

Examen de los procesos de selección y contratación de personal de trabajo con inteligencia artificial integrada y su posible solución

Assessment of Processes of Selection and Hiring of Labor Personnel with Integrated Artificial Intelligence and its Possible Solution

*Juan Cruz López Guillermón**

Resumen

En la presente obra se analizará cómo los procesos de selección y contratación de personal de trabajo, principalmente aquellos con inteligencia artificial (IA), pueden incurrir en acciones discriminatorias, contrarias a la noción de igualdad estructural. A tal problemática se le agregará el examen de argumentos y consecuente determinación sobre si corresponde la aplicación del ordenamiento del derecho civil o del derecho del trabajo. Interesa tal elección por sus puntos de vista, principios, normas y dinámicas distintas.

Palabras clave: inteligencia artificial – igualdad – sesgos – contrato de trabajo

Abstract

This paper will analyze how the processes of selection and hiring of labor personnel, mainly those with artificial intelligence (AI), can incur in discriminatory actions, contrary to the notion of structural equality. In addition, what will also be carried out is the assessment of arguments and consequent determination of whether the application of labor or civil law is appropriate; decision that is interesting due to its different points of view, principles, rules and dynamics.

Key words: artificial intelligence – equality – biases – work contract

* Abogado egresado (con título en trámite) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante de cátedra de Obligaciones. Miembro del grupo de investigación en el Proyecto DeCyT de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I. Introducción

Es posible afirmar, sin temor a equívoco, que la IA ha cambiado y seguirá cambiando la vida de los seres humanos y que tiene el potencial para mejorar numerosos campos y disciplinas. En ese sentido, hoy en día contribuye a mejorar la seguridad, mitigar el cambio climático, a la asistencia sanitaria y muchas otras actividades.

La IA nació hace varias décadas, sin embargo, en la actualidad ha alcanzado una mayor notoriedad, motivada por un alto nivel de innovación tecnológica. Esto ha suscitado debates en diferentes campos importantes, uno de ellos es el derecho. Entre las cuestiones más atractivas que allí se han discutido se halla la búsqueda de respuestas sobre los alcances de la IA.

Como se explica a lo largo de este trabajo, son varias las áreas de aplicación susceptibles de utilizar dicho sistema inteligente y para este estudio se ha decidido analizar la relación entre la IA y el trabajo. Con mayor exactitud, se hace referencia al proceso de selección y contratación del personal de trabajo. A su vez, se optó por dividir el mencionado proceso en dos momentos distintos, pues así se delimita el objeto de estudio para evitar la aparición de otras interpretaciones sobre su alcance. Con la intención de obtener una mayor claridad y comprensión del análisis en la obra, haremos una distinción, que cabe en la primera etapa, sobre aquellos procesos con y sin inteligencia artificial.

Ahora bien, si se trata de un proceso de selección y contratación sin IA, se considera que el primer momento tendría su inicio desde que se envió o entregó la información necesaria para acceder y empezar el proceso, hasta el comienzo de la siguiente etapa.

En los procesos que sí implementan IA integrada, estos irían desde la conformación de perfiles –a partir de la recopilación de datos y la consecuente formación del modelo–, para ser analizados por la empresa o empleador; hasta la finalización de la mencionada etapa inicial o comienzo de la que sigue. En otras palabras, la IA –con miras a un objetivo específico relacionado con el campo laboral– observa los distintos candidatos y añade información preexistente hallada en internet (datos sociales). El fin es conformar el perfil del prospecto que va a entregarle a su cliente.

En ese lapso, aplicable por igual a los procesos con o sin IA, todavía no se ha efectuado ninguna exteriorización de intereses por parte de la empresa, que se entiende como el cliente que recibirá el perfil del prospecto. En este proceso solamente tienen lugar las participaciones

del candidato o prospecto (por el envío voluntario, pertenencia a una base de datos o red social) y la empresa usuaria de la IA.

Finalmente, la segunda etapa transcurre desde la fase inicial de los eventos, en la que sí se produce alguna manifestación por parte del eventual empleador, hasta el momento previo a la consagración del contrato de trabajo.

II. ¿Qué es la inteligencia artificial?

Resulta complejo brindar una definición uniforme que incluya todos los campos en los que ha intervenido la IA, entre ellos, filosofía, matemáticas, psicología, lingüística, etc.¹ Incluso en la ciencia del derecho aún hay diferencias respecto de la forma en que debe ser entendida. Por tanto, en este texto se adopta la referencia propuesta en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la IA: “el término ‘inteligencia artificial’ (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos”.²

Para observar con mayor claridad estas nociones, es necesario comprender que en la base de la IA están los algoritmos, una serie de códigos informáticos diseñados y escritos por seres humanos que ejecutan instrucciones para traducir datos en conclusiones, información o productos.³ Estas palabras permiten ver cuáles son los tres elementos característicos de la IA, a saber: i) la capacidad de procesamiento de datos, debido a que se produce la intervención de una gran cantidad de ellos; ii) el autoaprendizaje; y iii) su consecuente accionar autónomo.

A la vez, cabe destacar y aclarar el elemento de “racionalidad”⁴ que integra la IA. Quizás parezca contraintuitivo relacionar tal concepto con la IA, pero aquí hacemos referencia a “la capacidad de elegir la mejor acción posible para alcanzar un objetivo determinado,

¹ Sergio A. Moriello, *Inteligencia natural y sintética. Una aproximación transdisciplinaria* (Buenos Aires: Nueva Librería, 2005), p. 73.

² Comisión Europea, Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones, COM (2018) 237 final, 25 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>.

³ Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, A/73/348 (29 de agosto de 2018). Disponible en: <https://undocs.org/es/A/73/348>.

⁴ Se destaca su utilización a lo largo de la obra como recurso metafórico, pero que, a su vez, guarda estrecha relación con su significado técnico. Su explicación técnica se encuentra en el cuerpo del trabajo.

considerando ciertos criterios que son necesarios optimizar y teniendo en cuenta los recursos disponibles”.⁵

La IA puede ser utilizada tanto en componentes en los que se produzca su interacción física con el plano fáctico de manera directa (por ejemplo, a través de un robot autónomo), como en sistemas basados en la IA que pueden consistir simplemente en un programa informático.⁶ Este último caso sucede cuando se observa su implementación en un proceso informático de selección y contratación de personal de trabajo.

En el primero de los casos, estos sistemas van a tener un progreso en su “racionalidad” gracias a la percepción:

[de su] entorno [...] a través de sensores, recopilando e interpretando datos, razonando sobre lo que percibe o procesando la información derivada de esos datos, decidiendo cuál es la mejor acción que puede realizar y actuando en consecuencia mediante accionadores, pudiendo así modificar el entorno.⁷

En el segundo caso, sin alejarse en extremo del primero, se avanza en la mencionada “racionalidad” en la medida en que la IA se integra con un gran número de datos.

Después de explicar sucintamente las diferencias principales en los casos más frecuentes de aplicación de la IA, se debe aclarar que existen muchas formas de integrarla. En los campos de la medicina e ingeniería, e incluso en el derecho, se hallan muchos ejemplos de cómo se pone en marcha su ejecución. Quizás en el imaginario de quienes son ajenos al tema podría surgir la idea de una entidad física, como una especie de robot que hace uso de esta amalgama de procesos. Este pensamiento no es completamente erróneo, pero no refleja totalmente la realidad. También existen entidades virtuales que utilizan IA, que van desde herramientas de Google y Spotify hasta los videojuegos. No obstante, no se deben olvidar aquellas que quizás no llaman tanto la atención, como los procesos informativos de selección y contratación de personal de trabajo.

Los encargados de la producción de los referidos sistemas con IA pretenden usarlos para hacer un proceso de filtro de los postulantes, con el fin de determinar quiénes son aptos para un trabajo y empresa. Al mismo tiempo, cabe la posibilidad de que, además del perfil entregado por el candidato, se añada información existente en internet, como *hobbies*,

⁵ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), “A definition of AI: main capabilities and disciplines”, Comisión Europea, (8 de abril de 2019). Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>, p. 1 (traducción propia).

⁶ AI HLEG, “A definition of AI”, p. 1.

⁷ AI HLEG, “A definition of AI”, p. 1 (traducción propia).

posturas ideológicas y políticas, etc., para obtener una imagen más acabada sobre la persona en cuestión.

Conviene distinguir que las organizaciones los utilizan para ahorrar dinero y tiempo. Un claro ejemplo de ello es la *startup* denominada Gild. La tarea encomendada a este sistema es recopilar los datos sociales de cada posible empleado, a partir de millones de páginas web. Como lo expresa O’Neil en su libro *Armas de destrucción matemática*: “Gild [...] revisa millones de sitios web de empleo y analiza lo que denomina los ‘datos sociales’ de cada persona. La empresa desarrolla perfiles de candidatos para sus clientes, en su mayoría empresas tecnológicas”.⁸

Es del interés de la autora de tal obra tratar dicho tema, debido a que esta *startup* adquirió mayor importancia cuando se reveló que había encontrado un conjunto de talentos que frecuentaban un sitio web de manga japonés. En otras palabras, muchas jóvenes promesas para los puestos de trabajo a los que se direccionaba la utilización de Gild frecuentaban un sitio web determinado. Solamente por ello, obtenían una mejor consideración para el puesto de trabajo que quienes no lo veían, o sí lo hacían, pero con menor frecuencia.

No obstante ello, resulta claro que programas como los mencionados no pueden predecir el futuro, a lo que se suma el hecho de que “muchos programas de Big Data, emplean valores sustitutivos”.⁹ Nuevamente, es posible retomar lo manifestado por O’Neil, quien relata que con frecuencia no se dispone de los datos relativos a los comportamientos que interesa analizar, por lo que es una práctica común reemplazarlos por datos sustitutivos o *proxies*.

Así, con los datos provenientes de los sitios web más los valores sustitutivos, que quizá se establecieron de base, se lleva a cabo la conformación de un modelo. Este constituye la representación de lo que entenderá la IA como realidad o funcionalidad para una tarea determinada. Es decir, con los programadores se establecerán los objetivos, alcances y parámetros que van a integrar una estructura que será útil como marco para los datos mencionados.

III. Sesgos y modelos

En la utilización de IA se lleva a cabo la conformación de un cuerpo de datos, posiblemente provenientes de distintas fuentes, denominado “modelo”. Una vez que se crea un modelo sobre la pequeña facción de la realidad que trabajará la IA, se procede a la

⁸ Cathy O’Neil, *Armas de destrucción matemática* (Madrid: Capitán Swing, 2017), p. 31.

⁹ O’Neil, *Armas de destrucción matemática*, p. 31.

interacción o aprendizaje de las diferentes técnicas con los datos. Entre ellas, podemos nombrar los Sistemas Expertos y las Redes Neuronales, que le aportan a la IA la aptitud requerida para aprender a resolver problemas. El siguiente paso es decidir cuál será la acción que se llevará a cabo. En este punto se produce el momento de mayor exposición de su autonomía y adaptación, en el que también, con motivo de las técnicas recién expuestas, se arrojará la decisión.

Aquel cuerpo de datos que denominamos modelo, producto de quienes son los encargados de la IA, constituye una simplificación del mundo, debido a que no es posible reducir la complejidad del espectro en estudio a una serie limitada de información. En esa medida, se reconoce la gran dificultad que existe respecto de la creación de un modelo que contemple toda la información necesaria y pertinente.

Así, al determinar qué datos serán utilizados en la IA, se eligen más elementos relevantes para incluirlos en el modelo. De esa manera, se lo transforma en una versión reducida de lo que se entiende por realidad. En este contexto, es bastante probable que queden algunos puntos sin observar. Estos puntos ciegos son consecuencia de que el modelo refleja opiniones y prioridades de sus creadores.¹⁰ Conviene resaltar que esta pequeña ventana tiene el potencial suficiente para permitir actitudes u omisiones con carácter discriminatorio.

También es preciso aludir a la calidad de los datos en la problemática de los sesgos. En muchos casos, los datos, por lo menos en el campo de la IA, lejos se encuentran de ser objetivos puesto que traen consigo subjetividades propias del programador. Solo hace falta indagar en profundidad sobre el tema para hallar bibliografía académica o documentos de carácter público relacionados con esta problemática; por no mencionar otras disciplinas o subcampos que también la abordan, como la ética de datos o el determinismo algorítmico.

Por otro lado, es estrecha la relación entre datos y algoritmos. Los últimos tienen la función de procesar datos y, a la vez, se encuentran condicionados a una limitación compartida por todos los tipos de procesamiento de datos, que se resume en que “el producto nunca puede superar la información aportada”.¹¹ El algoritmo no introduce sesgos, sino que reproduce y profundiza aquellos que ya se tienen en virtud del hecho primero.

Como un espejo de lo dicho hasta ahora, es posible utilizar como ejemplo el documento titulado “Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la

¹⁰ O’Neil, *Armas de destrucción matemática*.

¹¹ AGNU, Informe del Relator Especial, A/73/348.

excelencia y la confianza”, pues incluye una exposición sobre la mencionada dualidad de los sesgos. Allí se expresa que:

estos riesgos pueden ser resultado de defectos en el diseño general de los sistemas de IA (especialmente en lo que se refiere a la supervisión humana) o del uso de datos que puedan ser sesgados sin una corrección previa (por ejemplo, se entrena un sistema utilizando única o principalmente datos relativos a hombres, y ello se traduce en resultados peores con relación a las mujeres).¹²

Puede ser que se utilice IA con un objetivo específico, como la mejora de un determinado factor de la agricultura, pero también para alcanzar un objetivo que involucre personas o colectivos sociales. De producirse este segundo caso, se debe tener presente que todo sesgo posee el potencial necesario para dañar a una persona o colectividad. Por consiguiente, es menester entender qué interpretación se le va a asignar al concepto de igualdad, dado que sus alcances y aplicaciones van a variar conforme a ella.

IV. Derecho a la igualdad

A lo largo del tiempo, en diferentes contextos y países, se han originado diversas formas de entender el derecho a la igualdad. Quienes se dedicaron a enriquecer el debate sobre cuál debía ser la concepción prevaleciente al respecto, se ciñeron al análisis de un amplio abanico bibliográfico, con el ánimo de cumplir su deber como operadores del derecho.

Aquellos debates, más allá del atractivo teórico que pueden suscitar en quienes se interesan por el tema, poseen gran relevancia en la medida en que sus resultados influyen en la vida cotidiana. Sus efectos repercuten en la rutina de las personas y es por ello que se tiene en consideración la responsabilidad de cada participante. Asimismo, no se puede negar que la interpretación que prevalezca sobre el derecho a la igualdad traerá consigo muchos cambios en distintos ámbitos.

Como podría suponerse, en la letra de la doctrina argentina, así como en la ley y la jurisprudencia, se hallan distintas interpretaciones del mencionado derecho. El recorrido comenzó por los postulados en los que se comprendía a este derecho en un sentido formal,

¹² Comisión Europea, “Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, COM (2020) 65 final, (19 de febrero de 2020). Disponible en: https://resolucionesqueafectanalconsumoyderechocivilhome.files.wordpress.com/2020/03/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es-1.pdf, p. 13.

luego se lo entendió como no discriminación, para así terminar con la visión del no sometimiento o de la igualdad estructural.¹³

En términos de igualdad formal, se pretende que quienes pertenecen a una misma categoría, fijada por la ley, reciban el mismo trato. Por tanto, esta es la versión más restringida de este derecho.¹⁴ Se deberá ofrecer igual trato a todas las personas que se encuentren dentro de la clasificación que realiza la norma, de modo que está permitido un trato diferente para todas las personas que no sean parte de dicha categoría. En la práctica, esta idea se relaciona con la frase “separados pero iguales” de la sentencia del reconocido fallo “Plessy v. Ferguson” de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la que se habilitó una distinción con base en la raza.¹⁵

Si se avanza en esta línea del debate, tras analizar dicha noción del derecho, quizá sea posible visualizar eventuales conflictos. Con motivo de ello, surge en la doctrina argentina una nueva forma de entender el derecho a la igualdad, que se asume como un complemento y no como un concepto distinto de aquel que se ha tenido en un sentido formal. Adicionalmente, según los doctrinarios, ahora debe aparecer la pregunta sobre la razonabilidad de la distinción que va a realizarse.

Así pues, a través de la doctrina y la jurisprudencia, se ha estipulado que se podrá llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre personas siempre que se haga de forma homogénea, uniforme y no arbitraria.¹⁶ Sin embargo, reunir estas tres características no es suficiente. De ahí que, interpretado en clave de no discriminación, se inste a establecer distinciones entre las personas solo cuando ese trato se encuentre justificado en la aplicación de un criterio razonable y objetivo.¹⁷

Para realizar el examen de razonabilidad existen distintos modelos, tales como el estadounidense, el europeo o el integrado, y cada uno de ellos permite complejizar la evaluación del grado de irracionalidad de la distinción.¹⁸ Es pertinente recordar que esta

¹³ Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007).

¹⁴ Raúl G. Ferreyra, “Gobernar es igualar. Isonomía, oportunidades y justicia social en Argentina”, *Revista Académica* 14, nro. 28 (2016): p. 198.

¹⁵ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁶ Liliana M. Ronconi, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento, Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2018).

¹⁷ Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”.

¹⁸ Carlos Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad”, en *Desafíos a la ponderación*, ed. Gustavo A. Beade y Laura Clérico, (Bogotá: Universidad del Externado Colombia, 2011), pp. 299-347.

noción busca la correcta relación entre medios y fines, un nexo que algunos autores llaman de funcionalidad.¹⁹ Dicho de otra manera, se trata de la vinculación en razón de los medios y fines perseguidos.

A pesar del gran avance de esta interpretación, con respecto a aquella que la antecede, se debe tener en cuenta que esta revela un conflicto, pues no observa ni aprecia las desigualdades que se muestran en el campo fáctico y que fueron presentadas como estructurales. A esta clase de desigualdad se hallan sometidos ciertos grupos a los que se percibe como históricamente desaventajados. De ahí que, en relación con el criterio de razonabilidad, en ciertas ocasiones el derecho de igualdad como no discriminación pueda arrojar resultados contraintuitivos, derivados del desconocimiento del contexto social.²⁰

Al mismo tiempo, ciertos criterios de distinción, entendidos como el objeto de análisis en la relación de funcionalidad, están bajo sospecha. Conviene dejar en claro que se hace referencia a las denominadas categorías sospechosas²¹ que requieren de un análisis estricto.²² Este particular tratamiento se debe a que acarrear distinciones que exhiben una discriminación injustificada, salvo que se demuestre lo contrario. Una muestra de su expresión en la ley se halla en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³

Por último, como se sugirió, uno de los puntos débiles de la interpretación en cuestión es que no considera aquellas particularidades emergentes del contexto social y económico. El trato neutral²⁴ al que son sometidos los individuos pareciera mostrar que “tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales”,²⁵ lo cual no permite advertir las desigualdades a las que ciertos grupos se encuentran expuestos. Debido a ello, el

¹⁹ Roberto Saba, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, *Fundación Equitas*, ed. por Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (Santiago: Ril Editores, 2013): pp. 85-125.

²⁰ Saba, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, pp. 85-125.

²¹ Las nombradas categorías forman parte del bloque constitucional, con motivo de su incorporación a diferentes cuerpos internacionales como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su artículo primero enuncia lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²² Este tema puede ser atractivo para todos aquellos interesados en la temática, sin embargo, no se profundizará en él porque se aleja del objeto del trabajo.

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969. Disponible en: <http://relapt.usta.edu.co/images/1969-Convencion-Americana-sobre-Derechos-Humanos.pdf>.

²⁴ Sergio R. Núñez y Ruiz-Díaz, *El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad* (Buenos Aires: Eudeba, 2017).

²⁵ Catharine A. MacKinnon, “Integrando el feminismo en la educación pública”, *Revista Academia* 3, nro. 6 (2005): p. 168.

trato neutral que pueden recibir los individuos que conforman los grupos desaventajados, desde una perspectiva histórica, conlleva un trato discriminatorio.²⁶

En cuanto a la última concepción del derecho a la igualdad, y según lo dicho sobre las categorías sospechosas y el trato neutral –con motivo de la presunción de un *statu quo* de hecho igualitario–, entendido como no discriminación, se puede advertir que en ciertas ocasiones no será suficiente con suprimir la distinción injustificada, sino que además se deberán llevar a cabo ciertas acciones positivas para lograr una igualdad de hecho. El grupo relacionado con esta última circunstancia estará constituido por las personas pertenecientes a un grupo históricamente desfavorecido.²⁷ Esta visión es denominada igualdad estructural o no sometimiento. Si bien esta toma como base a la anterior, tiene en consideración, al momento de evaluar, si la acción cuestionada es o no desigualitaria. Se analiza si la persona que se vería afectada integra un grupo en desventaja. De ese modo, hay un cambio de un enfoque individual de discriminación a uno de naturaleza colectiva o grupal, donde la discriminación estructural afecta a un grupo.²⁸

Así, para llevar a la práctica esta postura se requiere apreciar la situación en concreto, con el fin de comprender si la acción en la que el individuo resulta afectado se llevó a cabo como una práctica que implica la exclusión social a ciertos grupos. Se deja de lado, entonces, la presunción de un *statu quo* de hecho igualitario, para considerar los datos y circunstancias previas al juicio de comparación. Con ello se busca evitar la formación de grupos sometidos o en desventaja y, además, que se perpetúe en el tiempo esa condición.

En anteriores párrafos se explicó el funcionamiento de la IA y cómo las personas a cargo de su confección guardan relación con su funcionamiento. Si nos esforzamos en comenzar a relacionar los distintos conceptos de este trabajo (y, en particular, la recién sostenida noción de igualdad estructural), deberíamos analizar la primera fase de los procesos de selección y contratación con IA, específicamente, la conformación de perfiles según los alcances sostenidos precedentemente. Esto con la intención de comprender si la acción aquí cuestionada implica una práctica que someta a un grupo desaventajado. Si se discrimina a miembros de un grupo de este tipo y, como consecuencia de ello, se les niega el acceso a un puesto de trabajo,²⁹ se estará ante el agravamiento del acto discriminatorio que afecta al

²⁶ Núñez y Ruiz-Díaz, *El fin del principio de igualdad*.

²⁷ Ronconi, *Derecho a la educación*.

²⁸ Ronconi, *Derecho a la educación*.

²⁹ Dentro de los parámetros de la noción de igualdad estructural.

grupo. Ya no se vulnera únicamente al aspirante al puesto, sino que se produce un daño al colectivo.

V. En los procesos de selección y contratación, ¿aplica el derecho civil o el derecho del trabajo?

En los primeros párrafos de esta obra se dividió el proceso de selección y contratación de personal en dos momentos distintos, marcando la diferencia en si contaba con IA o no.³⁰ En los procesos con IA se pueden producir, principalmente, dos situaciones. La primera de ellas se dará cuando, de manera individual e independiente, el programador configura el modelo, con lo que puede incurrir en sesgos, de modo consciente o inconsciente. Aquí, tal persona produce su obra con las determinaciones personales y profesionales que considere adecuadas y no se circunscribe a la órbita de ningún ente externo, particular, empresa, etc.

La segunda situación puede ocurrir cuando, en el plano colectivo, en clave de empresas, el programador reciba por parte de la entidad externa los conceptos o categorías que hacen al general de la institución e incluso los criterios utilizados para la determinación del personal de trabajo. Esta circunstancia tendrá lugar cuando se contrate al programador para elaborar una IA con datos específicos de acuerdo con el interés de la empresa.

Explicadas ambas situaciones, podemos encontrar un vínculo con los procesos de selección y contratación sin IA. Siguiendo esta línea, quizás estaríamos de acuerdo en que, al momento de realizar el proceso de selección y contratación, los sesgos no son un asunto nuevo, sino que simplemente han cambiado su forma de presentarse, pues ahora se dan bajo una nueva modalidad. Resulta evidente para quien escribe que los empleadores también pueden tener sesgos con el método sin IA, solo que ahora ellos han dejado de aparecer en escena y es la IA quien toma la decisión contra el derecho.

En estrecha relación con los procesos en cuestión, la respuesta a si resulta aplicable el derecho civil o el derecho del trabajo es clave, puesto que ambos presentan diferencias no menores. Al comenzar a leer sobre el primero, se entiende que las partes se encuentran en pie de igualdad, lo que constituye una situación incompatible con el segundo. Esto se debe al contexto histórico en el que se originó a lo que hoy se asume como derecho del trabajo. Sin el ánimo de narrar la situación de extrema desigualdad a la que se encontraban sometidos los

³⁰ En principio, se reconoce que gran parte del análisis doctrinario y del jurisprudencial no incluye en su debate el hecho de que estos procesos están conformados por IA. No obstante, se considera que sigue siendo de utilidad, debido a que los sesgos solo cambiarían de lugar.

trabajadores bajo el manto del contrato civil que los regía, y el lento pero constante avance del que gozaron y gozan con el contrato de trabajo, se está de acuerdo en que ambas ramas del derecho representan realidades distintas.

El gran jurista español Palomeque se refirió a la razón de ser del derecho del trabajo como un “mecanismo de mediación e institucionalización del conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de sus protagonistas”.³¹ Gracias a aquella esencia protectora que caracteriza a las relaciones de trabajo, en las que el trabajador resulta ser el agente débil del vínculo, es que se introducen en el ordenamiento de Argentina una serie de normas y principios. Por ejemplo, la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), en su noveno artículo, consolida el principio *in dubio pro operario*: una directiva para el juez o encargado de resolver en el sentido más favorable al trabajador. Esta regla, aplicable en materia probatoria, no es compatible con la igualdad de partes del derecho civil.

Igualmente, es importante determinar si existe o no un contrato de trabajo, con motivo del fuero aplicable. El artículo 20 de la Ley Nro. 18.345 determina cuál será la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo. Este texto brinda un amplio espectro para acceder a ella, aunque la determinación de la existencia del contrato pertinente influye en la procedencia del pedido de parte.

Otro punto a tener en cuenta para determinar si puede influir o no el derecho del trabajo en la resolución del conflicto reside en el análisis sobre la etapa precontractual. En las tratativas para la concreción del contrato de trabajo se hallan distintos principios generales del derecho, como la libertad de elegir (tanto en su visión positiva como negativa), la buena fe y la no discriminación.

Cabe aclarar que la Constitución Nacional argentina (CN), si bien garantiza la libertad de contratar, con ello incluye lo contrario: la libertad de no contratar. Respecto de su versión negativa, si consideramos el debate doctrinario en el que se discute cuál es la norma que lo respalda, ya sea el artículo 33, como lo sostuvo Campos en 1974, o el artículo 14, según el punto de vista de Ekmekdjian en 1993; podremos entender que existe respaldo constitucional.

De ahí se deriva que el empleador cuenta con libertad para llevar a cabo la elección de su personal de trabajo. No obstante, tal derecho rápidamente encuentra un límite que, a su

³¹ Manuel C. Palomeque López, *Derecho del trabajo e ideología* (Madrid: Tecnos, 2011), p. 33.

vez, halla respaldo en la LCT: la buena fe. Como se determina en el artículo 63 de dicha norma, las partes están obligadas a obrar de buena fe, lo que conlleva “que la referida discrecionalidad debe estar acompañada de la razonabilidad en su ejercicio porque, de lo contrario, resultaría arbitraria y si ello ocasionó un perjuicio hacia otra persona, nacerá la obligación de reparar el daño causado”.³²

En relación con ello, se encuentra el tercer principio mencionado. En el cuerpo normativo del derecho del trabajo también existe una norma con jerarquía supralegal: el Convenio Nro. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).³³ Allí se determina el concepto de discriminación y, al aclarar su terminología y marco temporal, establece que “los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la *admisión en el empleo* y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.³⁴ Ello implica que podríamos hallar resguardo contra la discriminación incluso en la admisión al empleo. La importancia de tal interpretación no es menor, ya que podría llegar a abarcar a alguno de los momentos que separamos de los procesos de selección y contratación.

Como se manifestó, tal principio se halla en la etapa precontractual, por lo que coexiste con la libertad de contratación del empleador. Esta persona es libre de elegir a su candidato, sin embargo:

habrá discriminación respecto del candidato, si pese a ser elegido, luego su contratación no se concreta, por ejemplo, por motivos de religión, opinión política u origen social o cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades.³⁵

Con lo recién expuesto, más las nociones de IA y de igualdad como no sometimiento, podríamos considerar que enfrentarnos un posible problema. En lo que respecta a los procesos de selección y contratación con IA, hemos sostenido que ellos se encargan de la elaboración de perfiles a partir de la recopilación de datos (aquellos entregados por el candidato, pero también datos sociales y sustitutivos) que determinan si estos encajan en el modelo establecido y, en consecuencia, si son aptos para la empresa. Es decir, existe la

³² Diego J. Tula, “Discriminación laboral. Responsabilidad de la empresa por la no contratación del trabajador que realizó el precontractual”, *La Ley* 2013-A, 279.

³³ *C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1958. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111.

³⁴ *C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, art. 1.

³⁵ Miguel A. Piroló, “Precontractualidad. Suspensión del cumplimiento. Contratos de servicios”, en *Código Civil y Comercial y su Proyección en el Derecho del Trabajo*, ed. Jorge Rodríguez Mancini (Buenos Aires: La Ley, 2015).

posibilidad de que, como resultado de los datos sociales y sustitutivos, se añada información al perfil del prospecto, datos que van desde posturas políticas y religiosas hasta, incluso, preferencias televisivas.

Lo sostenido recobra importancia cuando, gracias a estos valores, se podría producir una mayor consideración de un sujeto por sobre otro, sin existir respaldo más allá de los datos de complementación del perfil principal. La situación puede agravarse si tal sujeto es parte de un grupo desaventajado. En este sentido, y siguiendo los parámetros de la igualdad estructural, aquellas personas encargadas de la confección de la IA y lo que denominamos modelo podrían estar incurriendo en una práctica discriminatoria.

Volviendo a la determinación del campo del derecho aplicable, en el orden de ideas recién planteado y de acuerdo con la división de los procesos de selección, se halla –con un tono casi uniforme– una postura que sostiene que el asunto en cuestión no estaría en el marco del derecho del trabajo. Esto en la medida en que no se origina un contrato de trabajo, en tanto el acuerdo de voluntades no puede estar ausente.³⁶

Entonces, tanto el contrato de trabajo como la relación de trabajo, es decir, el acuerdo de voluntades y la relación que normalmente resulta de aquel, en la que se hace efectiva la prestación de servicios; son centros de imputación de la tutela.³⁷ A pesar de ello, tampoco es posible ubicarse dentro de ellos, debido a que la posición temporal de las etapas es distinta. Dicho de otro modo, en la primera etapa del proceso bajo análisis todavía no se formaliza la promesa del contrato de trabajo. Si bien se pueden llevar a cabo distintos pasos en pos de alcanzar esa meta, todavía no se ha producido la exteriorización por parte de la empresa en la que se concluye positivamente dicha selección. Entretanto, como no se ha producido un interés por parte del empleador, no se ha incurrido en un avance en el candidato, pues tampoco se han realizado estudios o cursos impulsados por él.

Esta doctrina sostiene, en concordancia con la postura de quien escribe este texto, que la víctima del daño no es un trabajador en sentido estricto, dado que todavía no se ha incorporado y no existe contrato de trabajo. Por ello, no estaría cubierto por las leyes especiales y protectoras en materia laboral,³⁸ pese a ver lesionados los derechos consagrados en los artículos 14, 14 bis y 16 de la CN, así como aquellos estipulados en numerosos tratados internacionales.

³⁶ Adrián Goldin, *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social* (Buenos Aires: La Ley, 2013).

³⁷ Goldin, *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social*.

³⁸ Julio A. Grisolia, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008).

Ahora bien, resta analizar lo correspondiente al segundo momento del proceso de selección y contratación del personal de trabajo. Aquí se alude a la instancia en la que el candidato al puesto de trabajo ha avanzado en su camino hacia el contrato pertinente –en este punto todavía está sin consagrarse la relación de trabajo–, y es considerado con mayor fuerza para él, a causa de los diferentes exámenes o entrevistas ordinarios del curso normal en los que ha sido el sujeto pasivo.

No es abundante la exposición teórica de dicho estadio y en la doctrina existente no se encuentra un punto de equilibrio para la determinación de tal espacio, quizás por ser una “zona gris” para distintos agentes del derecho.

Antes de comenzar el análisis al respecto, es preciso hacer una aclaración respecto de dos situaciones que pueden darse, según haya o no discriminación. Para ello, es necesario observar el Convenio Nro. 111 de la OIT, en su artículo 1, inciso 2, donde se estableció que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”.³⁹

No obstante, y sin el ánimo de insistir, se dará lugar a una situación de discriminación, cuando se den los supuestos del artículo 1, inciso 1 del Convenio. Aquí no se pretende discutir o contravenir el derecho de la empresa a la libertad de contratación. Sin embargo, no se puede desviar la mirada de las prácticas que tienen por fin discriminar a las personas que tratan de ingresar a la empresa. Si bien la CN garantiza a todo empleador el derecho a la libre contratación, cabe recordar que los derechos no son absolutos. Como lo expresó Grisolia, “la prohibición de discriminar constituye, en este caso, un límite a dicha libertad, obligando al empleador a mantener un criterio neutro”.⁴⁰

Es oportuno destacar un fallo que trata este tema y se vincula con el objeto de estudio. En él se condenó a una empresa a pagar una indemnización por discriminar a un candidato, que tenía grandes posibilidades de convertirse en un trabajador, al no haberlo contratado luego de que en el examen pre-ocupacional surgiera que tenía VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana).⁴¹

³⁹ C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), art. 1, inc. 2.

⁴⁰ Grisolia, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, p. 2991.

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala I, “D. C. A. c/ Sownne Fitness Wear S.R.L. s/ daños y perjuicios”, Expte. Nro. 001086/2011, 30/10/2012. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/12/06/discriminacion-del-actor-que-transito-un-proceso-de-seleccion-para-un-puesto-y-no-fue-contratado-por-ser-portador-de-hiv/>.

En dicho fallo podemos observar cómo un prospecto a un puesto de trabajo avanzó hasta conseguir la exteriorización del interés por parte de la empresa. El candidato, que podía o no contar con las características necesarias para el puesto, fue dejado de lado por una cuestión irrelevante para la labor. En los procesos que cuentan con IA puede suceder lo mismo. A partir de la conformación de la IA, con su consecuente modelo, la persona encargada puede incurrir en sesgos. Estos pueden ser o no intencionados y puede tener lugar tanto en la incorporación de valores sustitutivos como en datos sociales. De esta manera, se pueden afectar los derechos de un candidato con base en valores discriminatorios, como sexo u orientación sexual. La situación puede agravarse si tal persona es parte de un grupo desaventajado y, con la implementación del proceso con IA, se configura una práctica discriminatoria.

En relación con el fallo recién mencionado, debemos agregar que, sobre el lapso inmediatamente anterior a la celebración del contrato de trabajo, algunos autores argumentan que el aspirante no se encontraba protegido por el derecho en cuestión, en tanto no se había perfeccionado el contrato.⁴² En este sentido, Pirolo sostiene que:

[I]as acciones judiciales relacionadas con actos de discriminación en la etapa precontractual, a nuestro entender, solo podrían ser entabladas ante la justicia con competencia en materia civil, pues, al no haberse llegado a configurar un contrato de trabajo, es obvio que no se verificaría ninguno de los supuestos que contemplan los arts. 20 y 21 de la Ley 18.345.⁴³

En el fallo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo entendió que se encontraba acreditado el interés despertado en la empresa por la altura a la que había llegado el aspirante para una eventual contratación y de no ser así, la empresa “no debió remitirlo a realizar dicho examen médico previo”.⁴⁴

Asimismo, autores como Etala hicieron énfasis en la importancia de que exista un motivo objetivo para proceder con la no contratación del personal.⁴⁵ Ello en razón de que las situaciones discriminatorias tienen origen

en la elección de un candidato sin que el acto tenga una motivación objetiva y por ende se vulnera el principio que prevé el artículo 16 de la CN por

⁴² Daniel Stortini, “Discriminación en la selección del personal”, en *En Debate: Derecho Laboral*, ed. Julio C. Simón (Buenos Aires: La Ley, 2017).

⁴³ Pirolo, “Precontractualidad. Suspensión del cumplimiento. Contratos de servicios”.

⁴⁴ Tula, “Discriminación laboral”, p. 695.

⁴⁵ Juan José Etala, “Las obligaciones emanadas de la Ley de Contratos de Trabajo surgen a partir de la existencia de un contrato pero no en la etapa de selección del personal”, en *En Debate: Derecho Laboral*, ed. Julio C. Simón (Buenos Aires: La Ley, 2017), pp. 668-697.

cuanto el sujeto ha sido marginado debido a ciertos elementos personales que él no puede en principio alterar ni modificar.⁴⁶

En su sentencia, la Cámara ordenó a la demandada abonar al actor una suma en concepto de reparación de los daños sufridos por la discriminación arbitraria, con sustento en el artículo 1 de la Ley Nro. 23.592.

VI. Conclusión

En este texto se observó cómo la IA, en los procesos de selección y contratación de personal, puede traer sesgos y, en consecuencia, propiciar conductas discriminatorias. Además, se utilizó como guía la noción de igualdad como no sometimiento y resultó de interés su observancia en los procesos bajo análisis debido a que, de perpetuarse conductas discriminatorias, se podría producir una mayor desventaja para los grupos sometidos. Es decir que, si a integrantes de un grupo históricamente desfavorecido se los discrimina y se les niega el acceso a un puesto de trabajo como consecuencia de sesgos implementados en los modelos de IA, se produciría un agravamiento de la situación de dicho grupo.

De igual forma, como destacamos al comienzo, existe una gran dificultad en la determinación y elaboración de un modelo, ya que con este se persigue la reducción de la realidad. No obstante ello, no podemos ignorar que los puntos ciegos o sesgos que contienen pueden repercutir en actitudes con potencialidad de generar daños.

Además, se reconoce la situación de especial vulnerabilidad pasada, presente y, posiblemente, futura de determinados grupos y sus integrantes, y que las acciones discriminatorias a las que son expuestos profundizan aquella situación perjudicial. El hecho de reconocer esta situación implica identificar, diferenciar y distinguir, en los procesos de selección y contratación de personal, las prácticas, acciones o situaciones a las que pueden ser cotidianamente sometidos.

Así, para evitar dicho agravamiento, indagamos sobre el ámbito jurídico que reviste a los procesos de selección y contratación, sin dejar de lado las diferencias entre una y otra rama del derecho. Esto se realizó teniendo en cuenta las características de los ordenamientos analizados y resulta evidente que en ellos el análisis de la problemática en cuestión no será la misma, pues sus tratamientos y efectos son diferentes.

A partir de lo sostenido en este texto se entiende que, en lo que respecta al primer momento del proceso de selección y contratación del personal de trabajo con inteligencia

⁴⁶ Stortini, "Discriminación en la selección del personal", p. 703.

artificial, al encontrarse en la etapa precontractual y no configurarse un contrato de trabajo, debemos ampararnos en el derecho civil. Conviene aclarar que en este se enfatiza la idea de la no configuración del contrato de trabajo, a causa de los argumentos expuestos por la doctrina, así como la nula exteriorización de un interés por parte de la empresa y de un consecuente acuerdo de voluntades. Si bien podría accederse al fuero del trabajo, se entiende, según los argumentos expuestos, que no habrá futuro allí. Si bien debemos considerar que todo dependerá de la situación específica, se puede concluir que es al fuero civil al que le corresponde ocuparse del asunto.

A su vez, al segundo momento en los procesos de selección y contratación corresponden las mismas consideraciones mencionadas, pero en este camino podremos observar una mayor incertidumbre. Según los argumentos esgrimidos y el fallo estudiado, la doctrina ha sostenido que no se configuraría un contrato de trabajo. Sin embargo –y aquí es donde surge el elemento que diferencia radicalmente a los casos–, existe una exteriorización del interés por parte de la empresa. Esta es entendida como un avance y diferenciación de los postulantes respecto del colectivo inicial, en una instancia próxima a la finalización del proceso. Siguiendo esta línea, con respaldo en los argumentos expresados y lo estipulado por la jurisprudencia, se entiende que procederá tanto el fuero laboral como el civil.

Reconocemos la existencia de grupos desaventajados como también la posible implementación de procesos de selección y contratación con IA. A su vez, entendemos que estos pueden traer consigo sesgos, generados tal vez por la incorporación de valores sustitutivos y datos sociales. Sesgos que pueden ocasionar que se incurriese en un acto discriminatorio con el candidato, por ejemplo, en la contemplación de aspectos políticos, ideológicos o culinarios, entre otros, irrelevantes para la obtención o mejor consideración del puesto de trabajo. Tal circunstancia puede verse agravada si el individuo pertenece a un grupo vulnerable. Es por todo lo expuesto que reviste importancia la determinación del campo del derecho aplicable, ya que de esta manera encontraremos las herramientas para contrarrestar la lesividad de esta práctica.

VII. Bibliografía

Bernal Pulido, Carlos. “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad”. En *Desafíos a la ponderación*, editado por Gustavo A. Beade y Laura Clérico. Bogotá: Universidad del Externado Colombia, 2011.

- Bidart Campos, Germán, J. *Manual de Derecho Constitucional*. 3.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 1974.
- Ekmekdjian, Miguel A. *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- Etala, Juan José. “Las obligaciones emanadas de la Ley de Contratos de Trabajo surgen a partir de la existencia de un contrato pero no en la etapa de selección del personal”. En *En Debate: Derecho Laboral*, editado por Julio C. Simón. Buenos Aires: La Ley, 2017.
- Ferreira, Raúl G. “Gobernar es igualar. Isonomía, oportunidades y justicia social en Argentina”. *Revista Academia* 14, nro. 28 (2016).
- Goldin, Adrián. *Curso del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- Grisolia, Julio A. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, t. I. 3.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- MacKinnon, Catharine A. “Integrando el feminismo en la educación pública”. *Revista Academia* 3, nro. 6, (2005).
- Moriello, Sergio A. *Inteligencia natural y sintética. Una aproximación transdisciplinaria*. Buenos Aires: Nueva Librería, 2005.
- Núñez y Ruiz-Díaz, Sergio R. *El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad*. Buenos Aires: Eudeba, 2017.
- O’Neil, Cathy. *Armas de destrucción matemática*. Madrid: Capitán Swing, 2017.
- Palomeque López, Manuel C. *Derecho del trabajo e ideología*. 7.^a ed. Madrid: Tecnos, 2011.
- Piroló, Miguel A. “Precontractualidad. Suspensión del cumplimiento. Contratos de servicios”. En *Código Civil y Comercial y su Proyección en el Derecho del Trabajo*, editado por Jorge Rodríguez Mancini. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Ronconi, Liliana M. *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento, Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2018.
- Saba, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. En *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, coordinado por Marcelo Alegre y Roberto Gargarella. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- Saba, Roberto. “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”. En *Fundación Equitas*, editado por Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero. Santiago: Ril Editores, 2013.

Stortini, Daniel. “Discriminación en la selección del personal”. En *En Debate: Derecho Laboral*, editado por Julio C. Simón. Buenos Aires: La Ley, 2017.

Tula, Diego J. “Discriminación laboral. Responsabilidad de la empresa por la no contratación del trabajador que realizó el preocupacional”. Buenos Aires: La Ley 2013.