

La discriminación en los procesos de reclutamiento y selección generada por la implementación de la inteligencia artificial

Adelina Rodríguez Vásquez²⁵

Resumen. En el presente estudio se expone la problemática de la utilización de la inteligencia artificial para coadyuvar a los patronos al proceso de reclutamiento y selección del talento humano y la posibilidad de que se incurra por acción u omisión en posibles prácticas discriminatorias. La autora propone una serie de medidas, entre políticas y jurídicas, para evitar que las empresas y demás patronos puedan incurrir en actos discriminatorios por el uso irresponsable de la inteligencia artificial.

Palabras clave. Reclutamiento y selección de personal, inteligencia artificial, discriminación en el empleo.

Abstract. The present study explores the challenges posed by the utilization of artificial intelligence in aiding employers with the recruitment and selection of human capital, particularly regarding the risk of inadvertent or intentional discriminatory practices. The author advances a series of policy and legal recommendations aimed at mitigating the likelihood of employers committing discriminatory acts arising from the careless deployment of artificial intelligence.

Keywords. Hiring and selection, artificial intelligence, employment discrimination.

Introducción

En el vértice en donde interactúan la innovación tecnológica y el derecho laboral, surge un fenómeno relevante y complejo: la discriminación en los procesos de selección de personal mediante el uso de inteligencia artificial.

Vivimos en una era digital en la que actividades tradicionalmente realizadas por personas, son asignadas a herramientas tecnológicas con capacidad de análisis, como los algoritmos, *software* o sistemas automatizados. Los sistemas mencionados prometen eficiencia y objetividad, sin embargo; detrás de esa aparente neutralidad, se esconden dilemas éticos y legales que rozan con la equidad, la transparencia y los derechos fundamentales de las personas en el mercado laboral.

25 Defensora Pública Laboral.

La implementación de la inteligencia artificial en los procesos de selección ha recibido una buena acogida, en virtud de la capacidad de estas herramientas para analizar grandes volúmenes de datos y realizar evaluaciones basadas en criterios predeterminados de manera rápida, eficaz y aparentemente imparcial. La promesa de este tipo de sistemas es evitar o minimizar las subjetividades humanas y con ello decisiones que no se basen en el perfil de los aplicantes. Pese a que el producto tecnológico aparenta ser totalmente neutral en la selección de personal, lo cierto es que en realidad la inteligencia artificial no está exenta de reproducir o incluso amplificar perjuicios preexistentes, perpetuando de esa manera la discriminación que pretende evitarse con su uso (Guest, 2021). Sumado a eso, la opacidad inherente a algunos algoritmos, complica la identificación de los análisis discriminatorios, dificultando en gran medida la corrección de esos sesgos. Además, por tratarse de herramientas con un pensamiento artificial, las víctimas de discriminación difícilmente pueden comprender y cuestionar las razones detrás de su rechazo en un proceso de reclutamiento y selección, limitando las vías de recursos que pueden tomar para denunciar el perjuicio.

Esta forma de comportamiento de las herramientas de inteligencia artificial, plantea una problemática desde la óptica del derecho laboral y la justicia social: ¿cómo garantizar que los algoritmos de inteligencia artificial no discriminen de manera inadvertida a candidatos debido a características protegidas por la ley, como la discapacidad, género, origen étnico u otros? ¿Qué responsabilidades tienen los empleadores y los desarrolladores de inteligencia artificial para asegurar que estos sistemas cumplan con los estándares éticos y legales de no discriminación?

Las anteriores interrogantes ponen a prueba el marco regulatorio referente al tema que existe en Costa Rica y que, además, desafían los parámetros actuales de los procesos de reclutamiento y selección con herramientas tecnológicas.

La tecnología continuará avanzando a pasos de gigante y, con más ímpetu, se seguirá impulsando la automatización y la inteligencia artificial, por ende, más que nunca es crucial regular proactivamente la protección de los derechos individuales en el ámbito laboral frente a este desafío. Los marcos regulatorios deben ser sólidos, y garantizar la adopción de mecanismos de inteligencia artificial en proceso de selección que no comprometan los principios de no discriminación, equidad y justicia para los eventuales o potenciales trabajadores.

En el presente ensayo, se pretende explicar de manera amplia el funcionamiento de la inteligencia artificial en los procesos de selección, casos concretos de discriminación en la etapa precontractual producidas por herramientas de inteligencia artificial, la legislación costarricense referente a la discriminación en el empleo, la legislación internacional que regula la inteligencia artificial y finalmente se pretende plantear una propuesta para solucionar o por lo menos regular de forma general el tema que nos ocupa.

A. ¿Cómo funciona la inteligencia artificial en los procesos precontractuales o de reclutamiento y selección?

La inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección ha transformado la forma en que las organizaciones identifican, evalúan y seleccionan candidatos para sus puestos de trabajo. La inteligencia artificial y los algoritmos utilizados en estos procesos están diseñados para mejorar la eficiencia, reducir sesgos humanos y optimizar la toma de decisiones, sin embargo, al ser programados por humanos y al funcionar en ocasiones el algoritmo de forma incomprendible o de muy difícil comprensión, puede incurrir la herramienta en discriminar personas no por su perfil académico, si no por su apellido, nacionalidad, género, preferencia sexual, lugar de residencia, entre otras. A continuación, se detalla cómo funcionan estos sistemas (Provost, 2013):

1. Programación de los sistemas: Dentro de esta etapa, interactúan equipos multidisciplinarios de expertos en distintas áreas (ingenieros en *software*, científicos de datos, psicólogos, especialistas en reclutamiento y selección, abogados, especialistas en cumplimiento normativo, entre otros).

En esta etapa de programación, las personas que participan pueden de alguna manera influir subjetivamente en la forma en que el algoritmo descartará personas. Inclusive en los casos en que se es sumamente cuidadoso, conocer el comportamiento a futuro del algoritmo es difícil, por lo que dependiendo de la información con la que se alimente, puede incurrir en sesgos discriminatorios, como ocurrió en el caso de Amazon que en otro acápite se mencionará.

2. Recolección y análisis de datos: Los sistemas de inteligencia artificial comienzan recolectando grandes volúmenes de datos relacionados con perfiles de candidatos, históricos de empleados, desempeño en el trabajo, entre otros. Una vez recopilados, los datos son analizados utilizando técnicas avanzadas de procesamiento, con el objetivo de identificar patrones y correlaciones entre las características de los candidatos y el éxito en roles específicos.

Durante esta etapa, el sistema de inteligencia artificial podría llegar a una conclusión errónea, que podría repetir en adelante, discriminando o prefiriendo personas por características no objetivas en un proceso de selección.

3. Creación de perfiles y evaluación: Con base en el análisis de datos, se desarrollan perfiles ideales para los candidatos que mejor se ajusten a las necesidades y características de la organización y del puesto de trabajo específico. Los algoritmos de inteligencia artificial evalúan automáticamente a los candidatos comparando sus perfiles con los perfiles ideales previamente establecidos.

4. Selección y toma de decisiones: Los candidatos son filtrados y clasificados automáticamente según su grado de adecuación al perfil deseado. Los algoritmos pueden asignar puntuaciones o *rankings* a los candidatos, lo que facilita la priorización de los más prometedores.

Conociendo a grandes rasgos cómo funcionan las herramientas de inteligencia artificial en procesos de selección, nos abogaremos abocaremos a entender la problemática que existe en cuando a la discriminación en el empleo producto del uso de estos mecanismos.

B. Problemática de la utilización desregulada de la inteligencia artificial en los procesos de Reclutamiento y Selección

Empresas de todo el mundo, incluyendo Costa Rica, han adoptado herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial, debido a su aparente eficiencia y capacidad para automatizar y optimizar procesos que antes requerían intervención humana. Sin embargo, la falta de una regulación adecuada en muchas jurisdicciones representa un desafío, dado que la inteligencia artificial es una tecnología relativamente nueva, la legislación no ha evolucionado al mismo ritmo de su desarrollo, lo que deja un vacío regulatorio que puede traer consecuencias no deseadas.

La inteligencia artificial a menudo opera utilizando vastas cantidades de información disponible en internet o información seleccionada con la cual es alimentada. Su capacidad para asociar datos de manera similar al pensamiento humano hace que parezca poseer habilidades de raciocinio y aprendizaje comparables a las de una persona, por lo que no es casualidad que por definición, según la Real Academia Española, la inteligencia artificial sea la *“disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”*. (Real Academia Española, s.f.)

A pesar de lo indicado, por tratarse de una mente artificial, no funciona exactamente como nuestra mente humana. Su capacidad para manejar y analizar información de manera compleja, puede llevar a resultados inesperados y potencialmente discriminatorios, incluso sin una intención explícita de discriminar. Es decir, que al procesar datos para identificar candidatos adecuados para un puesto, la inteligencia artificial podría basarse en patrones y asociaciones presentes en los datos que, aunque no estén programados explícitamente para discriminar, resulten en decisiones sesgadas y discriminatorias. Estos sesgos pueden surgir de varias fuentes, como los datos de entrenamiento utilizados para desarrollar los algoritmos de inteligencia artificial, la intencionalidad de sus programadores, los prejuicios pre-existentes relacionados con un tema al que la herramienta tenga acceso, entre otros.

Algunos expertos en derecho laboral e inteligencia artificial, se han referido ya a lo mencionado en el párrafo anterior. Por ejemplo, el profesor Jesús Lahera, experto en Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense de Madrid, sostiene que *“los algoritmos no son neutros”*. Esta afirmación subraya que los algoritmos de inteligencia artificial pueden reflejar y perpetuar sesgos presentes en los datos con los que fueron entrenados. Además, el hecho de que los humanos están detrás del desarrollo y la implementación de estas herramientas significa que la subjetividad humana puede infiltrarse en el diseño y funcionamiento de los algoritmos. (Salvatierra, 2023)

En ese mismo orden de ideas, Lucía Aragüez, experta en Derecho del Trabajo e Inteligencia Artificial en la Universidad de Málaga (citada en Salvatierra, 2023), también destaca que *“no tiene por qué existir por parte de las empresas una intencionalidad en establecer una discriminación a la hora de contratar, pero es cierto que la propia configuración del algoritmo, de manera un poco inconsciente y en este momento inicial en el uso de estas tecnologías, produce estas situaciones”*. Esta observación resalta un aspecto crucial del problema: la discriminación no siempre es el resultado de una intención consciente, sino que puede surgir de la forma en que se configuran y utilizan los algoritmos de inteligencia artificial.

La falta de regulación y la complejidad inherente de los sistemas de inteligencia artificial, generan riesgos para las empresas que las utilizan para reclutamiento y selección, máxime cuando no existe legislación que las regule ni ningún control institucional o estatal que aseguren que la Inteligencia Artificial se utilice de manera justa y equitativa.

C. Casos de discriminación por la implementación de inteligencia artificial

Como ejemplos de los sesgos que pueden surgir en el uso de la inteligencia artificial en los procesos de selección, mencionaremos dos casos conocidos en donde herramientas de este tipo han fallado, descartando personas altamente clasificadas para sus puestos, por temas subjetivos y discriminatorios. Estos casos han sido comentados en la prensa y generalmente conocidos, sin embargo, existen anécdotas de personas en donde refieren este tipo de discriminación, pero, lamentablemente, por la dificultad que implica no pueden probarlo.

En el año 2018, la empresa “Amazon” tuvo que prescindir de la herramienta de reclutamiento y selección que utilizaba por ser sexista. La herramienta mostró un claro sesgo contra las mujeres, descartándolas sobre los hombres, a pesar de que sus perfiles se adaptaban mejor a los puestos de la empresa. A pesar de que la herramienta no fue programada para descartar a las mujeres, en apariencia el error consistió en que se educó con currículos de candidatos recopilados durante la anterior década, la mayoría de ellos eran hombres.

La herramienta inteligente, dentro de su proceso de pensamiento artificial, siempre optaba por los hombres y penalizó los currículos que incluían nombres femeninos o la palabra “femenino” (como en “capitana de club de ajedrez femenino”), con independencia de su formación. Amazon editó los programas informáticos para hacerlos neutrales, pero no funcionó, por lo que terminaron “despidiendo” a su herramienta de reclutamiento y selección. (BBC, 2022)

Otro caso de discriminación, en esta ocasión racial, es el del señor Dwight Jackson, persona afrodescendiente estadounidense, que en reiteradas ocasiones aplicó al mismo empleo en un hotel en Detroit utilizando su nombre y apellido. Tras múltiples rechazos, decidió enviar el mismo *curriculum vitae* a la misma empresa, modificando su apellido por uno que sonara como de una persona caucásica y fue contactado esa misma semana para una entrevista. La persona demandó al hotel por discriminación precontractual y actualmente el caso se encuentra judicializado en los Estados Unidos de América. (Bisset and Rosenzweig, 2024) El resultado de esta sentencia judicial generará hitos importantes referentes al tema.

Aunque no siempre se hacen públicos, existen informes anecdóticos y estudios que sugieren que los sistemas de inteligencia artificial en procesos de selección pueden reproducir inadvertidamente conductas discriminatorias existentes en los datos de entrenamiento, replicando prejuicios de sus desarrolladores o simplemente concluyendo incorrectamente por medio del algoritmo que una característica no curricular es de peso para preferir a una persona sobre otra. Esta falla, puede afectar negativamente a candidatos de ciertos grupos raciales o de género que históricamente han enfrentado discriminación en el mercado laboral.

D. Derecho comparado. Legislación internacional sobre el uso de inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección.

Al tratarse la inteligencia artificial de un tema novedoso, la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra, cuentan con rezagos y lagunas legales que impiden regular la forma en que debe utilizarse e interpretarse la información obtenida por medio de ella. Sin embargo, los países están empezando a tener la necesidad de regularla. En esta sección se citan algunos de los lugares en donde lo han hecho.

Unión Europea: Europa tiene una de las legislaciones más completas en cuanto a la regulación de la inteligencia artificial. Se ha promulgado la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, que es la primera ley integral en el mundo referente al tema. La prioridad del parlamento es garantizar que los sistemas de inteligencia artificial utilizados en la Unión Europea sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente. Los sistemas de inteligencia artificial deben ser supervisados por personas, en lugar de por la automatización, para evitar resultados perjudiciales. El Parlamento también quiere establecer una definición uniforme y tecnológicamente neutra de la inteligencia artificial, que pueda aplicarse a futuros sistemas. (Parlamento Europeo)

La información sobre la ley que a continuación se expondrá, se ha tomado de la página web de la Unión Europea referente al tema y de la ley. La ley clasifica las aplicaciones de inteligencia artificial en tres categorías de riesgo:

1. Aplicaciones y sistemas que supongan un riesgo inaceptable, son prohibidas. Un ejemplo de este tipo de sistemas son los de puntuación social gestionados por el gobierno, para evaluar y calificar el comportamiento de los ciudadanos y las empresas en varios aspectos de la vida cotidiana y la actividad económica.

2. Aplicaciones de alto riesgo, como las herramientas de escaneo de *curriculum vitae* que clasifica a los solicitantes de empleo. Este tipo de inteligencias deberán estar sujetas a requisitos legales específicos, claros y serán sujetos a obligaciones de transparencia más ligeras: los desarrolladores e implantadores deben garantizar que los usuarios finales sean conscientes de que están interactuando con inteligencia artificial (*chatbots* y *deepfakes*).

Para este artículo, es de interés esta segunda categoría. La ley europea decanta responsabilidades, la mayoría de las obligaciones recaen sobre los proveedores y desarrolladores de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. También sobre los que pretendan comercializar o poner en servicio sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en la Unión Europea independientemente de que tengan su sede en la Unión Europea o en un tercer país. Finalmente, responsabiliza a proveedores de terceros países en los que el producto del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo se utiliza en la Unión Europea. Los usuarios, personas físicas o jurídicas, que utilizan los sistemas de inteligencia artificial a título profesional, también tienen algún grado de responsabilidad, aunque menos que los proveedores.

Esta delegación de la responsabilidad es básica delimitarla. En nuestro país al no existir legislación, tampoco es posible responsabilizar a los creadores de *software* por discriminación en el empleo, salvo interpretando ampliamente el artículo 1045 del Código Civil, que establece que aquel que causa un daño, está obligado a repararlo. La acción procedente desde la legislación laboral en caso de determinar que una herramienta de inteligencia artificial discrimina en la etapa precontractual, sería la interposición de un fuero de protección por discriminación, en donde la demandada sería la empresa que ha reclutado por medio del *software* que discrimina y las consecuencias legales serían en contra de esa empresa, únicamente.

3. Las aplicaciones que no están explícitamente prohibidas o catalogadas como de alto riesgo: esta sección queda en gran medida sin regular.

Estados Unidos: En Estados Unidos, algunos estados y ciudades han comenzado a implementar regulaciones específicas sobre el uso de la inteligencia artificial en la contratación. Por ejemplo, la ciudad de Nueva York aprobó una ley que requiere que las herramientas de inteligencia artificial utilizadas en los procesos de selección sean auditadas

anualmente para detectar sesgos y que los resultados de estas auditorías sean accesibles al público (New York Times, 2023).

China: La normativa sobre inteligencia artificial que regirá a todo el ecosistema de innovación en China se proyecta que entre vigor a finales de 2024. En los últimos años el gigante asiático ha puesto en marcha tres regulaciones sobre los algoritmos, tanto para controlar la discriminación, como para identificar contenidos y asegurar que la información sea confiable. Un artículo de Sarah Zheng y Jane Zhang publicado en la revista Time (agosto, 2023), dio cuenta de esta necesidad de conciliar seguridad e innovación, que estará expresada en siete agencias, siendo las más importantes la Administración del Ciberespacio de China (CAC) y la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma. Entre las medidas propuestas por China se destaca la exigencia de etiquetas llamativas a los contenidos que sean creados artificialmente, esto no sólo incluye textos sino también fotografías y videos. A ello se agrega -señala el artículo en Time- la exigencia de que las empresas chinas proporcionen mecanismos claros para responder a las quejas públicas que surjan desde la ciudadanía respecto de sus contenidos y servicios. Las tres regulaciones que destaca Sheehan sobre los algoritmos son la de algoritmos de recomendación (2021), las reglas para la síntesis profunda de contenido generado sintéticamente (2022); y el proyecto de reglas sobre IA generativa (2023). La regulación de 2021 prohíbe la recomendación y protege a los trabajadores sujetos a la programación algorítmica. La de 2022 exige que se pongan etiquetas llamativas a los contenidos generados artificialmente y la de 2023 manda que los datos utilizados para entrenar y entregar resultados se fundamenten en datos verdaderos y precisos. A ello se agrega la necesidad de que los desarrolladores presenten sus algoritmos en un Registro de Algoritmos de China, que es un repositorio público construido con el propósito de recopilar información sobre seguridad. (Observatorio Parlamentario de Asia y el Pac, 2024)

Reino Unido: El Reino Unido ha establecido el Centro para la Ética y la Innovación en la Inteligencia Artificial (CDEI, por sus siglas en inglés), que trabaja para garantizar que las herramientas de inteligencia artificial se desarrollen y utilicen de manera ética. Este centro colabora con el gobierno, la industria y el público para desarrollar políticas y prácticas que promuevan la confianza en la inteligencia artificial (Centre for Data Ethics and Innovation, 2022).

Canadá: El gobierno de Canadá ha implementado la *Directiva sobre la Toma de Decisiones Automatizadas*, la cual establece principios y requisitos para el uso de sistemas automatizados en la toma de decisiones, incluyendo la necesidad de evaluaciones de impacto y la transparencia en los procesos de selección. (Canada.ca, s.f.)

Brasil: A finales de septiembre de 2021, el Congreso de Brasil aprobó un proyecto de ley que crea un marco legal para la inteligencia artificial. La propuesta presentada al Senado brasileño prevé la creación del Sistema Nacional de Regulación y Gobernanza de Inteligencia Artificial (SIA) (Beheshti, 2020; Cavalcante, 2023).

Panamá: Actualmente, en nuestro país vecino se ha abordado una ley modelo sobre inteligencia artificial. El Parlamento Latinoamericano y Caribeño, o Parlatino, la considera un avance y un reto para América Latina. La ley cuenta con 18 artículos, que regulan de forma general el tema en cuestión (Asamblea General de Panamá, 2024).

Costa Rica: El Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) firmó una carta de compromiso con UNESCO, mediante la cual se acuerda un plan de acción para que Costa Rica desarrolle una estrategia de inteligencia artificial de acuerdo con la “Recomendación sobre la ética en la inteligencia artificial” de UNESCO, apoyada también por la Cooperación Andina de Fomento (CAF). Ambas partes, con esta carta, se comprometen a desarrollar una política nacional de inteligencia artificial, acompañar en la realización de talleres, identificar los proyectos en inteligencia artificial en el país. Se busca incorporar la ética en temas de inteligencia artificial. (UNESCO, 2023). A pesar de que se proyectaba que sería publicado en octubre de 2023, el proyecto ha presentado atrasos y a la fecha no se ha publicado.

La comparación internacional muestra que, aunque algunos países han avanzado significativamente en la regulación del uso de la inteligencia artificial, aún queda mucho por hacer a nivel global. La implementación de marcos regulatorios claros y específicos, junto con la promoción de prácticas empresariales responsables y la participación activa de la sociedad, son esenciales para asegurar un uso justo y equitativo de estas tecnologías. Costa Rica, al igual que muchos otros países, debe avanzar en la creación de una legislación que aborde estos desafíos, garantizando así que la inteligencia artificial se utilice de manera ética y que evite a toda costa la discriminación.

E. Legislación costarricense sobre la discriminación en el empleo y sobre el uso de la inteligencia artificial en la etapa de reclutamiento y selección.

En Costa Rica no existe regulación sobre el uso de la inteligencia artificial en la etapa de reclutamiento y selección, sin embargo; la legislación laboral en contra de la discriminación en el empleo, es tan amplia e inclusiva, que a pesar de no mencionar que es prohibida la discriminación mediante el uso de inteligencia artificial, se puede interpretar que lo hace, pues refiere a la discriminación de una forma general, sin generar exclusiones o limitaciones sobre los mecanismos por medio de los cuales se discrimina.

El título octavo de nuestro Código de Trabajo, refiere a la prohibición de discriminar y cuenta con siete artículos, a saber: del 404 al 410. Su contenido se expone a continuación.

El artículo 404 del Código de Trabajo prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, condición de salud, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación. El artículo 405, establece que, ante iguales condiciones subjetivas y objetivas, los trabajadores deberán disfrutar de los mismos derechos sin discriminación alguna.

Los artículos 407 y 408 del Código de Trabajo, revisten de especial importancia en este estudio, pues expresamente prohíben la discriminación en la etapa precontractual. Se establece que toda persona gozará de las mismas oportunidades para obtener un empleo y ser elegible en el ramo de su especialidad, siempre que reúna los requisitos formales solicitados por la persona empleadora.

La anterior protección legal no hace diferencia mediante qué mecanismo se discriminó a una persona, únicamente sanciona este tipo de prácticas patronales.

En esta misma línea de la prohibición absoluta de la discriminación, el Código de Trabajo en el artículo 410 establece la sanción de despido sin responsabilidad para los personeros de recursos humanos o encargados de reclutamiento y selección que incurran en discriminación, permitiendo que se aplique el despido en caso de existir discriminación en el empleo en el proceso de reclutamiento, responsabilizando al reclutador directamente. En caso de que esta persona utilice herramientas de inteligencia artificial que incurran en actos discriminatorios, eventualmente podría despedirse sin responsabilidad patronal por el ejercicio de sus funciones, pues la ley expresamente lo autoriza. Evidentemente, este sería el panorama más negativo de la interpretación de la norma. En caso de ocurrir una situación como la descrita, en un proceso judicial deberá analizarse la intencionalidad y otros factores, pues la conducta discriminatoria debe ser consciente y no accidental y así se ha señalado en jurisprudencia nacional, como por ejemplo el voto de la Sala Segunda número 1654 – 2018. Sin embargo, es interesante la discusión sobre el planteamiento del artículo a la luz de los reclutamientos por medio de inteligencia artificial.

A pesar de que la legislación nacional sobre la discriminación en el empleo podría englobar discriminación por medio de mecanismos de inteligencia artificial, no es suficientemente robusta, puesto que el legislador no lo contempló directamente y al no diseñarse la ley considerando este tipo de mecanismos, resulta complejo tener herramientas para demostrar discriminación en este tipo de casos. Es decir, aunque la ley prohíbe la discriminación, la carga probatoria mínima que recae sobre la persona víctima de discriminación, es lo suficiente amplia como para no poder lograr demostrarla.

En casos de discriminación en la etapa precontractual, a pesar de que el artículo 478 del Código de Trabajo inciso 10 establece que le corresponde al patrono justificar la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas señaladas discriminatorias; lo cierto es que la carga de prueba decanta, en una pequeña medida, en la persona discriminada, quien según el artículo 409 del Código de Trabajo y la jurisprudencia que desarrolla el tema, está obligada a señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación, y debe acreditar, aunque sea con indicios, que ha sido víctima de discriminación en el empleo. El siguiente voto jurisprudencial expone ampliamente de lo indicado:

Según el criterio del demandante, como en esa misiva no se señaló ninguna causa, ni se probó en el juicio una razón objetiva que justificara la destitución, cabe concluir que se trató de una represalia, por el litigio que interpuso en 2015, y por tanto, discriminatoria. **Para la Sala, eso no es suficiente para que prospere un proceso de esta naturaleza, sino que se requiere que el interesado provea indicios de que la discriminación en realidad ocurrió.** Ciertamente, la persona trabajadora que sufra cualquier tipo de discriminación está facultada para alegarla ante los juzgados de trabajo, pero eso sí: debe señalar el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancien su afirmación (numeral 409 del Código de Trabajo). Por otro lado, el inciso 10) del ordinal 478 ídem establece que cuando no exista acuerdo entre las partes, a la empleadora le corresponderá demostrar “La justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones”. En el voto n.º 8711-2010 de la Sala Constitucional se externó: “Sobre este punto, es ineludible traer a colación la importancia que tiene la distribución de la carga de la prueba para procurarle al trabajador resguardo frente a actuaciones patronales que constituyan discriminación. En este sentido, se plantea la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el patrono bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, aspecto en el que no se puede obviar la especial dificultad que caracteriza la operación de develar en los procedimientos judiciales correspondientes una lesión constitucional por discriminación, encubierta tras la aparente legalidad del acto patronal. Semejante necesidad es tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador, como sucede con el despido, que no es ilimitado pues está sujeto a parámetros legales y constitucionales. Acerca de este tema, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que el desplazamiento del onus probandi hacia cada una de las partes opera de manera distinta, según la fase procesal en que se esté: “La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, FFJJ 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que, como ha venido poniendo de

relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)”. Solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)—, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que esta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, FJ 1; 136/1996, FJ 4, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 ó 17/1996).” (Ver sentencias número STC 17/2005 de 1º de febrero de 2005 y STC 171/2003 de 29 de septiembre de 2003).” **En consecuencia, prima facie, el amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad. Esta condición ha sido ampliamente reiterada por la jurisprudencia de esta Sala (ver sentencias número 2004-11984 de las 10:10 horas del 29 de octubre de 2004 y 2004-11437 de las 9:53 horas del 15 de octubre de 2004). Alcanzado, en su caso, un resultado probatorio suficiente por el accionante, sobre la parte recurrida recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito discriminatorio la decisión o práctica patronal cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”. En consecuencia, solo si el trabajador cumple con esos requisitos (suministrar los indicios de que habla la Sala Constitucional y los parámetros de comparación mencionados en el artículo 409 del Código de Trabajo), surge como contrapartida la carga probatoria del empleador de demostrar las razones objetivas -ergo, ajenas a cualquier ánimo discriminatorio- de su actuación”. (Sala Segunda, 2022)**

Considerando la poca regulación desde el punto de vista legal que existe con relación a la inteligencia artificial y su funcionamiento y conociendo la aleatoriedad en la forma en que se ejecuta el “pensamiento” de este tipo de inteligencias, resulta sumamente complicado lograr demostrar que se ha sido discriminado por medio de un proceso de selección tramitado por un *software* que se presume que no comete errores. En casos mundialmente conocidos, como el de Amazon, fue el propio empleador quien detectó el sesgo. Las mujeres descartadas en los procesos de selección

posiblemente no conocían los motivos. Si alguna hubiese querido reclamar, ¿qué pruebas podría presentar para demostrar su argumento? ¿Cómo evaluaría un juez el funcionamiento del *software*? ¿De qué forma se podría determinar que un *software* discrimina a cierta población? ¿Cuántas verificaciones serían necesarias para establecerlo? ¿Quién sería responsable por la discriminación en el empleo si el empleador utilizaba el *software* de buena fe?

La prohibición de la discriminación en el empleo y en la etapa precontractual en Costa Rica abarca también la generada por algoritmos de inteligencia artificial. Sin embargo, el problema que surge ante una situación de discriminación por algoritmo es la dificultad probatoria a la que el trabajador o aspirante a un empleo podrían enfrentarse, así como la complejidad de distribuir las responsabilidades que podrían surgir debido a la falta de regulación expresa del uso de inteligencia artificial. En Costa Rica, la legislación laboral podría mejorarse para abordar específicamente este tema, sobre todo el tema de la prueba y la distribución de responsabilidades entre el empleador y el desarrollador de *software*, aunque en términos generales sea adecuada para enfrentar la discriminación. La verdadera problemática radica en la falta de regulación de los dispositivos y programas de inteligencia artificial que participan en procesos de reclutamiento y selección sin ninguna normativa nacional especializada a la cual adaptarse. Esto podría provocar discriminación masiva en el empleo hacia ciertos grupos de personas, creando un problema social y una dificultad para la persona discriminada de probar legalmente la existencia de discriminación en el empleo.

Para abordar estas preocupaciones, es fundamental que se desarrollen marcos regulatorios claros y específicos para la utilización de la inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección. Estos marcos deberían incluir requisitos para la transparencia en los algoritmos utilizados, auditorías regulares para detectar y corregir sesgos, y mecanismos claros para que los candidatos puedan apelar decisiones que consideren injustas. Asimismo, las empresas deben ser responsables de garantizar que sus herramientas de inteligencia artificial no perpetúen discriminaciones existentes y deben ser proactivas en la revisión y actualización de sus sistemas para evitar sesgos.

Además, se debe promover la capacitación de jueces y profesionales del derecho en temas de inteligencia artificial y su impacto en el empleo para que puedan evaluar adecuadamente los casos de discriminación relacionados con estas tecnologías. Los desarrolladores de inteligencia artificial y las empresas que los utilizan deben trabajar en conjunto para asegurar que los algoritmos sean justos y equitativos, y para establecer procesos claros de rendición de cuentas en caso de que se detecten problemas.

En última instancia, la combinación de una legislación adecuada, prácticas empresariales responsables y una sociedad informada y vigilante puede ayudar a mitigar los riesgos asociados con la inteligencia artificial en el empleo y asegurar que todos los candidatos sean tratados de manera justa y equitativa.

F. Propuesta:

Con el presente artículo, se plantea la necesidad de una regulación legal para asegurar que las herramientas de inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección de personal se utilicen de manera justa, ética y no discriminatoria. Aquí se presentan algunas propuestas específicas para la regulación legal:

- Desarrollar un marco legal integral que cubra todos los aspectos del uso de inteligencia artificial en el campo la selección de personal. Este marco debería incluir definiciones claras y establecer requisitos que las herramientas de inteligencia artificial deben cumplir para ser utilizadas en la contratación, incluyendo los relacionados con ética y cumplimiento normativo.
- Promover la capacitación de jueces y profesionales del derecho en temas de inteligencia artificial y su impacto en el empleo para que puedan evaluar adecuadamente los casos de discriminación relacionados con estas tecnologías
- Incorporar legislación específica que prohíba la discriminación algorítmica en la legislación laboral existente, incluyendo (1) métodos para identificar y demostrar la discriminación algorítmica, (2) sanciones para las empresas que utilicen herramientas de inteligencia artificial discriminatorias y remedios para las víctimas de dicha discriminación y (3) responsabilidad tanto para las personas que utilizan las herramientas (empleadores) como a los desarrolladores de *software*, por la creación o utilización de herramientas de inteligencia artificial discriminatorias en el empleo, al ser ambos responsables, desde su trinchera velarán por la aplicación correcta de la herramienta.
- La creación de una superintendencia o entidad especializada en inteligencia artificial, que evalúe el impacto de inteligencia artificial en general, pero también en específico antes de su implementación en los procesos de selección de personal, identificando de posibles impactos en derechos humanos y laborales. Se deben definir los parámetros objetivos que se evaluarán en cada herramienta, lo cual implicaría que para la generación de la ley expertos en diseño de inteligencia artificial participen en la redacción de la ley.
- Aprobación previa de las herramientas de inteligencia artificial por parte de una autoridad competente antes de su despliegue. Podría ser una Superintendencia especializada en el tema.
- Establecer derechos específicos para los candidatos que interactúan con herramientas de inteligencia artificial durante el proceso de selección. Estos derechos podrían incluir: (1) derecho a ser informado cuando una herramienta de inteligencia artificial se utiliza en su evaluación, (2) derecho a obtener una explicación sobre cómo y por qué se tomó una decisión en el proceso de selección, (3) derecho a apelar decisiones tomadas por la inteligencia artificial y solicitar una revisión humana, (4) otros.
- Legislar para exigir transparencia y responsabilidad en el uso de herramientas de inteligencia artificial en los procesos de selección de personal, exigiendo que las empresas publiquen las evaluaciones de impacto de

inteligencia artificial y los resultados de auditorías, creando registros públicos de herramientas de inteligencia artificial certificadas y aprobadas para su uso en la contratación. Se deberán fijar los parámetros a auditar, para lo que se necesitará del acompañamiento en expertos en diseño de algoritmos y *software*.

- Fomentar la colaboración internacional en la regulación del uso de inteligencia artificial en la selección de personal. Se podría trabajar en una ley marco para la región, para que participen distintos expertos en la creación de la ley.
- Proporcionar incentivos para que las empresas cumplan con las regulaciones. Estos incentivos podrían incluir descuentos fiscales para las empresas que implementen y mantengan prácticas responsables de inteligencia artificial y reconocimientos públicos para las empresas que demuestren un uso ético y responsable de la inteligencia artificial.

Un enfoque legal robusto es fundamental para garantizar que el uso de inteligencia artificial en el reclutamiento y selección de personal sea justo y ético. Estas propuestas de regulación legal pueden ayudar a crear un entorno en el que la inteligencia artificial se utilice de manera responsable y beneficiosa tanto para los empleadores como para los candidatos. Implementar estas medidas en Costa Rica, puede ayudar a establecer un estándar de no discriminación elevado para el uso de la tecnología en el ámbito laboral.

Bibliografía

- Act, E. A. (2023). *Ley de inteligencia Artificial de la Unión Europea*. Obtenido de artificialintelligenceact.eu/es
- Alessio D Ignazio and Richard Watson. (2020). Ethical considerations of using artificial intelligence in hiring. *Journal of Business Ethics*.
- BBC. (2022). *www.bbc.com*. Obtenido de El algoritmo de Amazon al que no le gustan las mujeres: www.bbc.com/mundo/noticias
- Beheshti, N. (2020). *Artificial Intelligence and Hiring: A Strategic Framework*. Routledge.
- Bisset and Rosenzweig. (2024). Black man only got job interview after using White-sounding name, lawsuit says. *The Washington Post*.
- Canada.ca. (s.f.). *Directive on Automated Decision Making*. Obtenido de <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>

- Cavalcante, A. P. (2023). Regulación Brasileña sobre Inteligencia Artificial. *Revista de la facultad de derecho de México*.
- Centre for data ethics and innovation. (2022). *Centre for data ethics and innovation*. Obtenido de gov.uk: <https://www.gov.uk/government/organisations/centre-for-data-ethics-and-innovation>
- Código de Trabajo. Código de Trabajo de Costa Rica.
- Guest, D. (2021). The future of human resource management: Emerging trends in artificial intelligence.
- New York Times. (2023). A hiring law blazes a path for A.I Regulation. *New York Times*.
- Parlamento Europeo. (s.f.). EU AI Act.
- Pawan Budhwar, Yu Lui. (2020). Artificial intelligence in human resources management: Challenges and a path forward. *Asia Pacific Journal of Management*.
- Provost, F. a. (2013). *Data Science for Business: What You Need to Know about Data Mining and Data-Analytic Thinking*. O Reilly Media.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/diccionario>
- Sala Segunda, voto 2773-2022.
- Salvatierra, E. (2023). La inteligencia artificial y los algoritmos digitales en el ámbito laboral . *Cadena Ser*.
- UNESCO. (28 de febrero de 2023). *Costa Rica será el primer país de Centroamérica en tener una estrategia de Inteligencia Artificial*. Obtenido de [unesco.org: https://www.unesco.org/es/articles/costa-rica-sera-el-primer-pais-de-centroamerica-en-tener-una-estrategia-de-inteligencia-artificial](https://www.unesco.org/es/articles/costa-rica-sera-el-primer-pais-de-centroamerica-en-tener-una-estrategia-de-inteligencia-artificial)