, a manifestação deste litígio no campo processual dependerá de uma série de atos, contingências, medidas, inclusive de ordem legislativa.

Diverge Fredie Didier Júnior²² ao afirmar que o processo estrutural é definido pelo seu objeto (que costuma ser um problema coletivo), mas nem sempre é, como é o caso do inventário (a depender da situação, número de credores, cria-se um problema estrutural num processo individual). Exemplifica, ainda, com a hipótese de uma pessoa com deficiência demandando rampa de acesso (há um problema estrutural numa ação individual), bem como nas situações envolvendo concurso de credores, como é o caso dos processos falimentares. Contudo, com apoio em Edilson Vitorelli²³ entende-se que o problema precisa estar sendo vivenciado por um grupo para que se esteja diante de um litígio estrutural, pois uma simples reforma arquitetônica, por exemplo, não depende de uma reorganização institucional ou de uma política estrutural.

Deste modo, é correta a afirmação de que é o propósito (e não necessariamente o objeto) o que define e caracteriza o processo estrutural. Mais do que simplesmente resolver um problema individual (entrega do bem da vida em uma ação individual),

21. Lima, E. V. D.: "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças", *Revista de Processo*, vol. 43, núm. 284, 2018, 333-369.

22. Didier Jr., F. et al.: "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro", ob. cit.

23. Lima, E. V. D.: "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças", ob. cit.

ou coletivamente, em ação proposta pelo Ministério Público ou Sindicato (para a tutela coletiva, abrangendo grupo de interessados), o processo estrutural tem como propósito identificar as causas das violações a direito (e não apenas tutelar as obrigações e responsabilidades das consequências), visando estancar o problema estrutural enraizado na sociedade ou na região.

Esta ilustração permite destacar que o papel do Judiciário é o de atuar como agente de equilíbrio, implementação e fiscalização de uma série de atos e de medidas a serem construídas preferencialmente de modo consensual, com flexibilidade e envolvendo vários polos.

Por isto, é possível caracterizar o processo estrutural como complexo, flexível, baseado na resolução de um problema estrutural (seu objeto ou propósito), com alto grau de conflitualidade e que demanda a definição de um plano (inclusive observada a necessária transição), sua implementação e a respectiva fiscalização.

Dado o alto grau de conflitualidade nos processos estruturais, na medida em que se está diante de um problema social complexo, há a necessidade de se adotar um procedimento bifásico: em primeiro lugar identifica-se o litígio estrutural (problema/diagnóstico) por intermédio de uma decisão meta. Em seguida passa-se para a segunda fase, que se subdivide no planejamento, implementação e acompanhamento. Dada a complexidade da situação, tem razão Vitorelli quando afirma que nas duas fases é necessário que existam provimentos cíclicos e espiralados²⁴. Com isso é possível que a decisão vá melhorando progressivamente a realidade. Em sentido semelhante Arenhart sugere a necessidade de provimentos em cascata²⁵, ou seja, que se prolongam no tempo a partir da primeira decisão, que cria um núcleo da posição jurisdicional sobre o tema.

Nos termos cunhados por Owen Fiss, trata-se de uma ampliação da cadeia decisória para compreender que a execução de uma sentença estruturante tem um início, possivelmente um meio, porém não tem ou quase não tem fim.²⁶

As decisões proferidas pelo magistrado durante um processo estrutural, portanto, após tais cautelas, tendem a ser destinadas a melhorar progressivamente a realidade, dando-se por intermédio de uma execução estrutural, na qual as etapas do plano originário são cumpridas, avaliadas e reavaliadas continuamente do ponto de vista dos avanços que proporcionam, permitindo a necessária transição a que faz menção o art. 23 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro²⁷.

Por este motivo, são decisões fragmentadas, cíclicas e não lineares, o que já suscitou questionamento quanto à existência de infraestrutura normativa suficiente para a condução destes processos complexos no Brasil.

24. Lima, E. V. D.: "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças", ob. cit.

25. Arenhart, S. C.: "Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro", *Revista de Processo*, vol. 38, núm. 225, 2013, pp. 389-410.

26. Fiss, O.: "The forms of justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 1, 1979, p. 42.

27. Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Neste aspecto, ainda que não haja legislação específica sobre o curso do processo estrutural no país (assim como inexistente mesmo nos EUA, precursor do precedente e da teoria), a legislação processual brasileira possui um rico arcabouço para acomodar os processos estruturantes.

É possível extrair de várias passagens do Código de Processo Civil brasileiro os fundamentos normativos que autorizam e legitimam o processo estrutural: i) há expressa permissão processual para a publicação de decisões fragmentadas (decomposição ideológica do conteúdo decisório ou teoria dos capítulos da sentença); ii) é autorizada a sentença parcial de mérito; iii) o Código de Processo Civil estimula e fomenta a realização de negócios processuais entre as partes; iv) é possível a adoção de legislação extravagante no procedimento comum. Para além do Código de Processo Civil, a lei falimentar brasileira (Lei 11.101/2005), prevê que são separados os procedimentos e atos decisórios, sendo o processo falimentar um dos exemplos citados pela doutrina²⁸ a respeito de processos estruturais.

Existem, ainda, mais dois institutos processuais que possuem íntima simbiose com os processos estruturais: o princípio da cooperação e as audiências públicas.

De fato, nos processos estruturais, incide o princípio da cooperação²⁹ em sua máxima extensão e dimensão. É claro que isso não significa que as partes deixem de proteger seus interesses, tampouco que os litigantes passem a ostentar companheirismo³⁰. Definitivamente, não é disso que se trata. O que se busca é a participação ativa das partes, do magistrado e de todos aqueles com interesse no processo, na construção de soluções para a gestão adequada da demanda. A cooperação judicial tem papel efetivo e preponderante nos conflitos estruturais e resulta em uma partição adequada de responsabilidades dos sujeitos do processo.

Por sua vez, as audiências públicas com a oitiva de todos aqueles que possam ser atingidos direta ou indiretamente pelos processos estruturais, além de conferir legitimidade para a decisão que será proferida, a municia com a absorção de múltiplos entendimentos, inúmeras facetas e distintas características que são exploradas por ocasião das sessões públicas. A realidade é muito rica, mais dinâmica e apresenta situações impossíveis de previsão, daí surgindo a audiência pública como mecanismo de aproximação do prolator da decisão com as pessoas que sentirão os seus efeitos.

Como exemplos práticos de processos estruturais no Brasil é possível citar, em primeiro lugar, a Ação Civil Pública (1035519-02.2020.4.01.3800) ajuizada pelo

28. Didier Jr., F. et al.: "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro", ob. cit.

29. Sobre o princípio da cooperação confira: Cunha, L.: "Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro", em Cabral, A. P. e Nogueira, P. H. (coord.): *Negócios processuais*, JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 43-78; Davis, K. E. e Hershkoff, H.: "Contracting for procedure", em Cabral, A. P. e Nogueira, P. H. (Coord.): *Negócios processuais*, JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 175-222; Santos, I. R.: "Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil", *Revista de processo*, Vol. 36, núm. 192, 2011, pp. 47-80; Peyrano, J. W.: "Sobre el proyecto em curso de reformas al Código Procesal Civil de Brasil", em Ribeiro, D. e Félix Jobim, M. (coord.): *Desvendando o novo CPC*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, pp. 87-98.

30. Greger, R.: "Cooperação como princípio processual", *Revista de Processo*, Vol. 37, núm. 206, 2012, pp. 123-134. No mesmo sentido: Didier Jr., F.: "O princípio da cooperação: uma apresentação", *Revista de Processo*, Vol. 30, núm. 127, 2005, pp. 75-79.

Ministério Público Federal em face da União Federal e da Agência Nacional de Mineração - ANM³¹, primeiro exemplo de pedido estrutural explícito formulado no país e por meio da qual se solicitou um plano de reestruturação da atividade de fiscalização de barragens na atividade minerária.

Como exemplos mais recentes, ainda, é possível citar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental³² (ADPF 709)³³, que trata da proteção das comunidades indígenas, na qual o Supremo Tribunal Federal admite evidenciar a índole estrutural da demanda relacionada em ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.

Além disso, no RESP 1854842-CE³⁴, o STJ definiu que o litígio (casas de acolhimento de adolescentes) tinha características estruturais e deveria ser processado de maneira estrutural, devolvendo o feito à instância inferior, já que, segundo a Corte Superior, a dificuldade de um problema não significa que ele não possa ser tratado e que o Judiciário não pode lavar suas mãos, sob pena de configuração do *non liquet* (art. 4º, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³⁵).

VI. COMPATIBILIDADE COM OS CONFLITOS SOCIAIS LABORAIS E O PROCESSO DO TRABALHO

No processo do trabalho é comum a existência de demandas repetitivas envolvendo idênticos fatos com relação aos mesmos réus. Pesquisa empírica realizada pelos autores no Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Paraná investigou quantas ações foram ajuizadas no respectivo tribunal no período de 01/01/2016 a 15/03/2020. Apurou-se que ingressaram 525.993 (quinhentas e vinte e cinco mil, novecentas e noventa e três) novas ações na Justiça do Trabalho do Paraná. Após verificar a quantidade, buscou-se identificar quais são as empresas que mais frequentam o judiciário paranaense.

Dentre as empresas que constam com mais ações ajuizadas, destacam-se o banco Itaú que foi réu em 4.646 (quatro mil, seiscentos e quarenta e seis) demandas, a rede de supermercados de origem americana WalMart, que foi ré em 4.334 (quatro mil, trezentos e trinta e quatro) ações e a cooperativa agropecuária Coopavel que foi

31. Ministério Público Federal (2019). *Ação civil pública com com pedido de tutela provisória de urgência*. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1 (acesso em 2 novembro 2021).

32. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação que tem por objeto a garantia ou defesa de preceito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira, competindo funcionalmente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a demanda.

33. Supremo Tribunal Federal. (2020). *Referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 709 Distrito Federal*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962> (acesso em 2 novembro 2021).

34. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1854842 / CE*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859491025/recurso-especial-resp-1854842-ce-2019-0160746-3/inteiro-teor-859491039> (acesso em 9 novembro 2021).

35. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

demandada em 3.536 (três mil, quinhentos e trinta e seis) ações. Foram milhares de ações individuais abordando situações jurídicas e fáticas na maior parte das vezes iguais ou que guardam intensa semelhança e que geraram um enorme volume de atos processuais, audiências, sentenças, recursos e execuções. É evidente que essa situação teria solução muito mais racional –até mesmo para se evitar decisões diferentes em situações iguais, o que sem dúvida gera desprestígio ao sistema de justiça– se tivesse sido adotado um modelo de tutela coletiva que alcançasse esses demandantes e servisse tanto como tutela ressarcitória (indenizando os prejuízos já consolidados) como também como tutela inibitória (evitando a prática ou repetição dos atos ilícitos)³⁶.

É inegável que a busca por uma solução coletiva dos conflitos tende a trazer melhores resultados que em relação às demandas puramente individuais, na medida em que mais do que apenas resolver um problema específico (que irá se renovar em demandas semelhantes e de modo prospectivo, no futuro, envolvendo as mesmas partes), urge considerar a quebra do paradigma do processo e buscar resoluções sociais gerais, que atendam aos interesses não apenas dos envolvidos, mas que impliquem, com efeitos de longo prazo e de maior alcance, o atendimento aos fins sociais.

Ocorre que o atual sistema processual coletivo brasileiro também não é capaz de atender à finalidade para a qual foi originariamente proposto e não se tem apresentado como instrumento eficaz para uma solução prospectiva, ampla, de longo prazo, bem como não é apto à resolução dos problemas estruturais.

Isto se deve ao fato de que o processo coletivo brasileiro necessita de aperfeiçoamento e de técnicas mais adequadas e avançadas para a satisfação dos direitos envolvidos. De fato, é possível identificar pelo menos três grandes dificuldades operacionais nas tutelas coletivas: a) decisões judiciais proferidas de difícil cumprimento e voltadas para o passado; b) despreparo técnico dos intérpretes e operadores do direito; c) jurisprudência defensiva e retrógrada dos tribunais sobre a matéria.

Nesse cenário de litigância atomizada e reiterada, emerge a figura do processo estrutural como instrumento hábil a fornecer respostas jurisdicionais mais completas, racionais e abrangentes. Mais que prezar pela pura e simples resolução célere dos litígios individuais, o Poder Judiciário trabalhista deve estar munido de elementos eficazes para o correto enfrentamento dos litígios estruturais e, assim, atuar em conjunto com os demais envolvidos, consensualmente, na resolução de problemas de forma dinâmica, global, integral, prospectiva e de longo prazo.

Tal postura, que dependerá também da vontade do julgador em submergir no estudo, avigorar seu conhecimento e robustecer sua participação como intermediador, implicará vultosa contribuição, por exemplo: i) ao combate do trabalho infantil e ao trabalho escravo; ii) ao acesso ao pleno emprego às pessoas com deficiência; iii) à manutenção de um patamar mínimo aos trabalhadores migrantes e refugiados; iv) à não discriminação no ambiente de trabalho; v) ao combate ao assédio moral e sexual; vi) à proteção ao trabalho da mulher; vii) ao enfrentamento às demandas repetitivas, etc.

36. Marinoni, L. G.: *Tutela inibitória: individual e coletiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 36.

Estas soluções, a bem da verdade, não se limitarão à mera relação dual entre trabalhador (ou grupo de trabalhadores ou, ainda, o substituto processual) e a empresa, e envolverão uma série de outros atores, públicos e privados, incluindo aqueles ligados à atividade executiva e legislativa, atores sociais (sindicatos, partidos, cidadãos) e à própria instituição ou estrutura burocrática onde se enraizou o problema estrutural, e serão tomadas através de estabelecimento de políticas públicas, ações afirmativas, reformulação de estruturas burocráticas, implementação de melhorias, investimentos de base, entre outras medidas.

Hipóteses de cabimento de processos estruturais no âmbito laboral:

- a) Demandas repetitivas contra grandes litigantes e/ou objetos semelhantes
São inúmeras as demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho do Brasil em que se postulam, em face do mesmo empregador, direitos trabalhistas decorrentes da violação à jornada de trabalho diária/semanal, ao desvio/acúmulo de funções, trabalho em condições insalubres e perigosas, e submissão a assédio moral. De igual forma, em outros processos, é comum observar que as pretensões formuladas em determinada região, por determinado grupo ou determinada categoria de trabalhadores, ou em face de determinado ramo patronal, são bastante similares e se repetem ao longo dos anos.

Ainda que em muitas destas situações seja possível identificar direitos heterogêneos ou individuais homogêneos, os conflitos sociais em referência são convenientemente frequentes em razão da passividade da atividade de fiscalização e nas reiteradas práticas trabalhistas irregulares por determinados empregadores, acomodados em eventuais condenações judiciais individuais, na falta de denúncias ou no difícil acesso ao Judiciário.

Tais situações demonstram que não apenas o Poder Judiciário trabalhista se sobrecarrega da análise de fatos já conhecidos e vivenciados em momento pretérito e atual no âmbito do mesmo empregador (e que possivelmente continuarão a ocorrer), como também atinge os trabalhadores que mantêm contrato de trabalho. A manifesta e reiterada violação ao direito, aliás, vai de encontro à própria função social da empresa.

Diante destes motivos, entende-se que é possível considerar a existência de um problema estrutural na instituição privada (empregador) ou pública (empresas públicas, sociedades de economia mista ou administração pública direta, autárquica e fundacional que contrata mediante o regime da CLT) e/ou na atividade de fiscalização (auditoria fiscal do trabalho) que viabiliza ou mesmo fomenta o desrespeito às normas trabalhistas não apenas por parte de um determinado empregador, mas de todos aqueles que acompanham a leniência do poder público na fiscalização de tais contratos, o que demanda a atuação conjunta de outros atores sociais e políticos na implementação das soluções, de modo a inibir/anular determinadas práticas que aviltam direitos dos trabalhadores e que são permitidas/viabilizadas por conta da falta de fiscalização ou da existência de sanções brandas.

b) Trabalho escravo.

Atualmente ocorre uma solução imediata e individualizada correspondente ao resgate de trabalhadores em condição análoga à escravidão (especialmente mulheres, crianças e migrantes) que consiste no registro formal do contrato de trabalho, pagamento de salários e horas extras, dentre outros fatores. Contudo, isso não impede que em outros locais outros (ou estes mesmos empregados) voltem a ser explorados ou, ainda pior, que o mesmo empregador reitere a ilegal conduta.

Nesse contexto, um processo estrutural traria método, procedimento e solução diversos. Começaria por envolver as empresas acusadas de submissão ilegal de empregados à condição análoga à escravidão, mas não se limitaria a elas, trazendo para essa relação jurídica processual, de natureza plural e complexa, também os sindicatos, representantes públicos do Legislativo e Executivo, empresas relacionadas e beneficiadas com o trabalho escravo seja direta ou indiretamente. Isso propiciaria a instituição de políticas públicas eficazes para: a) recolocação profissional adequada dos trabalhadores, a fim de que não sejam explorados da mesma forma, sobretudo, mulheres e migrantes; b) criação de um sistema de formação profissional para trabalhadores (profissionalização e capacitação) financiada pelo Estado e por violadores dos direitos dos empregados; c) redução de encargos sociais para a contratação formal de determinados grupos vulneráveis; d) criação de uma base de dados de empregadores que utilizam trabalho escravo a fim de impedir ou reduzir seu acesso às contratações com pessoas jurídicas de direito público, dentre outras medidas.

c) Fluxos migratórios.

Pelas dificuldades ínsitas à sua natureza, os imigrantes se consubstanciam em grupo vulnerável e normalmente explorado. O Brasil recebeu uma imigração massiva de haitianos a partir de 2010, que ingressavam no território nacional por intermédio do Estado do Acre e que estavam em péssimas condições sociais, econômicas e laborais³⁷. A fim de corrigir essa situação e diante da leniência da atuação estatal, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho ingressaram com ação³⁸, com nítido teor estrutural, para: i) regularizar a situação documental dos haitianos; ii) lutar pelo tratamento digno dos migrantes; iii) regularizar a gestão dos abrigos de estrangeiros; iv) combater o tráfico internacional de trabalhadores e sua submissão à situação de trabalho escravo. A ação proposta pelo Ministério Público não se limitava, portanto, à solução episódica do problema, com a tradicional lide dual envolvendo empregador e empregado, mas na própria falta de atuação efetiva do governo federal no combate à rota de imigração, na submissão de estrangeiros ao trabalho escravo, à demora e à restrição na concessão de vistos, na falta de inclusão dos

37. Teles, T. R.: "A atuação jurídica do Estado Brasileiro na migração haitiana a partir do Estado do Acre (2010-2015)", *Revista Grifos*, vol. 29, núm. 49, 2020, pp. 26-48.

38. Ação Civil Pública n.º 0000723-55.2012.4.01.3000.

haitianos no SINE (Sistema Nacional de Emprego), na falta de fiscalização de empresas que contratavam referidos estrangeiros, não protegidos por uma eficaz e segura política migratória.

VII. CONCLUSÃO

Feitas as considerações acima, é forçoso reconhecer que um processo estrutural é aquele que tem por objetivo resolver um problema estrutural (seja pelo propósito ou pelo objeto).

Sua tendência é ser mais abstruso, multipolar e coletivo, já que busca uma reestruturação/reorganização, novas políticas, que envolvem a elaboração de um plano de longo prazo no funcionamento da instituição/estrutura ou mesmo uma empresa, e sua posterior implementação, o que demandará providências contínuas e impulsionais a fim de garantir os melhores, mais viáveis resultados e com a menor contingência de efeitos secundários e danos inesperados.

Também por estes motivos, é importante que o processo estrutural seja flexível e consensual, com a participação e o envolvimento de toda sociedade, cumprindo ao Judiciário o papel de intermediador e fiscalizador.

No uso das medidas processuais já disponíveis em nosso ordenamento jurídico, que é suficiente para tutelar as demandas estruturais, a decisão estruturante se dissocia da prestação jurisdicional tradicional, pois buscará o juiz proferir decisões em cascata, fragmentadas e prospectivas.

A utilização deste mecanismo de solução de litígios complexos se mostra como uma alternativa essencial para a resolução global, a longo prazo e de amplo espectro dos conflitos, razão pela qual deve igualmente ser utilizado na seara trabalhista, uma vez que compatível com sua principiologia.

Bibliografia

- Arenhart, S. C.: "Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro", *Revista de Processo*, vol. 38, núm. 225, 2013, pp. 389-410.
- Britto, L. M. T. e Karninke, T. M.: "O caso Brown v. Board of Education, medidas estruturantes e o ativismo judicial", em Moschen, V. R. B. (org.): *Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional*, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória (Brasil), 2019, pp. 273-283.
- Cappelletti, M. e Garth, B.: *Acesso à justiça*, Safe, Porto Alegre, 1988.
- Cunha, L.: "Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro", em Cabral, A. P. e Nogueira, P. H. (coord.): *Negócios processuais*, JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 43-78.
- Davis, K. E. e Hershkoff, H.: "Contracting for procedure", em Cabral, A. P. e Nogueira, P. H. (coord.): *Negócios processuais*, JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 175-222.
- Didier Jr., F.: "O princípio da cooperação: uma apresentação", *Revista de Processo*, Vol. 30, núm. 127, 2005, pp. 75-79.
- Didier Jr., F. et al.: "Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro", *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, núm. 75, 2020, pp. 101-136.
- Fiss, O.: "The forms of justice", *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 1, 1979, pp. 1-58.

- Greger, R.: "Cooperação como princípio processual", *Revista de Processo*, vol. 37, núm. 206, 2012, pp. 123-134.
- Lima, E. V. D.: *O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional* [Tese doutoral], Universidade Federal do Paraná, 2015.
- Lima, E. V. D.: "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças", *Revista de Processo*, vol. 43, núm. 284, 2018, 333-369.
- Lima, E. V. D.: "Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual", em Arenhart, S. C. e Jobim, M. F. (org): *Processos estruturais*, JusPodivm, Salvador, 2019.
- Marinoni, L. G.: *Tutela inibitória: individual e coletiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- Peyrano, J. W.: "Sobre el proyecto em curso de reformas al Código Procesal Civil de Brasil", em Ribeiro, D. e Félix Jobim, M. (coord.): *Desvendando o novo CPC*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, pp. 87-98.
- Santos, I. R.: "Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil", *Revista de processo*, Vol. 36, núm. 192, 2011, pp. 47-80.
- Teles, T. R.: "A atuação jurídica do Estado Brasileiro na migração haitiana a partir do Estado do Acre (2010-2015)", *Revista Grifos*, vol. 29, núm. 49, 2020, pp. 26-48.



Diez puntos críticos en el régimen de la contratación temporal y fija discontinua tras la entrada en vigor del RDL 32/2021

TEN INTERPRETIVE DIFFICULTIES IN THE DISCONTINUOUS TEMPORARY AND FIXED CONTRACTING REGIME AFTER PROMULGATION OF RDL 32/2021

Francisco Vigo Serralvo

Profesor Ayudante Doctor de-Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fvs@uma.es 0000-0003-0437-1565

Recibido: 19.04.2022 | Aceptado: 09.05.2022

RESUMEN

Exponemos en este comentario algunas dudas interpretativas que suscita la nueva regulación de la contratación eventual y fija-discontinua operada por el RDL 32/2021. Más allá de la legitimidad de los objetivos perseguidos por la norma, que no se cuestiona, depositamos nuestra atención en algunos pasajes de esta que, por construirse sobre conceptos jurídicos indeterminados, compromete la seguridad jurídica en su aplicación práctica. Sobre todo, resaltaremos a la dificultad que entraña la determinación de las realidades fácticas abarcadas por cada una de las nuevas –o reformuladas– categorías contractuales. Además de estas dudas interpretativas, identificaremos algunos aspectos de la reforma que, aunque admiten una lectura pacífica, podrían ser problemáticos: bien sea por su difícil fiscalización administrativa o por la posible colisión con la normativa comunitaria en materia de empleo temporal.

ABSTRACT

In this commentary, we expose some interpretative doubts raised by the new regulation of temporary contracting and fixed discontinuous operations by RDL 32/2021. With independence of the legitimacy of the objectives pursued by the norm, which is not questioned, we focus our attention on some passages of it that, because it is built on indeterminate legal concepts, compromises legal certainty in its empirical application. In addition to these interpretative doubts, we will identify some aspects of the reform that, although they admit a peaceful reading, could be problematic, either because of their difficult application or because of the possible collision with the community regulations on temporary employment.

PALABRAS CLAVE

Contratación temporal
Fijo-discontinuo
RDL 32/2021
Reforma laboral
Interpretación

KEYWORDS

Temporary hiring
Fixed-discontinuous
RDL 32/2021
Labor reform
Interpretation

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. SOBRE EL IGNOTO CONCEPTO DE *OSCILACIONES* (ART. 15.2 ET)
- III. ALGUNOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL NUEVO ARTÍCULO 15.2 ET
- IV. SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN (ART. 15. 4 ET)
- V. BREVE NOTA SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ART. 15.4 ET)
- VI. SOBRE LA CONCATENACIÓN DE CONTRATOS EN UN MISMO PUESTO DE TRABAJO (ART. 15.5 PÁRR. 2º)
- VII. SOBRE LA ACAUSALIDAD DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)
- VIII. SOBRE LA DURACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN EL NUEVO CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)
- IX. SOBRE LA SUPERVIVENCIA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL (ARTS. 12.1 Y 16.1 ET)
- X. SOBRE LAS CONDICIONES DE LOS FIJOS-DISCONTINUOS QUE SE CALCULARÁN CON BASE EN SU ANTIGÜEDAD REAL (ART. 16.6 PÁRR. 2º)
- XI. SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS (DT 5ª RDL 32/2021)
- XII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Pasados ya los primeros meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, su articulado todavía arroja algunas dudas interpretativas que comprometen su aplicabilidad. No cuestionamos aquí los objetivos anunciados en la norma, que nos parecen, sin duda, legítimos. Tampoco desconocemos que este texto normativo no cuenta aún con el mismo desarrollo reglamentario y el mismo tratamiento jurisprudencial con el que contaba la legislación que deroga, por lo que intuimos que buena parte de estas dudas que exponemos se solventarán andando el tiempo. Dicho lo anterior, no es menos cierto que la precitada norma, acaso para lograr el pretendido respaldo de consenso con el que se aprobó, se construye sobre algunos conceptos indeterminados. Más allá de las especulaciones doctrinales que se han sucedido tras la publicación de la norma, la lectura más apremiante de esta será la que acometen los graduados sociales o asesores laborales que dirigen la gestión ordinaria de las relaciones de trabajo, quienes no podrán ejecutar esta labor con una seguridad jurídica plena. En esta primera fase interpretativa de la norma, estimamos que la función que nos corresponde a los académicos es la de ofrecer soluciones interpretativas a las disposiciones que así lo permitan, pero también nos compete identificar aquellos puntos más críticos de la norma, los que no admiten una interpretación pacífica, acaso para concretar los aspectos sobre los que debería centrarse una segunda fase interpretativa, de solución jurisprudencial o de desarrollo normativo. Por supuesto, ese objetivo no se

conseguirá con este comentario, pero quiere contribuir al mismo: Nos proponemos señalar algunas disposiciones de la norma que estimamos singularmente problemáticas si reparamos en su aplicación, bien sea por la pluralidad de interpretaciones que admiten, bien sea por la dificultad que entraña su implementación empírica.

Con esa intención, focalizamos nuestra atención sobre el nuevo régimen jurídico de la contratación por circunstancias de la producción y la contratación fija-discontinua. Esta selección obedece a varias razones: 1) La primera, la vastísima extensión que exigiría un análisis omnicomprensivo de la reforma; 2) en segundo término, pensamos que las principales dudas interpretativas, al menos las más difíciles de sortear, se concentran precisamente en aquella parcela normativa; 3) por último, opinamos que las dudas que suscita esta nueva regulación son más apremiantes que el resto, en la medida que necesitan resolverse con anterioridad a cualquier litigiosidad: en la gestión ordinaria de las relaciones laborales y, concretamente, en el momento genético de cada relación laboral perfeccionada a partir de la entrada en vigor de la reforma. En nuestro trabajo nos limitaremos a señalar los aspectos que estimamos más conflictivos dentro de este régimen de contratación, sin abordar un análisis más completo y descriptivo de los cambios que ha experimentado. Esta relación de puntos críticos, además, no quiere ser exhaustiva. La riquísima casuística que caracteriza la gestión de las relaciones laborales impide prever las distintas fricciones interpretativas que suscitará la aplicación de la norma. Aquí solo expondremos algunas preocupaciones suscitadas a través de una primera exégesis de esta, la lectura de las primeras aportaciones doctrinales al respecto y, en especial medida, el intercambio informal de opiniones con otros operadores jurídico-laborales.

Por último, confesamos desde el comienzo que no ofreceremos una solución a las distintas dudas interpretativas que aquí se enumeran. Como dijimos, precisamente hemos querido identificar aquellos apartados de la norma para los que no vemos una lectura clara, los que nos parecen más carentes de posibilidades de interpretación. Ocasionalmente, nos atreveremos a ofrecer una posibilidad de respuesta, aunque advertiremos que será siempre hipotética, precaria, y, en según qué casos, algo voluntariosa.

II. SOBRE EL IGNOTO CONCEPTO DE OSCILACIONES (ART. 15.2 ET)

Una de las dudas interpretativas que más ha señalado la doctrina científica es la que se refiere al significado de la expresión “oscilaciones” que aparece en el reformulado artículo 15.2 ET¹. Como es sabido, ese precepto nos indica cuáles son las circunstancias

1. La mayoría de los pronunciamientos doctrinales habidos hasta la fecha han reparado en esa dificultad interpretativa. Por todos: Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022, p. 49. Ballester Pastor, I.: “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, p. 117. Ramos Moragues F. y López Balaguer, M.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 73-75; de la Puebla Pinilla, A.: “El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, una reforma laboral cargada de futuro”, *IUSLabor*, núm. 1, 2022, p. 6.; Calvo

de la producción que habilitan la contratación temporal en el nuevo marco contractual. Concretamente, afirma que se entenderán como tales: “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”, siempre que tales necesidades de personal no se repitan en el tiempo y nos encontremos, por tanto, ante una casuística que exija acudir a la contratación fija discontinua (a ella nos referiremos *infra*). Pues bien, a nuestro modo de ver, lo más problemático de esta dicción literal es el uso de la conjunción copulativa “y”, pues nos hace suponer que se nos presentan dos situaciones habilitantes que son alternativas: 1) el incremento ocasional e imprevisible de la actividad, de un lado, “y” 2) las oscilaciones, de otro. Si así fuese, resulta que el adjetivo “imprevisible” solo se aplica a la primera de dichas alternativas, al “incremento ocasional”, lo que, *a sensu contrario*, nos lleva a concluir que la segunda de ellas, las oscilaciones, pueden ser imprevisibles, pero también previsibles². Esta conclusión queda abonada por lo dispuesto en el siguiente párrafo de esta misma disposición, cuando se afirma que la cobertura de vacaciones, necesidad previsible donde las haya, será una de las oscilaciones que justificarían el recurso al contrato por circunstancias de la producción.

Esta lectura, la que afirma que las oscilaciones del artículo 15.2 ET pueden ser tanto previsibles como imprevisibles, resulta conflictiva con lo dispuesto en el párrafo cuarto de este mismo artículo 15.2. Como es sabido, en este otro párrafo se contempla una submodalidad contractual específica, para la atención de “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”. Esta otra casuística habilitará la contratación temporal por circunstancias de la producción, pero a diferencia del régimen ordinario del párrafo primero, solo durante un máximo de noventa días en el año natural, con independencia de los trabajadores que sean contratados durante esos noventa días.

Tomando en consideración lo estipulado en este otro párrafo, existen dudas sobre el encaje jurídico que debería tener una necesidad de personal en la que concurra la nota de previsibilidad: a) si bajo el concepto de oscilaciones del artículo 15.2 párrafo 1, con una duración máxima de 6 meses (ampliable por convenio colectivo hasta los 12); b) o bajo el régimen de las necesidades previsibles previstas en el párr. 4º de ese mismo precepto, limitada a noventa días (sin posibilidad de ampliación convencional). Buena parte de la doctrina se ha decantado por esta segunda opción, indicando que este régimen específico es el que debe acoger todas las contrataciones laborales para la cobertura de necesidades previsibles³. De ese modo, podría dictaminarse que la cobertura de las oscilaciones quedaría sujeta a un doble régimen, en función de su previsibilidad: si se trata de una oscilación imprevisible, será aplicable lo dispuesto en

Gallego, F. J.: “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022, p. 117.

2. En sentido contrario, afirmando que las oscilaciones solo se refieren a necesidades imprevisibles: López Ramos Moragues F. y López Balaguer, M.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, ob. cit., p 75.

3. Por todos, Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, p. 26.

el artículo 15.2 párrafo 1º, mientras que, si se trata una oscilación previsible, quedará sujeta al más estricto régimen establecido en el artículo 15.2 párrafo 4º.

Particularmente nos separamos de dicha interpretación. Y es que, si observamos la literalidad del precepto, el artículo 15, tras enunciarnos en el párrafo primero dos causas que habilitan la contratación temporal –el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones–, añade un párrafo cuarto que se abre con el nexo “igualmente”, lo que denota que la modalidad que allí se menciona es alternativa a las dos anteriores. Repárese además en que la necesidad que se menciona en el párrafo cuarto no solo aparece caracterizada por la previsibilidad, que, según dijimos, también podría darse en las oscilaciones del párrafo segundo, sino que junto con esta nota debe concurrir la ocasionalidad y la duración reducida de la contratación. Por eso, sostendremos, más bien, que la aplicación de un régimen u otro, el del párrafo segundo o el del cuarto, va a venir condicionada por la duración de la necesidad: aquellas duraciones puntuales y de corta duración quedarán sujetas al más estricto régimen del párrafo cuarto, mientras que aquellas contrataciones más prolongadas, quedarán regladas por lo dispuesto en el párrafo primero. De esta forma, según esta interpretación, el Legislador estaría imponiendo un trato más desfavorable a las contrataciones de muy corta duración⁴, lo cual es coherente con el espíritu de la reforma expresado en la exposición de motivos y con otras disposiciones de la misma, como la cotización adicional que se prevé en el reformulado artículo 151 LGSS para las contrataciones inferiores a 30 días –repárese, sin embargo, en que esta cotización adicional se aplica a todo tipo de contrataciones de corta duración, previsibles o no, mientras que el régimen contractual limitado a los 90 días se aplica solo sobre las contrataciones reducidas y *previsibles*–. En cualquier caso, sigue siendo imposible dilucidar qué debe entenderse a tales efectos por *corta duración*, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la Seguridad Social, aquí no se ha estipulado ningún lapso temporal que lo acote. A ello nos referiremos en el siguiente punto de nuestra exposición. Por el momento, a modo de recapitulación, expondremos de forma esquemática las distintas alternativas contractuales que identificamos en función de las circunstancias de la producción concurrentes en una determinada prestación de servicios.



Gráfico 1. Esquema sobre la contratación por circunstancias de la producción. Fuente: Elaboración propia

4. Lo contrario, afirmar que todas las necesidades previsibles deben ser cubiertas con el régimen del párrafo 4º implicaría concluir que el Legislador ha querido sancionar, imponiendo un régimen más estricto, la previsibilidad de la situación, sin embargo, es difícil intuir qué voluntad política subyacería detrás de esa opción legislativa que penaliza al previsibilidad o certidumbre en la necesidad de personal.

II. ALGUNOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL PÁRRAFO CUARTO DEL NUEVO ARTÍCULO 15.2 ET

Para dilucidar el significado del concepto oscilaciones, y delimitar la circunstancia fáctica a la que alude, resulta imprescindible complementar el párrafo primero del nuevo art. 15.2 ET con lo dispuesto en el párrafo cuarto de esa disposición. Como decíamos, allí encontramos lo que aparentemente es una submodalidad específica del contrato por circunstancias de la producción: solo resolviendo el alcance de esta submodalidad podremos comprender, por defecto, el ámbito del contrato por circunstancias de la producción genérico u ordinario. La complejidad de esta operación deriva de la propia literalidad de ese párrafo cuarto, que acoge algunos conceptos sumamente imprecisos⁵. Observemos su redacción, en la que marcamos en cursivas las expresiones a las que nos referimos:

Igualmente, las empresas podrán formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones *ocasionales, previsibles* y que tengan una *duración reducida y delimitada* en los términos previstos en este párrafo. Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera *continuada*.

Sin seguir el orden en el que aparecen expuestas, el primer giro sobre el que llamamos la atención es el de *duración reducida*. Su aclaración resulta crucial, pues según la interpretación que exponíamos más arriba, será esta nota la que condicionará el recurso a esta submodalidad o, por el contrario, a la contratación por oscilaciones genérica de hasta seis meses de duración. Sin embargo, la norma no da pista alguna sobre lo que debe entenderse por corta duración. En una lectura no poco voluntariosa, podríamos afirmar que tal duración reducida podría equipararse a los treinta días que se han tomado por referente para la imposición del recargo en la cotización según el nuevo artículo 151 LGSS, pero es una analogía un poco forzada que solo se justifica si atendemos a que ambas disposiciones, la que impone esa cotización adicional y la que limita temporalmente las contrataciones de corta duración, obedecen a un mismo objetivo político-legislativo: disuadir las contrataciones muy breves.

Más difícil aún resultará delimitar qué debe entenderse por *previsible*. Esta dificultad trasciende incluso del campo semántico, pues también desde un punto de vista material resultará, en según qué casos, imposible determinar cuándo una determinada necesidad de personal era o no previsible para el empleador. A excepción de aquellos casos en los que la necesidad de personal se exteriorice con algún hecho objetivo y constatable –por ejemplo, porque algunos clientes contratasen a la empresa con

5. La indeterminación de los términos empleados ha sido otra de las denuncias más recurrentes en los primeros comentarios doctrinales. Por todos, vid. Goerlich Peset, J. M.: “La reforma de la contratación laboral”, en De la Puebla Pinilla, A.; Mercader Uguina, J. R.; Goerlich Peset, J. M.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 42.

antelación un servicio puntual- no se podrá comprobar y fiscalizar la previsibilidad de una necesidad. Para exponer esto permítasenos acudir a una ejemplificación rudimentaria: imagínese que el propietario de una finca agrícola pretende el año próximo ejecutar trabajos de remodelación en su finca para cambiar el sistema de cultivo. Esta intención es firme desde hace ya mucho tiempo, pero no se exterioriza hasta que procede a la contratación de los trabajadores necesarios para llevarla a cabo, lo cual ocurre algún mes ante de la ejecución del proyecto ¿Era esta necesidad previsible? Para el empleador sí que lo era, pero ¿podría institucionalmente fiscalizarse esa previsibilidad? Pero, es más: ¿qué grado de certeza o previsibilidad se exigirá para calificar una necesidad como previsible? Puede que el empresario barrunte la futura necesidad de personal, incluso que esté casi seguro de que la misma acontecerá, pero en muchos casos esta no será una certeza absoluta hasta su misma materialización. ¿Podríamos entender en este caso que nos encontrábamos ante una necesidad previsible cuando existía esa intuición? Otra cuestión importante para dirimir la concurrencia de esta nota será la fijación del *dies ad quem* que determinará previsibilidad de la necesidad. Es decir, ¿con cuánta antelación debe conocerse la futura necesidad de personal para entender que la misma era previsible? Desde nuestro particular punto de vista, nos atreveríamos a fijar este *dies ad quem* en el inicio del año natural, ya que es este momento el que marca el límite con el que cuenta la empresa para comunicar a la representación legal de los trabajadores las previsiones de utilización de este tipo de contratos (art. 15.2 párr. 2º *in fine* ET). De este modo, las necesidades que hayan podido conocerse antes de dicha fecha, deberán considerarse como previsibles, a diferencia de las que se manifiesten en el transcurso del año. Insistimos en que esta es una lectura voluntariosa -otra más-, tratando de ofrecer alguna respuesta hipotética a las incertidumbres que expresamos, pero no está exenta de disfuncionalidades: según esta posible interpretación, las contrataciones que se efectúen en enero para atender una necesidad prevista con un mes de antelación, en diciembre, responderán a una necesidad previsible; sin embargo, la contratación que se efectúe en noviembre para atender una necesidad prevista desde enero será una circunstancia imprevisible, a pesar de que aquí el lapso temporal que media entre el conocimiento de la necesidad y la contratación efectiva es mucho mayor que en el primer caso.

Por último, para terminar ya con los conceptos indeterminados que alberga esta disposición, tampoco encontramos ningún criterio interpretativo para descifrar cuándo se entenderá que el recurso a esta submodalidad contractual se ha hecho de *manera continuada*, incurriendo así en la prohibición expresada al final del párrafo. Esta duda nos surge, sobre todo, porque somos incapaces de averiguar la finalidad legislativa que justifica esta interdicción. Por ejemplo, si una empresa acude a este tipo de contratos durante ochenta y nueve días consecutivos, y luego, pasado un tiempo, hace una contratación de un solo día ¿habría eludido legítimamente tal prohibición? Estimamos que no, pero esta reducción *ad absurdum* nos ayuda a exponer las dificultades que existen a la hora de ubicar el límite entre este tipo de contratación y el contrato genérico por circunstancias de la producción: ¿Si los noventa días se acumulan en periodos semanales, se habrá utilizado esta contratación de forma continuada? ¿Y

si se hace en periodos de quince días? Si seguimos la secuencia, llegaríamos a preguntarnos si el límite de acumulación es diario, de tal forma que la casuística que justifica este régimen específico del contrato temporal, el del artículo 15.2 párrafo 4º, sería una necesidad diaria. El Legislador, a nuestro modo de ver, no introduce ninguna pista que nos permita adoptar cualquier postura en detrimento de otra. Quizás la resolución de esta última incógnita esté muy ligada a la expresada anteriormente, la que se refería a la incierta limitación de la *duración reducida*: Si resolvemos, por ejemplo, que por corta duración debe entenderse contrataciones inferiores a los treinta días, concluiríamos que la prohibición de usar esos contratos de manera continuada se refiere a la imposibilidad de acudir a ellos durante más de treinta días consecutivos. Advertimos, no obstante, que esta última, como otras tantas respuestas que aquí se han propuesto, es provisional, a falta de otros criterios interpretativos más sólidos.

IV. SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE DE LEY EN LA CONTRATACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN (ART. 15. 4 ET)

A diferencia de las expuestas hasta ahora, la que abordamos ahora no es una duda interpretativa, aunque sí es una cuestión que estimamos que podría ser problemática: Nos referimos a la opción legislativa que sustituye la antigua presunción de indefinición del contrato en fraude de ley por la obligatoria conversión del contrato en un contrato fijo ante cualquier incumplimiento de las disposiciones del artículo 15 ET. En efecto, vigente el anterior texto normativo, el empresario al que se le imputase una contratación temporal fraudulenta tendría siempre la opción de demostrar que la necesidad para la que se efectuó el contrato era temporal y que, por tanto, el cese contractual del trabajador una vez llegado el fin de dicha necesidad era una decisión legítima. Veamos la redacción del anterior artículo 15.3 ET, que resultará útil a los efectos de cotejo:

Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

Ahora esa presunción desaparece, para establecer una consecuencia fatal, inevitable, en caso de incumplimiento normativo. Veamos la nueva redacción del reubicado artículo 15.4 ET:

Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas.

La problemática que puede suscitar en la práctica esta nueva opción normativa es la imposición de la condición de fijo en cualquier caso, con independencia de la naturaleza de la necesidad empresarial que justificó la contratación y de que esta fuese o no de carácter temporal. Imagínese un supuesto en el que una empresa efectúa una contratación puntual para la cobertura de una necesidad de cinco días –pongamos

por caso, para atender un puesto ambulante en Semana Santa o para cubrir la baja de un trabajador-. Sin embargo, al formalizar esta contratación, se incurre en el incumplimiento de cualesquiera de las estipulaciones del artículo 15, por ejemplo, por no expresar suficientemente en el contrato la vinculación entre la temporalidad de este y la necesidad empresarial (art. 15.1 ET). Bajo el anterior régimen normativo, el empresario tenía la posibilidad de demostrar que su necesidad era puntual y, por tanto, aun en caso de estimarse el fraude de ley, ajustar la contratación al tiempo durante el cual subsistió tal necesidad, en este ejemplo: cinco días. Ahora el contrato se reconvertirá en un contrato fijo ineluctablemente, aunque la necesidad empresarial haya finalizado y el empresario no tenga la posibilidad de brindarle al trabajador ocupación efectiva. La consecuencia parece clara: en tal caso, la empresa se verá abocada a efectuar el despido del trabajador recién reconvertido en fijo, despido que será improcedente y que coincidirá con la extinción del primigenio contrato por circunstancias de la producción o para la sustitución de la persona trabajadora. Sin embargo, el asunto se complica si nos encontramos ante cualquiera de los casos de nulidad objetiva que se estipulan en el artículo 55.5 ET en los que, como es sabido, no cabe la declaración de improcedencia. El empresario en tales casos se verá obligado a la readmisión del trabajador, a pesar de no poder proporcionarle ocupación efectiva o, podría barajarse, discutir la imposibilidad de la readmisión, en cuyo caso la consecuencia no es poco gravosa: abono de los salarios de tramitación hasta el momento de la sentencia más la correspondiente indemnización por despido, calculada ahora hasta la fecha en la que se declare la nulidad de la decisión extintiva (art. 286 LRJS). Aunque tales consecuencias son sin duda coherentes con el espíritu legislativo que buscaba disuadir el recurso fraudulento a la contratación temporal, nos preguntamos si no son excesivamente severas en el caso de algunos incumplimientos puntuales como podría ser el error de forma en el contrato –repárese en que ahora no se sanciona solo el fraude de ley, sino cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, lo que abarca muchas más conductas censurables⁶. Por otro lado, de añadidura y en relación con este mismo asunto, destacamos la incoherencia legislativa que a nuestro modo de ver ocurre al mantenerse la presunción de indefinición para las prestaciones de servicios que se extiendan más allá del tiempo máximo legalmente admitido [art. 49.1.c) párr. 3º ET], al tiempo que impone esta indefinición, sin posibilidad de prueba en contrario, para incumplimientos formales de escasa trascendencia. En realidad, ese exceso en la duración de la prestación de servicios es un incumplimiento de lo dispuesto en el

6. Este cambio ha sido celebrado por parte de la doctrina, ya que disipa las dificultades probatorias que antes incumbían al trabajador a la hora de acreditar la concurrencia de fraude. Por todos, Ballester Pastor, I., expresa: “la conversión del contrato en indefinido exigía una conducta *deliberadamente fraudulenta* y la voluntad de perseguir un resultado prohibido por la norma, cuestión que debía demostrarse en cada caso. Y la carga de la prueba corría a cargo del trabajador, que era a quien le correspondía acreditar la naturaleza temporal de sus servicios. Ello dificultaba – en teoría– la defensa del trabajador, pues este debía probar esa intencionalidad defraudadora de su empleador, único modo de conseguir que la contratación se considerase indefinida, aunque en tal caso debiera aportar él mismo pruebas en contra de la naturaleza temporal de la contratación y de la existencia de la causalidad de la contratación, lo que significaba un obstáculo más al reconocimiento de la fijeza de su relación de trabajo”. Ballester Pastor, I.: “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, ob. cit., p. 106.

artículo 15 ET, que es el que regula la limitación a la contratación temporal; sin embargo, el artículo 49.1.c) párr. 3º ET mantiene una sanción específica y menos gravosa para esta infracción que la que se contempla en el artículo 15.4 ET, introduciendo así una distinción que nos parece huérfana de cualquier fundamento.

Siguiendo con esta cláusula, otro cambio sutil de la reforma, como puede constatar-se en el anterior cotejo, es el que cambia el adjetivo *indefinido* por *fijo*. La consecuencia de incumplir ahora las disposiciones rectoras de la contratación temporal obligará, no a convertir el contrato en indefinido, sino en fijo. Esta modificación no es banal, por ejemplo, en el ámbito de las Administraciones Públicas, donde ha encontrado un hondo –e ilegítimo– arraigo la figura del indefinido-no fijo. Nos referiremos a ello en el siguiente punto de la exposición. Por otro lado, el uso del adjetivo *fijo* en la nueva redacción nos suscita la siguiente duda interpretativa: En caso de incumplirse cualesquiera de las disposiciones del artículo 15 ET, ¿será posible acordar la condición de *fijo discontinua* o solo *fijo ordinario*? Aunque intuitivamente, en una lectura teleológica de la norma, responderíamos que solo cabría la condición de fijo ordinario, tenemos nuestras dudas al respecto. Y es que, en otros preceptos, como el que regula las consecuencias del fraude en la contratación formativa, artículo 11.4.h) ET, el Legislador ha especificado que en tales casos “se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario”. La falta de cualquier adjetivo complementario en el artículo 15.4 ET nos hace dudar que en este otro supuesto se haya querido aplicar la misma solución, por lo que sería dable sostener, por tanto, que el empresario estaría en disposición de acreditar que la necesidad cubierta ilícitamente respondía a las características del contrato fijo-discontinuo, en cuyo caso procedería acudir a esta opción contractual.

Por último, nos preguntamos cómo se aplicará esta consecuencia en determinados supuestos concretos, como ante el incumplimiento de la limitación de la contratación temporal del artículo 15.2 párrafo 4º. Imaginemos que una empresa, a partir de múltiples contrataciones puntuales, supera el límite de noventa días que allí se establece: ¿qué trabajadores deberían adquirir la condición de fijos?, ¿todos, o solo aquellos a los que se le han efectuado los últimos contratos con los que se exceden de los noventa días? Una respuesta intuitiva se decantaría por esta segunda opción, aunque no es una solución incontrovertida. En realidad, todos los trabajadores contratados han sido partícipes del exceso en la contratación temporal: dicho de otro modo, solo tomando en consideración las contrataciones de todos ellos podríamos decir que se ha incumplido el límite de noventa días que allí se prevé. Además, nos preguntamos hasta qué punto aquella posible solución se ajusta a razones de justicia material. Imagínese el caso hipotético e inverosímil, pero útil a efectos expositivos, en el que un trabajador ha estado contratado mediante esta submodalidad durante ochenta y nueve días, mientras que otro solo ha sido contratado por dos días. Según la interpretación propuesta, sería este último el que adquirirá la condición de fijo, en detrimento del primero. Aunque parezca una solución poco lógica, debe considerarse que esta medida, más que a proteger al trabajador afectado, va dirigida a disuadir las contrataciones temporales de duración reducida. Más adelante, en el epígrafe VI de este artículo, volveremos sobre ello.

V. BREVE NOTA SOBRE LA CONSECUENCIA DEL FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ART. 15.4 ET)

Una pregunta sugerente, aunque creemos que encuentra fácil respuesta, es la que se refiere a la aplicación de estas disposiciones sancionadoras del fraude en la contratación por parte de las Administraciones Públicas. En el precedente marco normativo, insistimos, el incumplimiento de las normas rectoras de la contratación temporal implicaba que el contrato afectado se presumiría indefinido. De esta forma, la jurisprudencia pudo articular una solución que hiciera compatible dicha consecuencia con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso y la promoción en el empleo público: nos referimos a la figura del indefinido-no fijo⁷. A través de ella, se aplicaba en el empleo público la ortodoxa sanción laboral al fraude de ley, la conversión del contrato en indefinido, pero sin consolidar la permanencia en el empleo público de un trabajador que no se hubiera sometido al oportuno proceso selectivo tendente a garantizar la observancia de aquellos mandatos constitucionales⁸. Si atendemos a este razonamiento, resulta muy dudoso que la nueva redacción estatutaria del artículo 15.4 sea aplicable a las Administraciones Públicas cuando incurran en un fraude en la temporalidad⁹. Y ello puede defenderse desde la prioridad aplicativa del EBEP, por razón de su especialidad, que sujeta a los precitados principios constitucionales el acceso al empleo público ex artículo 1.

Esto que decimos es aplicable, por extensión, a las disposiciones que se contienen en el nuevo artículo 15.9 ET, que obliga al empleador a reconocer *motu proprio* la condición de trabajador fijo a aquellas personas contratadas temporalmente de forma fraudulenta o que hayan sobrepasado los límites a la concatenación de contrataciones temporales previstos en el artículo 15.5 ET. En tales casos, y según aquel precepto, los trabajadores podrán solicitar al oportuno servicio público de empleo un

7. Como es sabido, la figura del indefinido no fijo tiene su origen en las sentencias de 7 de octubre de 1996, (rcud. 3307/1995), dos Sentencias del Pleno de la Sala Cuarta, de 20 y 21 enero 1998 (rcud. 317/1997 y rcud. 315/1997), que modifican la anterior doctrina del Tribunal Supremo (por ejem. Sentencias de 18 de marzo de 1991, 31 de enero de 1992 o 3 de noviembre de 1993 en la que se reconocía la condición de fijo al trabajador temporal fraudulentamente contratado por la Administración Pública).

8. La razón de ser de esta figura jurisprudencial queda bien sintetizada por la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de abril de 2021 (rec. 800/2020), FJ 6º: “Es evidente que tal consecuencia de fijeza de la relación laboral, como consecuencia del fraude cometido en la contratación aparentemente temporal, se puede aplicar con total extensión en el caso de relaciones laborales del sector privado, pero no cuando nos encontremos ante contrataciones temporales fraudulentas celebradas en el sector público, y ello porque en este caso para alcanzar la condición de fijeza es necesario que el personal haya superado un proceso selectivo, sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad tal como imponen los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española [...] Para evitar tal distorsión la jurisprudencia de los años noventa del siglo pasado creó la figura del indefinido no fijo”.

9. En este sentido se ha pronunciado el profesor Beltrán de Heredia Ruíz, I.: “No obstante, téngase en cuenta que la Derogación de los ap. 1 y 2 de la DA 15ª ET, por parte del RD Ley 32/2021, junto con la nueva redacción del art. 15.4 ET podría llevar a calificar a los contratos que superen el plazo máximo del art. 15.5 ET como «fijos» (el empleo de este término, sustituyendo la expresión anterior – «tendrán la consideración de indefinidos» – así podría sugerirlo – aunque personalmente creo que sería controvertido)”. Beltrán de Heredia Ruíz, I.: “¿Qué es un indefinido no fijo? Situaciones susceptibles de ser calificadas como INF”, Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. Accesible en <https://ignasibeltran.com/que-es-un-indefinido-no-fijo/> (último acceso el día 12 de abril de 2022).

certificado que acredite esas circunstancias y, por ende, su condición de trabajador fijo. Como decimos, parece que este régimen jurídico tampoco será aplicable al caso de la Administración Pública, a mayor abundamiento en este caso, porque para los organismos que la integran rige la prohibición expresa de aplicar de oficio las consecuencias del fraude en la contratación ex DA 43ª de la LPGE 2018. Ante esta aparente contradicción, cabría preguntarse si esa prohibición introducida en la ley presupuestaria seguiría vigente tras la publicación del RDL 32/2021, el cual, como es sabido, en su disposición derogatoria única, estipula que quedarían derogadas cuantas normas de igual o inferior rango lo contradijesen. A nuestro modo de ver, si la expresión utilizada por la nueva norma laboral hubiese sido la de *indefinido*, las disposiciones de su artículo 15.9 serían plenamente aplicables al caso de las administraciones públicas, quedando derogada implícitamente la prohibición introducida en la LPGE de 2018; pero al haberse decantado el Legislador por la consecuencia de *fijeza*, tales disposiciones, por lo ya dicho, no resultarán aplicables en este ámbito. La disposición derogatoria única del RDL 32/2021 es ineficaz frente a estas disposiciones, ya que estas son la proyección del mandato constitucional previsto en el artículo 103. Parece así que el incumplimiento de la normativa de contratación en este ámbito será la imposición del tradicional indefinido-no fijo, aunque ahora esta solución queda huérfana del soporte normativo que, aun indirectamente, encontraba anteriormente en el ET.

VI. SOBRE LA CONCATENACIÓN DE CONTRATOS EN UN MISMO PUESTO DE TRABAJO (ART. 15.5 PÁRR. 2º)

244

Una novedad especialmente transgresora es la que aparece en el nuevo artículo 15.5 párrafo 2º. Se refiere a las consecuencias de la concatenación de contratos temporales: junto a la tradicional regla de cómputo que tomaba en consideración los contratos temporales celebrados con un mismo trabajador, ahora se añade un criterio adicional, complementario del anterior, que establece otro límite al encadenamiento de contratos por circunstancias de la producción referidos a un mismo puesto de trabajo. Según se lee en la disposición referida:

adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Es esta una medida, sin duda, coherente con el espíritu de la norma, que sanciona de este modo el recurso excesivo a la contratación temporal por parte de las empresas, que no podrán ahora –al menos teóricamente, según lo establecido en esta disposición– eludir esa responsabilidad alternando los trabajadores afectados por la sucesión contractual. Siendo, por tanto, una disposición benemérita, las dudas surgen al pensar en su operatividad práctica. Y es que, como ha advertido la mejor doctrina, resulta muy difícil determinar qué debe entenderse por puesto de trabajo a los efectos de fiscalizar

el exceso de contrataciones que determinará la aplicación de este precepto¹⁰. Repárese en que, a diferencia de lo que ocurre en la Administración Pública, la empresa privada no está obligada a formular una relación de puestos de trabajo. Ello genera una problemática aparentemente insalvable: la de identificar de qué modo proceder al sumatorio de los periodos de contratación que conllevarían la declaración de fijeza. Salvo en empresas pequeñas, con puestos de trabajo claramente identificados en los que la sucesión contractual se produzca sin solución de continuidad, resultará imposible saber cuántos puestos de trabajo existen en una empresa y, sobre todo, a cuál de ellos imputar los diferentes periodos de contratación que vayan concertando la empresa con diferentes trabajadores, de forma simultánea o sucesiva, para determinar la transgresión del límite previsto en el nuevo artículo 15.5 párrafo 2º.

Otra duda que suscita esta nueva disposición –aunque creemos que está sí puede resolverse según el tenor literal de la norma– es la forma de determinar qué trabajador de los distintos afectados por la concatenación de contratos se verá beneficiado con la adquisición de la condición de personal fijo. La literalidad de la norma sugiere lo siguiente: adquiriría dicha condición el último trabajador empleado en dicho puesto, aquel con cuya contratación se haya superado el umbral de dieciocho meses en un referencial de veinticuatro. Ello se deduce de la alternación de los tiempos verbales en dicha literalidad, que otorga este beneficio a la persona que *ocupe* (en presente) un puesto de trabajo que *haya estado* previamente *ocupado* (pretérito perfecto) por otros trabajadores. Esta es además la solución más operativa, ya que es probable que la adquisición de la condición de trabajador fijo en la empresa no interese a aquel operario que estuvo contratado anteriormente y que en la actualidad ostenta, posiblemente, otra ocupación. No obstante, desde un punto de vista de justicia material, al igual que hacíamos en el punto IV de este comentario, nos preguntamos si esta es en todos los casos la solución más ecuánime. Llevando la ejemplificación al extremo: la aplicación de este precepto, según lo interpretamos, conduciría a que un trabajador empleado durante un día adquiriría la condición de trabajador fijo, negándole ese beneficio al trabajador que estuvo contratado precedentemente en ese mismo puesto de trabajo durante 17 meses y 29 días.

VII. SOBRE LA ACAUSALIDAD DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)

Una de las opiniones más generalizadas sobre esta reforma, expresadas en la doctrina¹¹ y otros foros profesionales¹², es la que sostiene que el contrato fijo discontinuo

10. Por todos Sala Franco, T.: *La reforma laboral: La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 73.

11. Por todos: Vicente Palacio, A.: “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 79-99; Sánchez Quiñones, L.: “Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022, p 5.

12. Cortés, I.: “Las empresas recelan del contrato fijo discontinuo: “El ‘boom’ que esperábamos no llega””, *El Confi-*

ha sido el que ha adquirido mayor protagonismo en el nuevo marco de la contratación laboral. Ello se debe, en buena medida, a la ampliación, casi sin límites, de la casuística que habilita ahora esa forma de contratación que, según el remodelado artículo 16.1, será la “realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

La primera consecuencia que se sigue de esta reformulación, la que incluye ahora la realización de trabajos de ejecución determinada, es la subsunción en el contrato fijo-discontinuo del anteriormente denominado contrato a tiempo parcial vertical. Luego nos referiremos a esta novedad normativa. La otra derivada relevante de esta modificación, la que ahora nos interesa, es la aparente acausalidad que caracteriza en la actualidad al contrato fijo-discontinuo. Al acoger esta modalidad contractual los trabajos estacionales, pero también aquellos de cualquier otra naturaleza que se presten de forma intermitente, parece que su celebración quedará justificada siempre que se dé esta nota de intermitencia, con independencia de que la misma derive de circunstancias objetivas y extrínsecas o de una concreta forma de organizar la producción libremente adoptada por la empresa. En otras palabras, no se exige ninguna causalidad fáctica externa para legitimar el recurso a esta forma de contratación. Así lo ha expresado parte de la doctrina en las valoraciones más urgentes de la norma:

En el caso del fijo-discontinuo estacional o de temporada, como les expuse es claro que sí [es causal]. En definitiva, concurre un elemento externo al contrato que condiciona y define el programa de prestación.

En cambio, en el fijo-discontinuo «para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados», no hay propiamente un factor extrínseco al contrato que condicione el programa de prestación y, por ende, puede estar sujeto a los motivos organizativos y/o productivos que fije la propia empresa¹³.

Esta conclusión, la que afirma la no causalidad del contrato fijo-discontinuo, se refuerza si reparamos en que la reformulación de este contrato ha absorbido el antiguo contrato a tiempo parcial vertical, que era un contrato no causal¹⁴. Bajo esta otra opción contractual, la empresa podía, con absoluta libertad, imponer un régimen de prestación de servicios intermitente, en el que el trabajador estaría ocupado efectivamente solo durante determinados periodos de la semana, del mes o del año. Esa

dencial, 3 de abril de 2022. Accesible en: https://www.elconfidencial.com/juridico/2022-04-03/empresas-recelan-contrato-fijo-discontinuo-boom-no-llega_3401835/ (último acceso el día 13 de abril de 2022).

13. Beltrán de Heredia Ruíz, I.: “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RDLey 32/2021)”, Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. Accesible en <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/> (último acceso el día 11 de abril de 2022).

14. Una cuestión que llama mucho nuestra atención es que la parcialidad en el ordenamiento laboral español no exige causalidad, mientras que la temporalidad sí, a pesar de que el régimen de parcialidad muchas veces es más hostil que el temporal y a pesar de que la mayoría de las encuestas revelan que los trabajadores a tiempo parcial se incardinan en esa forma de contratación de forma no voluntaria.

posibilidad de distribución intermitente de la jornada parece que se articulará ahora a través del contrato fijo-discontinuo, sin alterar su carácter dispositivo o no causal para las partes. Lo que ocurre es que, a diferencia del contrato fijo-discontinuo, el contrato a tiempo parcial vertical garantizaba de antemano unos periodos ciertos de prestación de servicios al cabo del año, cuya modificación por parte de la empresa abría al trabajador la posibilidad de accionar por despido o por modificación sustancial del contrato, según fuese el caso. El contrato fijo-discontinuo, empero, no reviste esas mismas garantías. Salvo previsión negociada en contra, el régimen de llamamientos no compromete a la empresa en cuanto a las fechas de actividad ni en cuanto a la cantidad anual de trabajo que se reclamará al operario. Una empresa podría, de forma legítima, formalizar un contrato fijo discontinuo en la previsión de que una determinada necesidad se repetirá intermitentemente, pero si en un concreto periodo estas previsiones fallasen, o las necesidades de personal fueren menos intensas, el trabajador no tendría ningún derecho a la reincorporación. Su único derecho en tal sentido se concreta en la prelación de llamamiento que debe darse al reanudar la actividad, pero siempre que el patrón respete tal orden de contrataciones, no incurrirá en ningún ilícito si, por ser el nivel de actividad menor al esperado, durante un concreto ejercicio, no llamase a algunos de los trabajadores expectantes.

Este régimen de precariedad ya era característico del contrato fijo-discontinuo tradicional, pero se agrava si dictaminamos que este contrato queda reconfigurado ahora como un contrato no causal. En este nuevo formato, dicha modalidad contractual queda asimilado a un contrato a demanda, muy próximo al denominado contrato cero horas que ha sido tan proscrito por la doctrina¹⁵ y la normativa comunitaria¹⁶: al acoger actividades no estacionales, permitiría a las empresas proceder al llamamiento de sus trabajadores según fuesen fluctuando sus necesidades de personal, sin asumir el riesgo en costos de personal por la falta de actividad que es intrínseco al ejercicio empresarial.

De añadidura, y aunque esto exceda ya la disquisición técnica sobre la norma, nos preguntamos hasta qué punto la canalización de la contratación temporal hacia el contrato fijo-discontinuo –como muchos han visto en la norma– supondría una verdadera mejora en las condiciones de los trabajadores. Desde una definición estricta de la precariedad –entendida esta como incertidumbre– nos preguntamos hasta qué punto un contrato fijo-discontinuo no resulta más precario que las formas de contratación eventual que conocemos en nuestro ordenamiento. Bajo el paraguas de estas, al final de cada periodo de actividad, el trabajador adquiriría el derecho a una indemnización por fin de contrato. En el contrato fijo-discontinuo, por regla general, salvo previsión convencional en contra, o en el caso de las contrataciones, al final del periodo de actividad el trabajador cesante solo adquiere un derecho incierto al llamamiento

15. Vid. Liberal Fernández, F.: "Contrato cero horas y repercusiones en el derecho de libertad de circulación de los trabajadores", en García González, C.; Redinha, M. G.; Guimarães, M. R.; Sáenz de Jubera Higuero, B. (coord.): *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 45-60.

16. Cfr. Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

y, solo llegado el momento, si este no se diese, podría accionar por despido. Si pensamos en la aplicación empírica de este régimen, intuiremos que en muchos casos la empresa abaratará los costes de personal a través del contrato fijo-discontinuo, sobre todo porque en aquellos casos en los que los periodos de llamamiento sean breves, lo que hace muy probable que al reinicio del siguiente periodo de actividad el operario haya encontrado una opción de empleo más estable: de esta forma, el empresario habría omitido las indemnizaciones por fin de contrato que habría asumido si hubiese acudido a la contratación temporal. Con esto, y volvemos ya al análisis más técnico, se puede ponderar mejor la importancia que reviste las posibilidades de mejora que se le habilitan a la negociación colectiva *ex artículo 16.5 ET* y que resultarán claves para evitar que bajo esta modalidad contractual pueda articularse un régimen de precariedad más oneroso que el anterior: Nos referimos al establecimiento de un periodo mínimo de llamamiento anual, a la indemnización por fin de llamamiento o a otras cuya articulación empírica nos suscita más recelos, como las bolsas de trabajo interllamamientos.

VIII. SOBRE LA DURACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN EL NUEVO CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (ART. 16.1 ET)

Otra duda que suscita la nueva regulación del contrato fijo-discontinuo, que abordamos de forma mucho más breve, es la que se refiere a la duración posible de los periodos de llamamiento. La cuestión en concreto es si esta duración puede ser superior al año natural. El interés de esta pregunta se comprende atendiendo a la siguiente secuencia histórica: El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala Cuarta núm. 1137/2020, de 29 de diciembre, reprochó que la prestación de servicios en el marco de contrataciones administrativas o mercantiles se canalizase de ordinario a partir del contrato de obra y servicio determinado. Más adelante, el RDL 32/2021 suprimió esta modalidad contractual y derivó expresamente la prestación de servicios previsibles a través de contrataciones al régimen del contrato fijo-discontinuo, pero resulta que en muchos casos la duración de tales contrataciones es muy superior al año, es decir, no son actividades cíclicas o de temporada como las que caracterizaban tradicionalmente el contrato fijo-discontinuo, sino que son actividades de larga duración, como en el caso de las contrataciones administrativas a las que se accede a través de concurso público que pueden prolongarse durante varios años. Nos alineamos aquí con parte de la doctrina que ha advertido que la ampliación casi irrestricta de los contornos del contrato fijo-discontinuo admite ahora la ejecución de este tipo de contrataciones a través de esta modalidad contractual¹⁷, en cuyo caso los periodos de actividad coincidirán con la duración de la contrata (pongamos por caso, dos, tres, cuatro años...)

17. Beltrán de Heredia Ruíz, I, "Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET)", Blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. Accesible en: <https://ignasibeltran.com/2021/12/31/nueva-reforma-laboral-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-contrato-fijo-discontinuo-art-16-et/> (último acceso el día 13 de abril de 2022).

a cuyo final el trabajador contratado pasará a situación de inactividad, quedando a la expectativa de un nuevo llamamiento que podrá ser, o no, de una duración equivalente al anterior.

IX. SOBRE LA SUPERVIVENCIA DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL VERTICAL (ARTS. 12.1 Y 16.1 ET)

En este punto abordaremos la que para nosotros es la principal duda que arroja la redacción del RDL 32/2021: la supervivencia o derogación del que ha dado en llamarse *contrato a tiempo parcial vertical*. Esta es una expresión que no encontrábamos –ni encontramos– en la literalidad de la norma, pero que tuvo un uso generalmente aceptado para referirse a aquellos contratos que regían las relaciones de trabajo cuya ejecución se concentraba en periodos concretos del año, lo que en términos algo más impropios desde un punto de vista técnico se denominaba *contrato fijo discontinuo de período cierto*. La razón de ser de esta submodalidad contractual la encontramos en la redacción –inalterada por el RDL 32/2021– del artículo 12.1 ET, que caracteriza al contrato a tiempo parcial como aquel celebrado para “la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”. De este modo, aunque en términos no tipificados en el Derecho positivo, se distinguía entre: 1) El contrato a tiempo parcial horizontal, que comprendía aquellas actividades que en cómputo diario no alcanzaban el referente del tiempo completo; y 2) el contrato a tiempo parcial vertical, para referirse a las prestaciones de servicio que, si bien en cómputo diario podría alcanzar o inclusive superar el de un trabajador a tiempo completo, alternaban periodos en los que el operario no prestaba servicios, haciendo una jornada semanal, mensual o anual inferior a la de un empleado comparable. De añadidura, debe decirse que estos dos regímenes de parcialidad –y esto es muy interesante para lo que nos ocupa y volveremos sobre ello en el siguiente epígrafe– podrían combinarse entre sí, sin ninguna limitación legal, cuando las necesidades empresariales de personal se concentrasen en algunos periodos de la semana, el mes o el año y, además, durante estos mismos periodos, el trabajador contratado no alcanzase el límite máximo de la jornada diaria.

Pues bien, hecha esta breve disertación –que, siendo básica para el lector, nos parecía ineludible– será la segunda de estas modalidades de parcialidad, la vertical, la que ha acaparado la atención del Legislador, siendo un objetivo confesado en la norma su supresión para subsumir su casuística en el ámbito del nuevo contrato fijo-discontinuo. Si acudimos a la exposición de motivos de RDL 32/2021, leemos:

“Desparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas.

De esta manera, la presente normativa afina su definición de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados...”

Si observamos la forma en la que ese objetivo legislativo se ha efectuado en el articulado de la norma, veremos que se ha reformulado o ampliado las realidades fácticas cobijadas por el contrato fijo discontinuo –*vid supra*– para acoger las prestaciones de servicios con periodos de ejecución determinados o indeterminados. Además, se ha suprimido el antiguo artículo 16.1 párrafo, que rezaba del siguiente modo: “A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido”. La toma en consideración conjunta de estas modificaciones normativas: 1) la categórica exposición de motivos, 2) la reformulación del artículo 16.1 y 3) la supresión del antiguo artículo 16.2 ET, nos conduciría a concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial vertical ha desaparecido de nuestro tráfico jurídico. Sin embargo, existen argumentos para sostener lo contrario. Entre estos, encontramos en un lugar destacado la supervivencia del artículo 12.1 ET, arriba transcrito, que se mantiene en sus mismos términos. Ahí se sigue estipulando que el referente para determinar la parcialidad del trabajador será el cómputo diario, pero también el semanal, mensual o anual. ¿Tendría sentido mantener los tres últimos referentes en un escenario en el que el contrato a tiempo parcial vertical ha sido suprimido? No demasiado: solo en algunos casos excepcionales de distribución irregular de la jornada tendría sentido conservar esos tres módulos¹⁸.

Por otro lado, pensamos que la supresión radical del contrato a tiempo parcial vertical complicaría, en según qué casos, la gestión ordinaria de las relaciones de trabajo. Si asumimos su eliminación normativa, *dato non concessio*, tendrían que reconducirse al contrato fijo-discontinuo relaciones laborales que se alejan mucho de la naturaleza de este contrato y que no casan bien con su configuración jurídica. Pensamos, por ejemplo, en una contratación fija para cuatro días a la semana, todas las semanas, de lunes a jueves. Tradicionalmente esta relación de trabajo se regiría por el contrato a tiempo parcial. Su hipotética reconfiguración como contratación fija-discontinuas implicaría, entre otras cosas, que los trabajadores de este ejemplo, cuando llegue el viernes de cada semana, pasarán a situación legal de desempleo [ex art. 267.1.d)]– y que, al inicio de cada semana, la empresa deberá tramitar el llamamiento del trabajador. Estas consideraciones nos llevan a opinar –la redacción de la norma no nos permite concluirlo– que el contrato a tiempo parcial vertical conserva vigencia, aunque no podemos determinar en qué casos. Parece que un concepto clave para resolver esta última incógnita será el de *intermitencia*. El contrato fijo-discontinuo queda reservado para las prestaciones de servicios *intermitentes*: quizás podría descartarse que esta nota se dé en aquellos casos en los que la continuidad en la prestación de servicios

18. Imagínese el caso de un trabajador que trabaja todos los días laborales del año, pero unos días lo hace a jornada completa y otros a jornada reducida. Ese trabajador ostentaría una parcialidad vertical (jornada en cómputo anual inferior a la máxima), sin pasar al ámbito del contrato fijo-discontinuo, porque, al no haber periodos de inactividad, no se ejecuta su prestación de servicios de manera intermitente.

es patente, por ejemplo, en el supuesto de nuestro trabajador ocupado de lunes a jueves. Es una lectura algo voluntariosa de la norma, y en cualquier caso parece casi imposible determinar qué lapso de inactividad debe mediar para valorar si concurre o no la nota de intermitencia: esta se dará claramente, por ejemplo, en aquellos casos en los que el trabajador concentre su prestación servicios en un periodo concreto del año, pongamos por caso, todos los meses de verano; pero ¿se dará si la prestación de servicios se concentrases los meses pares del año, pero no los impares? ¿Y si se concentra entre los días 1 a 15 de cada mes? ¿Y si es para los fines de semana?

Por último, como valoración de esta opción legislativa, advertimos que la pretendida unificación del contrato fijo-discontinuo y el tiempo parcial vertical en una misma modalidad contractual no es nueva para nuestro ordenamiento: antes al contrario, es una opción que estuvo vigente hasta el año 1997, hasta la publicación del Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Lo que ocurre es que hasta esa fecha ambas modalidades convivían en la categoría del contrato a tiempo parcial¹⁹. Retornar a esa regulación era una alternativa, sin embargo, ahora el Legislador ha preferido reunificar ambas modalidades de contratación en el contrato fijo-discontinuo. Por lo expuesto en el epígrafe anterior, nos preguntamos hasta qué punto esa opción resultaba más conveniente en cuanto a las garantías laborales de los trabajadores y en cuanto al objetivo de la norma, confesado en la exposición de motivos, de simplificar el panorama contractual español. En efecto, ahora conviven dos tipos de contrato: el contrato a tiempo parcial y el contrato fijo-discontinuo –aun afirmando, como hacemos, el difícil deslinde de ambos–, mientras que, de haberse seguido la otra opción normativa, la que ya nos era conocida, ambas categorías serían solo dos modalidades de la contratación a tiempo parcial.

En estrecha relación con lo anterior, y aunque esta cuestión no es, propiamente, una novedad introducida por el RDL 32/2021, con la entrada en vigor de este ha adquirido un mayor protagonismo y ha acaparado la atención de muchos juristas del trabajo: Nos referimos a lo previsto en el artículo 16.5 párrafo 2º ET –en el precedente normativo, con una redacción inalterada, artículo 16.4 ET–, según el cual, los convenios colectivos sectoriales “cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo”.

Como decimos, la presencia de esta disposición no es una novedad para nuestro ordenamiento, que la conoce desde hace ya dos décadas²⁰. Sin embargo, ahora ha adquirido un mayor protagonismo, lo cual está justificado en la medida que una vez vigente el RDL 32/2021 desaparece, según muchos, el contrato a tiempo parcial vertical y, por

19. Vid. art. 12.2 ET 1995, en su versión primigenia: “El contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas serán llamados en el orden y la forma que se determinen en los respectivos convenios colectivos...”.

20. Al menos, desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

tanto, esta disposición, que ha estado ligada tradicionalmente al contrato fijo-discontinuo, va a ser aplicable también a aquellas prestaciones de servicios que se repitan de manera intermitente en periodos ciertos. En efecto, cuando la prestación de servicios se ajustaba a este tipo de periodicidad –*id est*, cierta–, no existía cláusula alguna que cuestionase la posibilidad de operar, dentro de esta parcialidad vertical una parcialidad adicional, ahora horizontal, para fijar una prestación de servicios diaria inferior a la máxima. Así, por ejemplo, resultaría plenamente válido un contrato a tiempo parcial para trabajar cuatro horas diarias, de lunes a viernes, durante los meses de verano. Ahora existen dudas sobre la legitimidad de esa opción, lo que deja en el aire el encaje contractual que deberá tener aquellas necesidades de personal en la que se den estas dos notas: intermitencia y parcialidad diaria. Pensamos, pongamos por caso, en un establecimiento de ocio nocturno que necesite, durante los meses de verano, personal en la franja horaria de 22:00 a 04:00. La intermitencia de esta actividad nos obliga a encuadrarla ahora en el contrato fijo-discontinuo, pero no parece del todo claro que ese régimen horario sea admisible en esta categoría contractual, al menos siempre que no exista una norma paccionada que lo habilite expresamente.

En cualquier caso, hablamos en términos hipotéticos, pues albergamos algunas dudas sobre la eficacia prohibitiva de la disposición transcrita. Y es que la redacción a tal efecto es sumamente confusa: Afirma que la negociación colectiva “podrá acordar” la celebración de contratos fijo-discontinuos a tiempo parcial, pero esa aparente habilitación no está precedida por ninguna prohibición previa. No existe, por así decirlo, ninguna otra disposición que prohíba o limite la concertación de contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial. Solo partiendo de esa posible norma limitativa adquiriría sentido la presunta habilitación del artículo 16.5 párrafo 2º. En la medida que sería una disposición limitativa de derechos –en este caso, el de libertad contractual de las partes– estimamos que la prohibición de celebrar contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial debería constar taxativamente en la norma, lo cual no ocurre. Pero, por otro lado, si negamos la existencia de esa prohibición, carece de cualquier sentido la habilitación que ahora comentamos, por lo que esta nos resulta sumamente enigmática. La mayoría de la doctrina concluye que, efectivamente, de la misma, en una lectura *a sensu contrario*, solo es posible inferir esa interdicción²¹, aunque insistimos que el precepto no es todo lo categórico que debiera ser si atendemos a su carácter limitativo y sancionable, imprecisión que, dicho sea de paso, no es imputable al legislador actual²².

21. Goerlich Peset, J. M.: “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: El final de una larga discusión”, *Temas Laborales*, núm.61, 2001, pp. 125-148.

22. Esta redacción procede de la reforma introducida por el *Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*. La confusa redacción podría encontrar una explicación bastante mundana. Con anterioridad a dicha reforma, cuando el contrato fijo discontinuo era una submodalidad del contrato a tiempo parcial, se preveía la posibilidad de que en el contrato fijo discontinuo tuviese una duración superior al límite del 77 % de jornada que se estableció para el contrato a tiempo parcial ordinario. Existía a la sazón una cláusula que rezaba del siguiente modo: “En el caso de los contratos contemplados en esta letra b), los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar excepcionalmente, cuando la actividad estacional del sector así lo justifique, el establecimiento de un límite de jornada superior al previsto en

X. SOBRE LAS CONDICIONES DE LOS FIJOS-DISCONTINUOS QUE SE CALCULARÁN CON BASE EN SU ANTIGÜEDAD REAL (ART. 16.6 PÁRR. 2º)

Una disposición que ha acaparado mucha atención tras la promulgación de la norma es la que se contiene en el nuevo artículo 16.6 párrafo 2º ET. Según allí se lee:

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

Aunque en las lecturas más inmediatas y en algunos foros informales se afirmase que esta disposición obligaba a calcular la indemnización por despido de los trabajadores fijos-discontinuos según el tiempo transcurrido desde el momento genético del contrato, tal hipótesis debe descartarse de plano. Este precepto solo obliga al cálculo de la antigüedad conforme a ese criterio, pero por todos es sabido que la precitada indemnización no se calcula según la antigüedad del trabajador, sino según el tiempo efectivo de prestación de servicios (ex art. 53.1.b y 56.1 ET). Aclarado ese punto, no deja de ser cierto que resultan bastante indeterminadas las situaciones en las que esta regla de cómputo de antigüedad va a ser aplicable. Y es que la reforma introduce varios conceptos indeterminados que delega sobre el empleador la decisión sobre la aplicabilidad de este precepto bajo una importante inseguridad jurídica: ¿Cuándo será proporcionado aplicar este criterio? ¿En qué supuestos resulta objetivo brindar idéntico trato a los trabajadores fijos y fijos ordinarios? ¿A efectos de ascensos, por ejemplo? ¿A los efectos de reconocer el plus de antigüedad? Esta redacción abierta genera una considerable incertidumbre, que deja en entredicho su aplicación en efectiva y dificulta cualquier valoración sobre el avance social que con ella se consigue.

253

XI. SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS (DT 5ª RDL 32/2021)

El último aspecto conflictivo sobre el nuevo régimen jurídico de la contratación temporal lo encontramos fuera del articulado de la norma, en la disposición transitoria quinta del RDL 32/2021, relativa al régimen provisional aplicable a la concatenación de contratos eventuales, concretamente a los límites temporales que se le impone al mismo. Según allí se lee:

el apartado 1 de este artículo". Parece que esta otra habilitación que ahora analizamos tomó por base la literalidad de aquella otra, con todas las disfuncionalidades que se siguen al conservar la redacción original para estipular un mandato totalmente distinto.

Lo previsto en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo.

Respecto a los contratos suscritos con anterioridad, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Aunque también esta disposición ha suscitado alguna duda entre los profesionales, su redacción no es demasiado confusa. El elemento clave para su comprensión será el contrato vigente el día 31 de diciembre: a) si al finalizar dicho contrato, la empresa hubiese superado los umbrales temporales de la anterior norma, veinticuatro meses en un periodo referencial de treinta, se aplicará el régimen anterior al RDL 32/2021; b) si por el contrario, con dicho contrato no se superan esos umbrales, los contratos temporales anteriores dejarán de tomarse en consideración y, a los sucesivos, les será de aplicación el límite temporal previsto en la nueva norma, dieciocho meses en un periodo referencial de veinticuatro. Como decimos, la redacción de la disposición, siendo intrincada, no admite ninguna otra alternativa. Si la incluimos entonces en nuestro comentario es por una reciente sentencia del TJUE que nos hace preguntarnos la adecuación de esta disposición a la normativa comunitaria, y concretamente a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Para explicar de qué modo ocurre tal incongruencia repárese previamente en la opción legislativa que subyace detrás de esta disposición transitoria: con ella se produce una suerte de amnistía con respecto a los contratos temporales anteriores, que dejan de ser tenidos en cuenta para fiscalizar los encadenamientos de contratos que se sucedan a partir de ahora. Aquellos contratos solo serán tenidos en cuenta en el caso de que el contrato vigente al día 31 de diciembre sea determinante para superarlos. De esta forma, se suceden dos umbrales temporales que permitirán encadenamientos de contratos temporales muy prolongados. Expliquemos esto con un ejemplo en el que se verá mucho más claro esto que explicamos.

Imaginemos un trabajador que hasta el 30 de diciembre de 2021 acumula veintitrés meses de encadenamiento de contratos temporales con un mismo empleador. El día 31 de diciembre no tiene ningún contrato vigente, pero a partir de enero vuelve a encadenar contratos durante los siguientes diecisiete meses. Este trabajador, a pesar de la excesiva duración del encadenamiento, no habrá superado los umbrales previstos en la norma. En aplicación del régimen transitorio del RDL 32/2021, se admite la sucesión de contratos, como en este caso, durante cuarenta y dos meses en un período referencial de cincuenta y cuatro.

Esta solución es una opción legislativa que *a priori* solo nos pareció censurable desde un punto de vista de política legislativa, pero no desde una óptica técnico-jurídica. Sin embargo, una reciente sentencia del TJUE nos hace repensar nuestra postura. Se trata de la STJUE (Sala Segunda) de 17 de marzo de 2022, asunto C-232/20 de 21 de febrero de 2017). Allí se enjuicia la adecuación a la Directiva 2008/104 de una disposición alemana (*Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer*

Gesetze, de 21 de febrero de 2017, que es la ley por la que se modifica, entre otras, la ley regula la cesión de trabajadores: *Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung* de 3 de febrero de 1995), que modifica los límites temporales máximos en los que se permite la celebración de contratos de puesta a disposición. Al igual que en el caso español, el legislador germánico estableció un régimen transitorio por el cual, los periodos trabajados mediante contratos de puesta a disposición anteriores a la reforma normativa no serían tenidos en cuenta a los efectos de determinar la superación del nuevo umbral²³. La respuesta del TJUE fue bastante contundente, al censurar la corrección de una norma nacional que impide al juzgador tomar en consideración los periodos de contratación anteriores a una determinada reforma normativa para valorar si el periodo de puesta a disposición es excesivamente largo a tenor de la normativa europea. Según allí se lee:

La Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que fija un período máximo de puesta a disposición del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria cuando dicha normativa excluya, mediante una disposición transitoria, a efectos del cálculo de ese período, el cómputo de los períodos anteriores a la entrada en vigor de esa normativa, privando al órgano jurisdiccional nacional de la posibilidad de tener en cuenta la duración real de la puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a efectos de determinar si dicha puesta a disposición tuvo carácter «temporal», en el sentido de la citada Directiva, extremo que corresponde determinar a dicho órgano jurisdiccional.

En aquella ocasión la normativa europea que se vio cuestionada fue la Directiva 1004/2008, pero nos preguntamos si la doctrina que allí se establece no es aplicable, *mutatis mutandi*, a la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada que, como es sabido, pretende “establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” (art. 1.b). Estimando que sí, nos preguntamos hasta qué punto la DT 5ª del RDL 32/2021 es acorde a esa directiva, al obligar, como expusimos, a obviar todas las prestaciones de servicios ejecutadas bajo contratos temporales anteriores a su entrada en vigor a los efectos de determinar si ha existido o no una concatenación de contratos excesivamente prolongada.

XII. CONCLUSIONES

En el presente comentario hemos relacionado algunos de los puntos críticos que presenta el nuevo régimen de la contratación por circunstancias de la producción y

23. El artículo 19, apartado 2, de la *Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung*, en su versión modificada, contiene una disposición transitoria, que tiene el siguiente tenor: “Los períodos de puesta a disposición anteriores al 1 de abril de 2017 no se computarán para el cálculo del período máximo de puesta a disposición establecido en el artículo 1, apartado 1b. [...]”.

fija-discontinua configurado por el RDL 32/2021. Para cerrar, a modo de epítome o recapitulación, trataremos de enumerarlos de manera sintética:

1. Resulta muy difícil dilucidar la casuística empírica subsumible bajo el concepto de *oscilaciones* que encontramos en el artículo 15.2 párrafo 1º y, sobre todo, resolver si el mismo acoge necesidades de personal previsibles. Según nuestra interpretación, a partir del tenor literal de la norma, estas *oscilaciones* se refieren tanto a necesidades previsibles como imprevisibles, por lo que en ambos casos la duración máxima del contrato será de entre seis meses a un año. Ello, salvo que nos encontremos con una necesidad que, además de ser previsible, sea de muy corta duración, en cuyo caso se aplicará el régimen específico del artículo 15.2 párrafo 4º, cuya principal nota es la limitación de su uso a noventa días anuales interrumpidos.
2. No menos dificultad reviste la delimitación exacta de las necesidades de personal que deberán cubrirse con esta submodalidad especial del contrato por circunstancias de la producción del artículo 15.2 párrafo 4º. Este define su ámbito a partir de conceptos indeterminados para los que no existe ningún criterio de interpretación certero: *ocasionalidad, previsibilidad, duración reducida y discontinuidad* en su prestación.
3. Sobre las consecuencias laborales que se siguen del incumplimiento de las disposiciones del art. 15 ET, hemos destacado las dificultades para la empresa que se seguirán de la sustitución de la presunción de indefinición del anterior artículo 15.3 ET por la imposición de fijeza que preceptúa el nuevo artículo 15.4. Más allá de eso, existen argumentos para sostener –aunque no para concluir– que esta nueva disposición no siempre impondrá la conversión en un contrato fijo ordinario, cabiendo reconducir en tales casos la relación laboral al contrato fijo-discontinuo.
4. Descartamos, por lo demás, que esta misma disposición sea aplicable en el ámbito de la Administración Pública. Aunque el Legislador no ha hecho ninguna exclusión expresa, la sustitución del término *indefinido* –redacción anterior– por *fijeza* –nueva literalidad normativa– hace que esta cláusula sea inaplicable en el empleo público, donde la primacía de los principios de igualdad, mérito y capacidad impedirían la adquisición de la condición de personal fijo por el mero fraude en la contratación temporal.
5. Una medida que, siendo benemérita y transgresora, creemos que será muy difícil de aplicar es la que se contiene en el nuevo artículo 15.5 párrafo 2º, que otorga la condición de personal fijo al operario empleado en un puesto de trabajo que haya estado cubierto con contratos temporales durante más de dieciocho meses en un período referencial de veinticuatro. La problemática que observamos es la dificultad de determinar los puestos de trabajo existentes en la empresa privada para ir computando en ellos las distintas contrataciones que se vayan sucediendo.

6. Pasando ya a la regulación del contrato fijo-discontinuo, una implicación dogmática muy interesante que ha observado parte de la doctrina, a la que nos adherimos, es la ampliación notable que ha experimentado el ámbito de esta modalidad contractual, que termina configurándose como un contrato no causal: es decir, el recurso al mismo no deberá estar amparado en una causa externa y objetiva, sino que puede obedecer a la libérrima decisión patronal de organizar su ciclo productivo mediante rotaciones de personal periódicas o intermitentes.
7. Sobre este nuevo régimen del contrato fijo-discontinuo, concluimos que admite periodos de actividad intermitentes superiores al año natural. De esta forma sería también este contrato el aplicable al caso de prestaciones de servicios en el marco de contrataciones que superan dicho referente temporal.
8. La principal duda que nos suscita el nuevo ámbito del contrato fijo-discontinuo es la eventual supervivencia del contrato a tiempo parcial vertical. Aunque *a priori* parece clara la voluntad legislativa de subsumir esa modalidad de contrato en el nuevo contrato fijo-discontinuo, la no modificación del artículo 12.1 ET, así como la disfuncionalidad que presentaría el contrato-fijo discontinuo en el caso de prestaciones de servicios intermitentes de corta frecuencia –trabajadores de fines de semana, por ejemplo–, nos hace sospechar que el contrato a tiempo parcial vertical seguirá contando con alguna operatividad, aunque nos resulta imposible deslindar los límites entre este y el nuevo fijo-discontinuo para periodos ciertos y determinados.
9. Existe también una gran indeterminación a la hora de resolver qué tipo de condiciones de trabajo de los operarios fijos-discontinuos van a calcularse conforme a la antigüedad real del contrato y cuáles otras van a seguir graduándose según el tiempo efectivo de prestación de servicios. Es claro que el cálculo de la indemnización de despido no se verá afectada por el nuevo criterio, pero la norma no aclara, ni ofrece demasiadas pistas interpretativas, sobre qué otras condiciones específicas sí van a verse afectadas por este.
10. Por último, hemos expresado nuestras dudas sobre la adecuación a la normativa comunitaria de la DT 5ª del RDL 32/2021 en la medida que esta impedirá tomar en consideración los periodos de contratación temporal anteriores al 31 de diciembre de 2021 a los efectos de comprobar el eventual exceso en la concatenación de contratos temporales.

Bibliografía

- Ballester Pastor, I.: “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.
- Calvo Gallego, F. J.: “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.03>.
- De la Puebla Pinilla, A.: “El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, una reforma laboral cargada de futuro”, *IUSLabor*, núm. 1, 2022.

- Goerlich Peset, J. M.: "Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: El final de una larga discusión", *Temas Laborales*, núm.61, 2001.
- Goerlich Peset, J. M.: "La reforma de la contratación laboral", en de la Puebla Pinilla, A.; Mercader Ugina, J. R.; Goerlich Peset, J. M.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Liberal Fernández, F.: "Contrato cero horas y repercusiones en el derecho de libertad de circulación de los trabajadores", en García González, C.; Redinha, M. G.; Guimarães, M. R.; Sáenz de Jubera Higuero, B. (coord.): *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G., "La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.
- Ramos Moragues F. y López Balaguer, M.: *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. extraordinario 1 (monográfico), 2022. DOI: <https://doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.01>.
- Sala Franco, T.: *La reforma laboral: La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Sánchez Quiñones, L.: "Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2022.
- Vicente Palacio, A.: "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 2, 2022.



Recensiones



Recensión de la obra de Yolanda Maneiro Vázquez: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2021

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 14.06.2022 | Aceptado: 15.06.2022

El libro que aquí se reseña, prologado por el catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela, Javier Gárate Castro, aborda un exhaustivo análisis de la denominada discriminación por asociación. El subtítulo de la obra, “Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española”, ya adelanta al lector varios elementos que va a encontrarse a lo largo de su lectura. En primer lugar, pone de manifiesto que la discriminación por asociación es una figura de creación y regulación jurisprudencial, no legal, lo que se manifiesta en aspectos tan diversos como la falta de uniformidad en su propia denominación. Frente al concepto de discriminación por asociación, se encuentran otros como la discriminación refleja, por vinculación o *per relationem*. En segundo lugar, que su origen ha de buscarse en las sentencias del Tribunal de Justicia y en su enorme repercusión sobre la jurisprudencia y la doctrina judicial españolas. Y, en fin, que el análisis que este libro realiza sobre la discriminación por asociación no se detiene en los aspectos sustantivos de esta figura, sino que concede una gran importancia a su imprescindible estudio procesal.

De estas tres cuestiones principales se ocupan los cuatro capítulos que componen el libro. El primero de ellos recorre la aparición del derecho a la no discriminación por asociación en la regulación internacional y, especialmente, en el derecho de la Unión Europea, frente a su ausencia casi total en la legislación española. A través de estas primeras páginas ya es posible apreciar cómo esta figura discriminatoria solo resulta novedosa en su denominación, pero no así en su existencia, identificación y reconocimiento, respecto del que han jugado un papel fundamental los tribunales, especialmente el Tribunal de Justicia, pero sin olvidar la relevante tarea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En segundo capítulo, dedicado al papel del Tribunal de Justicia como motor de la tutela frente a la discriminación por asociación, la autora resalta cómo las sentencias *Coleman*, *CHEZ* y *Hakelbracht* y otros han facilitado la incorporación y asimilación de la discriminación por asociación por nuestros tribunales, para tutelar a quien, sin ser titular de la característica discriminatoria, resulta igualmente discriminado. Señala Maneiro Vázquez que esta tarea del Tribunal de Justicia ha permitido el paso de la discriminación *ratione personae* a la discriminación *ratione materiae*, con el fin de alcanzar la protección real y no solo formal de este derecho fundamental. Del análisis de los aspectos más importantes de cada una de estas sentencias, el lector observará cómo la discriminación por asociación tuvo unos orígenes discretos, limitados a la discriminación por razón de discapacidad de quien no es discapacitado. Pese a ello, la sentencia *Coleman* no se limitó tan solo a reconocer esta situación, sino que su interpretación abrió la puerta a una figura discriminatoria ya imparable, que se extendió a otros contextos, a otras causas y a otras Directivas. Así sucedió con la discriminación indirecta por razón del origen racial, amparada por la Directiva 2000/43/CE y de la que se ocupó la sentencia *CHEZ*, o con la discriminación por asociación por razón de sexo, objeto de la sentencia *Hakelbracht* y de la Directiva 2006/54/CE.

La autora centra los dos siguientes capítulos en el estudio de la doctrina judicial nacional como la vía que, en ausencia de reconocimiento normativo, ha permitido identificar, reconocer y sancionar los diferentes supuestos de discriminación por asociación en muy diversos ámbitos. Si el capítulo tercero aborda un detenido análisis de la evolución de esta figura, desde sus tímidos comienzos hasta su consolidación en la jurisprudencia y la doctrina judicial actual, el capítulo cuarto mira hacia el futuro, para plantearse los retos procesales en la tutela de la discriminación por asociación realizada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Tanto en uno como en otro destaca especialmente el análisis procesal de diferentes aspectos de esta figura discriminatoria que resultan esenciales para su identificación y su tutela en el proceso. Es el caso, por ejemplo, de la relación que ha de existir entre la persona titular de la característica discriminatoria y aquella que sufre la discriminación. Sin duda, como Maneiro Vázquez pone de manifiesto, el reconocimiento de la discriminación por asociación en las recientes sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha supuesto el espaldarazo definitivo hacia su consolidación por nuestra doctrina judicial interna. Nuestros tribunales han sabido acoger la doctrina del Tribunal de Justicia y extenderla a otras causas de discriminación distintas de las inicialmente previstas. Pero, ante la ausencia de una regulación legal específica, la doctrina judicial ha debido enfrentarse a muchos interrogantes, de los que da buena cuenta la autora en su más que detenido análisis procesal, a la vez que plantea otros interesantes retos que esta figura discriminatoria abrirá en el futuro.

En estas sentencias quedan todavía hilos abiertos y no son escasos. Es cierta la naturaleza indiscutiblemente procesal de algunos. Se centran esencialmente en la conexión exigida entre el titular de la característica protegida y de la discriminada por ello sin participar de dicha característica. Los indicios necesarios para abordar con éxito la demanda y la carga de la prueba requerida para su destrucción constituyen

otro campo de interés. Junto a ellos, las cuestiones sustantivas ofrecen también un importante ámbito de desarrollo. En primer lugar, muchas de las sentencias estudiadas en el libro se refieren a la discriminación por razón de sexo o género y el carácter múltiple de la discriminación presente no ha sido suficientemente considerado. En segundo lugar, los materiales estudiados fácilmente pueden transformarse en pautas esenciales para la negociación colectiva y, en especial, para la elaboración de planes de igualdad. De esta forma, se podrán pactar mecanismos que protejan frente a la discriminación, favorezcan su denuncia y conduzcan a su erradicación, de muy diversa naturaleza.

Estamos ante una obra imprescindible para la comprensión de un tema a la vez clásico, pero siempre novedoso. El caudal de dudas que se exponen, analizan y presentan en este libro lo convierte en un referente para el estudioso, pero también para el profesional que desee profundizar en el análisis de esta forma discriminatoria, de la mano de los retos y de las soluciones que ofrece la jurisprudencia europea y, especialmente, la jurisprudencia y la doctrina judicial española.

No queda sino felicitar a la Dra. Yolanda Maneiro Vázquez por abordar con éxito y maestría un tema tan novedoso con la exhaustividad y profundidad que la caracterizan y que hace que se pueda afirmar rotundamente que la autora es una de las voces más destacadas de la doctrina laboralista española actual.



Recensión de la obra de José María Miranda Boto (prólogo de Tom Shippey). *Law, Government, and Society in J.R.R. Tolkien's Works*, Walking Tree Publishers, Zurich - Jena, 2022

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 14.06.2022 | Aceptado: 15.06.2022

No todos los días se tiene el privilegio de recensionar una obra tan original y provocativa como la que ha publicado el Dr. Miranda Boto y que se enmarca dentro de esa corriente de la doctrina iuslaboralista española en la que algunos autores parecemos sentir la tentación de abandonar nuestras líneas de investigación principales y adentrarnos en caminos muy alejados de lo que viene considerándose el normal desempeño de nuestros quehaceres académicos. La presente obra es buen exponente de ello y entre sus líneas se deduce fácilmente la satisfacción personal que esta arriesgada decisión conlleva para su autor.

El profesor Miranda Boto ya había dado un primer paso por esta senda con la publicación en Ediciones Cinca de su libro *El Derecho en Tolkien* (1ª ed. 2017, ed. revisada 2021). La obra que ahora se recensiona supone un segundo paso, de considerables dimensiones, en ese camino.

Pero esta monografía no es una traducción del primer libro, sino que es una obra nueva en la que se ha cambiado por completo el esquema y el enfoque. Aunque el autor se proclame discípulo de Jhering, el humor que caracterizaba a la obra española ha cedido la primacía (no completamente, es cierto) a una erudición que desborda al lector no experto en la obra de Tolkien. Y esta es una advertencia esencial: no se trata de un libro para neófitos, sino una obra que será aprovechada verdaderamente por lectores avanzados que sepan orientarse por el universo creado por el Profesor de Oxford. No es el Derecho el requisito para la lectura, sino la Literatura.

Esta extraña erudición no está reñida con el rigor. El profesor Miranda Boto ha puesto en esta obra, tan suya, el método exhaustivo con el que ha trabajado en las dos últimas

décadas el Derecho Social de la Unión Europea. Puede decirse que no ha quedado piedra, mohosa o no, sin revolver en la Tierra media. Con el mismo tesón con que ha leído la jurisprudencia del Tribunal de Justicia todos estos años, ha examinado ahora minuciosamente las leyes y costumbres (especialmente estas, dada la primacía del Derecho consuetudinario en lo estudiado) de Elfos, Hobbits, Orcos y cualesquiera extrañas criaturas surgidas de la imaginación de Tolkien, incluyendo a los árboles caminantes que dan nombre a la editorial que acoge la obra.

El texto se inicia con un amable Prefacio a cargo de Peter Buchs que no dejará de despertar una sonrisa en quienes conozcan al autor. A continuación, sigue un Prólogo del profesor Tom Shippey, considerado como el mayor especialista académico en Tolkien de las últimas décadas. Este aval generoso guarda un claro paralelismo con el que prestó el profesor Luis Enrique de la Villa a la obra en castellano.

La Introducción con la que el profesor Miranda Boto toma la palabra tras estos preliminares es una auténtica declaración de principios. En ella, sumerge al lector en consideraciones sobre las obras académicas de Tolkien, no las literarias, y le expone desde el primer momento a un aparato crítico comparable al de cualquier trabajo del tenor habitual. Este es, quizá, uno de los puntos más fuertes del trabajo: la revisión bibliográfica que el autor ha llevado a cabo. El libro incluye un catálogo propio de una tesis doctoral, que no deja de despertar admiración entre quienes descubren todo lo que se ha escrito sobre Tolkien al más alto nivel académico.

A partir de ese momento, la obra se estructura en cuatro partes, un epílogo y un apéndice.

La primera, "Law and Tolkien", es la que contiene consideraciones más generales y menos detallistas. Es la parte más jurídica y menos literaria y muchas de sus conclusiones podrían ser trasladadas a otros mundos fantásticos. Los contrastes entre Derecho natural y Derecho positivo, el choque entre Derecho y Justicia, etc. dan a esta primera parte un interés bastante considerable desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

No dejan de resultar llamativos los esfuerzos del autor para situar a Tolkien en el centro de los problemas del siglo XX. A lo largo del libro, el profesor Miranda Boto insiste en el trasfondo que se halla tras esta poderosa saga, nacida durante la Primera Guerra Mundial, contemporánea de la Segunda Guerra Mundial, del auge de los totalitarismos, de los juicios de Núremberg... Está claro que busca eliminar ese componente "friki" (permítaseme la expresión) y colocar la obra de Tolkien en una perspectiva distinta a la habitual.

Las partes segunda, "Law and Government in Arda", y tercera, "Law and Society", son las más literarias. El autor recorre los mundos de Tolkien con la exhaustividad antes señalada, buscando la más mínima expresión de un hecho jurídico. Atraviesa la monarquía, la nobleza, el matrimonio, la propiedad, la estructura familiar, los calendarios, la acuñación de moneda, los rangos militares... Parece haberlo hecho en excelente compañía, a juzgar por lo dicho en la Introducción y en las notas al pie: los agradecimientos sobre determinados puntos hacen ver que esta es una obra que ha sido leída y comentada con intensidad antes de llegar a la imprenta. Ojos expertos

han colaborado en la mejora del trabajo y ese clima de colaboración intelectual, tan valioso, recorre toda la obra.

La parte cuarta, "Law as a Joke in Tolkien's Works", es la más iconoclasta del libro. El autor parece recuperar sus viejos modos de la obra en Editorial Cinca. Con una sonrisa contagiosa, desafía a la Matilda de Roald Dahl y se esfuerza por defender el humor de Tolkien. El humor se transforma aquí también en la herramienta de análisis más intensa, al embarcarse en el estudio de las costumbres de los Hobbits. Estos pequeños seres, a los que las conocidas películas han identificado con un remanso de paz y comidas, no salen del todo bien parados del ¿humorístico? análisis del profesor Miranda Boto. Aferrado a Max Weber, todas las instituciones son desmembradas para ofrecer como resultado una Comarca bastante más organizada de lo que creemos.

En el Epílogo, el profesor Miranda Boto recupera su condición de laboralista y lleva a cabo una interesante reflexión sobre la utilización de *El Señor de los Anillos* como herramienta para la docencia jurídica. Propone utilizar a Frodo Bolsón y Sam Gamyi, en los primeros capítulos de esa obra, como sujetos de estudio a la hora de analizar la existencia o no de una relación laboral. Todo laboralista español reconocerá aquí, y el propio autor no lo oculta, la influencia de Manuel Alonso Olea. La propuesta no deja de ser interesante, pero cabe preguntarse con qué alumnos prodigiosos espera contar el autor, capaces de seguirle el juego y llevar el estudio de los detalles de lo que pasa en Bolsón Cerrado hasta las cuatro notas características del trabajo asalariado. En cualquier caso, la idea de hacer algo distinto de leer los textos clásicos "de siempre" ha de ser considerada muy positiva y cada profesor puede buscar su propio libro para la aplicación de esta metodología.

El libro concluye con un Apéndice donde el autor recoge anécdotas jurídicas de la vida de Tolkien, que ya no de su obra. Conociendo la estructura de *El Señor de los Anillos*, la inclusión de un Apéndice no parece ser casual.

La valoración final de la obra variará mucho en función del conocimiento de la obra de Tolkien que tenga cada lector y de su propio amor por la literatura. Algunos la considerarán una pérdida de tiempo y otros disfrutarán al descubrir algo completamente nuevo. Puede incluso que este libro les lleve a recorrer su propio camino con las obras que les apasionen. Porque esa es la impresión que deja el libro: alguien combinando su oficio y su pasión para crear un libro diferente y único, como ese Anillo que tanto juego dio.

No puedo sino concluir recomendando fervientemente la lectura de tan singular trabajo que rompe esquemas y adherirme a las elogiosas palabras del Prólogo de T. Shippey: "Professor Miranda Boto's is a remarkable study of a neglected topic. Even those of us most familiar with Middle-earth will learn from it much that it is new, and also become more aware of things that we thought we knew already: such insights into familiarity are among the most welcome insights any work of criticism can provide".



1. Introduction

2. Background

3. Methodology

4. Results

5. Discussion

6. Conclusion

7. References

8. Appendix

9. Glossary

10. Index