

**Inteligencia artificial discriminación algorítmica y remedios**  
**Artificial Intelligence Algorithmic Discrimination and Remedies**

**Vincenzo Barba**  
*Universidad de Roma “La Sapienza”*  
*vincenzo.barba@uniroma1.it*

**Recibido el: 13.12.2023**

**Aceptado el: 27.12.2023**

**RESUMEN**

El artículo, partiendo de la constatación de que la IA ha cobrado un gran protagonismo en la sociedad contemporánea y que su uso es cada vez más frecuente también en la negociación, pretende analizar el tema de la discriminación algorítmica, es decir, el caso de discriminación, directa o indirecta, realizada en la negociación gestionada por un sistema de IA. Tras recordar casos concretos ocurridos a nivel municipal y mundial, el autor insiste en señalar que el nuevo reto para el jurista es garantizar el respeto del principio de no discriminación. Este resultado impone, por un lado, superar la teoría de los derechos subjetivos y adherirse a la teoría de los remedios, para poder identificar soluciones que, en relación con los intereses en juego, sean razonables adecuadas y proporcionadas. Por otro lado, es imprescindible garantizar la controlabilidad de la decisión de la AI a través de la transparencia informativa y del sistema de los procesos.

**Palabras clave:** Inteligencia artificial, negocio jurídico, contrato, negociación, formación del contrato, principio de no discriminación, recursos

**ABSTRACT**

The essay, starting from the observation that AI has assumed a great prominence in contemporary society and that its use is increasingly frequent also in negotiation, intends to analyse the theme of algorithmic discrimination, i.e. the case of discrimination, direct or indirect, realised in negotiation managed by an AI system. After recalling concrete cases that have occurred at municipal and global level, the author insists on pointing out that the new challenge of the jurist is to guarantee respect for the principle of non-discrimination. This result imposes on the one hand, to overcome the theory of subjective rights and to adhere to the theory of remedies, so as to be able to identify solutions that in relation to the interests at stake are reasonable adequate and purposeful. On the other hand, it is indispensable to guarantee the contrallability of the IA decision through the transparency of information and the process system.

**Keyword:** Artificial intelligence, contract, negotiation, formation of a contract; principle of non-discrimination, remedies

## 1. PLANTEAMIENTO

Definir la inteligencia artificial es al menos tan difícil como definir la inteligencia humana, al punto que hasta la fecha no existe una definición universalmente aceptada. En general, se suele referir a aquella rama de la informática que se centra en crear sistemas capaces de realizar actividades que normalmente requieren inteligencia humana, como el aprendizaje, el razonamiento y la percepción.

La creciente importancia de la IA en la vida cotidiana ha llamado la atención del legislador europeo, que lleva desde 2017 instando a prestar atención al fenómeno y más recientemente ha intervenido con una propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial<sup>1</sup>. En esta propuesta de Directiva, en el artículo 3, la IA se define de la siguiente manera: *“El software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa”*.

Las ventajas de la IA son innumerables, ya que permite manejar una enorme de datos en pocos minutos, con un ahorro de tiempo considerable y con una evaluación comparativa que difícilmente podría realizar el ser humano. Por otro lado, para hacernos una idea de la rapidez con la que puede comparar datos, basta pensar en los buscadores que cada uno de nosotros utiliza en las bases de datos de doctrina o jurisprudencia. Una búsqueda que la IA realiza en pocos segundos requeriría muchas horas, si no días, de trabajo, si tuviera que hacerla un humano y en directorios de papel.

Frente a esta extraordinaria utilidad y las innumerables ventajas que la IA aporta a la vida cotidiana y jurídica de todos y todas, sin duda acechan muchos riesgos, ya que el tratamiento de estos datos podría suponer la vulneración de derechos humanos.

---

<sup>1</sup> En abril de 2021, la Comisión propuso el primer marco regulador de la UE para la IA. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión). El 14 de junio de 2023 han sido aprobadas por el Parlamento Europeo Enmiendas de la Ley IA. A esta propuesta hay que añadir la existencia de otros proyectos normativo: 1) la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial, que ha sido aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 28 de septiembre de 2022; 2) la propuesta de Directiva sobre Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos aprobada el 28 de septiembre de 2022 por el Parlamento Europeo y el Consejo.

De todos ellos, me gustaría centrarme en el derecho a la igualdad o, mejor dicho, en el derecho a la no discriminación, para mostrar cómo la IA podría ser causa de discriminación directa e indirecta.

En particular, me gustaría llamar la atención sobre el problema de la discriminación en la negociación algorítmica y, por tanto, sobre el riesgo de que el uso de la IA en la celebración de un contrato pueda ser fuente de discriminación, también con el fin de indicar qué remedios debe proporcionar el jurista.

## 2. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y CONTRATO.

Principio de no discriminación y protección de las partes contratantes es un binomio que, por un lado, permite comprender de inmediato la problemática práctica subyacente y sus numerosas aplicaciones extraordinarias y, por otro lado, plantea problemas teóricos difíciles y complejos, que van desde la eficacia horizontal de un principio fundamental, hasta el cuestionamiento del ámbito de aplicación de la libertad contractual, cruzándose inevitablemente con la teoría de los remedios negociales. Todo ello sin dejar de considerar que una valoración que se centrara exclusivamente en las denominadas fuentes de derecho nacional sería ciertamente inadecuada, ya que el citado principio se encuentra ampliamente recogido, tanto en las fuentes del derecho supranacional, como en los textos de *soft law*<sup>2</sup>. Hasta tal punto la regulación está extendida que, a estas alturas, se discute a nivel transnacional un derecho antidiscriminatorio, constituido por un denso entramado de normas y principios contruidos en torno a esa idea.

---

<sup>2</sup> Centrándose únicamente en el Derecho italiano y el Derecho español, en la perspectiva europea, no cabe duda de que una norma clave es la que en la Constitución recoge el principio de igualdad (arts. 3, 29.2, 37.1 Constitución italiana y arts. 9, 2; y 14 Constitución española), así como son fundamentales a nivel global la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, hecha en Nueva York el 21 de diciembre de 1965, los arts. 26 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el art. 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, el art. 5 de la Convención sobre los derechos de las persona con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y a nivel europeo el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que formula un principio de prohibición de carácter general, y, en la misma línea, el art. 2 del TUE, el art. 19 del TFUE y el art. 21 de la Carta de Niza .

Además de estas normas con valor de principios, hay que considerar la regulación de la Directiva Europea 2000/43/CE de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (en adelante Directiva 2000/43/CE), transpuesta en Italia mediante el Decreto Legislativo 215/2003 de 9 de julio (en adelante Decreto Legislativo 215/2003) y en España mediante Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante Ley 62/2003), así como la de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (en adelante Directiva 2004/113/CE), transpuesta en Italia por el Decreto Legislativo 196/2007, de 6 de noviembre (en adelante Decreto Legislativo 196/2007) y en España por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que desarrolla el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso a bienes y servicios y a su suministro (en adelante LOIHM) y en fechas recientes Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante, LIIT) .

La particularidad del tema propuesto por este binomio no está en el indudable valor del principio de igualdad y de no discriminación, que, como es de sobra sabido, ha cobrado una importancia cada vez mayor en casi todos los ordenamientos jurídicos, sino en su aplicación a la materia del contrato que, históricamente, se considera la máxima expresión de la autonomía y el lugar de la soberanía de la libertad: armonizar la no discriminación con el contrato significa discutir el concepto mismo de autonomía y, por lo tanto, replantear sustancialmente la propia idea normativa de contrato.

Se trata, pues, simplemente de comprobar cómo hoy en día es necesario combinar la autonomía negocial y el principio de no discriminación<sup>3</sup>. Es bien sabido que la autonomía nunca ha significado pura arbitrariedad, por lo que la existencia de limitaciones a su ejercicio es intrínseca al propio concepto de autonomía<sup>4</sup>, que, por su propia definición, implica un ordenamiento originario<sup>5</sup>. Pero también es innegable que un rasgo esencial de la autonomía es la libertad, que se expresa no solo en la libertad de elección del contratante o en la libertad de celebrar el contrato, sino también en la libertad de determinar su contenido.

Es necesario ponderar el principio de autonomía privada y, por tanto, el principio de libertad de negociación, por un lado, y el principio de no discriminación, por otro, con la clara conciencia de que no es posible ni anular la libertad de negociación ni pretender que pueda elegir y discriminar libremente.

No cabe duda de que existe una diferencia según que la discriminación afecte a la negociación, al contenido o a la ejecución del contrato, razón por la que no sería razonable identificar un único remedio legal para responder a la conducta discriminatoria, válido para todos los casos, sino diferenciar en relación con los intereses concretamente en juego. En este sentido, por tanto, es de compartir la elección realizada en los textos europeos, que insisten en la necesidad de la adopción de todas las medidas necesarias, para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la

---

<sup>3</sup> (RESCIGNO, 1966, pág. 369 s.), dice que cabe considerar «la parità, espressione della giustizia distributiva, è di regola il risultato dell'appartenenza di piú persone a una comunità». Así, también, (CARUSI, 1988, pág. 227 ss.). En sentido crítico, (CIARONI, 2006, pág. 1821), que señala que la idea de que la discriminación implica a una comunidad ya no es coherente con el marco jurídico actual. «La discriminazione è un fenomeno [anche] microeconomico che può contrapporre anche solo due individui. Il metro di valutazione non è dato dal comportamento generalmente tenuto da chi commette l'illecito, bensí da uno standard comportamentale imposto dalla opinione pubblica».

<sup>4</sup> (SCHELESINGER, 1999, pág. 230), «non va accettato il recente sforzo di accreditare, quale fondamento dell'efficacia vincolante che gli accordi interprivati di regola conseguono già su un piano sociale, al di fuori di qualsiasi prospettiva di tutela giudiziaria, il brocardo, di formazione giusnaturalistica, *pacta sunt servanda*».

<sup>5</sup> (ROMANO, 1983, pág. 16 s.).

indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho.

El jurista tiene, pues, un nuevo reto, ya que debe conjugar libertad e igualdad, es decir, limitar la autonomía<sup>6</sup> en aras de la realización de la dignidad social<sup>7</sup>. Por lo tanto, es necesario un replanteamiento general de la categoría del contrato<sup>8</sup>, entendiendo que no solo surgen cuestiones y problemas relacionados con su función social, sino también la necesidad de pensar en nuevas estrategias correctoras para la protección de los intereses implicados<sup>9</sup>.

### 3. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA.

En los últimos años se ha puesto de manifiesto que el riesgo de discriminación contractual también es fuerte en el supuesto de contratos celebrados a través de plataformas digitales o, más generalmente, a través de sistemas de inteligencia artificial (IA)<sup>10</sup>.

Es bien sabido que los algoritmos no son neutrales<sup>11</sup>, ya que la IA es capaz, con mayor rapidez y fuerza que los seres humanos, de comprobar una gran cantidad de datos y, dependiendo del tipo de programación, discriminar en función de determinados factores de riesgo<sup>12</sup>.

La negociación algorítmica se basa en técnicas de predicción en virtud de las cuales, a partir de los datos, la máquina deduce tendencias útiles para orientar la evaluación de situaciones futuras. Esto significa que cuando las técnicas de predicción se basan en las condiciones personales y en los procesos sociales, el riesgo de discriminación es magno.

---

<sup>6</sup> (MAFFEIS, 2008, pág. 412) «l'autonomia contrattuale è strumento di libertà e di manifestazione della personalità del contraente e non esprime affatto un'antinomia rispetto al divieto di discriminazione. Semplicemente, la libertà del contraente, che offre o che cerca sul mercato un bene o un servizio, non può essere strumento di distruzione o di limitazione della libertà e di lesione della personalità delle potenziali controparti contrattuali; ed è così che si spiega il limite alla libertà di scelta della controparte contrattuale consistente nel divieto di discriminazione».

<sup>7</sup> (MALOMO, 2022, págs. 11 ss., spec. p. 60 s.), «la libertà economica, la concorrenza, la competitività sono no "un fine, ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale", per consentire "l'effettiva partecipazione" di ogni persona" alla vita del paese.

<sup>8</sup> (CARAPEZZA FIGLIA, 2013, pág. 55 ss.).

<sup>9</sup> Aclara, de forma convincente, (AGUILERA RULL, 2007, pág. 17), que la resistencia a la extensión del principio de no discriminación a los particulares «tiene su origen en una tradición que parte de dos cosas: una clara división entre el Estado y la sociedad y la concepción de los individuos como dotados de una libertad prejurídica, que debe ser protegida frente a la actuación de los poderes públicos. Del juego de estas dos ideas nace la concepción clásica de los derechos fundamentales como una figura que regula las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, garantizando ámbitos de libertad individual frente a la intervención estatal. Los poderes públicos deben actuar de conformidad con ciertos principios para no poner en peligro la autonomía de los ciudadanos, que el ordenamiento jurídico trata de preservar».

<sup>10</sup> V. el importante informe de European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Gerards, J., Xenidis, R., Algorithmic discrimination in Europe: challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law, Publications Office, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/544956>. El informe propone un nuevo marco integrado denominado PROTECT, que ofrece un conjunto de posibles medidas y soluciones jurídicas, basadas en el conocimiento y tecnologías para prevenir, abordar y corregir la discriminación algorítmica.

<sup>11</sup> (ARGELICH COMELLES, 2022, pág. 517 s.).

<sup>12</sup> (RESTA, 2019) RESTA, GIORGIO, «Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza», en *Política del diritto*, 2019, pp. 199- 236.

Al menos tres momentos diferentes influyen en este proceso: la elección de las variables o categorías a partir de las cuales se construye la decisión algorítmica, el conjunto de datos sobre el que se ejercen los procesos de autoaprendizaje de la máquina y el tipo de datos que se toman en consideración. Por no hablar de que el propio algoritmo puede haber sido programado de forma intencionadamente discriminatoria.

Que se trata de una realidad y no solo de una posible perspectiva lo evidencia la resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley, en la que se dan claras muestras de este alto riesgo<sup>13</sup>.

En particular, el apartado 31, dedicado expresamente a la no discriminación, establece que: *«... debido al efecto intrusivo de las decisiones y medidas adoptadas por las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, también sobre la base del tratamiento de datos y la analítica de datos, en la vida de los ciudadanos y en sus derechos, se requiere la máxima prudencia para evitar la discriminación ilícita y la selección de determinadas personas o grupos de personas, definidos en relación con la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o creencia, las opiniones políticas o de otra índole, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el género, la expresión o la identidad de género, la orientación sexual, la situación en materia de residencia, la salud o la pertenencia a una minoría nacional, que a menudo es objeto de elaboración de perfiles en función de la etnia o de una actuación policial más intensa, además de las personas que pueden definirse por características particulares; pide que se forme de manera adecuada a quienes recopilan los datos en primera línea y a los usuarios de las informaciones obtenidas del análisis de datos».*

El riesgo de esta discriminación es aún más peligroso que en la negociación tradicional, ya que la falta de transparencia que caracteriza a los sistemas de negociación de IA imposibilita o dificulta mucho el ejercicio del control, siendo imposible saber con certeza cómo ha sido identificado y procesado un determinado parámetro por un sistema.

Solo por mencionar los casos más llamativos, recordemos que en 2015 se descubrió que el algoritmo de búsqueda de Google tenía un sesgo de género al mostrar anuncios de trabajo con sueldos muy altos solo a los hombres, mientras que las mujeres encontraban menos anuncios de este tipo. Otro caso muy sugerente ha sido el de COMPASS, según el cual un algoritmo de

---

<sup>13</sup> Implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)) (2018/C 263/10) (en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0076&from=SK> Consultada: 10/05/2022).

evaluación de riesgos utilizado en el sistema de justicia penal estadounidense discriminaba a los acusados negros. A esto hay que añadir que recientemente se ha comprobado que plataformas de servicios como Uber o Lyft presentan importantes indicios de discriminación racial, ya que los usuarios negros se enfrentan a tiempos de espera hasta un 35% más largos y a frecuentes cancelaciones que los blancos, con peores efectos en las zonas de baja densidad, donde es más difícil encontrar conductores<sup>14</sup>.

La propia experiencia italiana, con referencia a una plataforma de repartidores ha mostrado casos de discriminación por motivos sindicales. A unos de ellos ha sido desactivado injustificadamente sus cuentas, acompañados de la creación de sindicatos de conveniencia con el único fin de mantener el control sobre los trabajadores e inhibir las actividades de reclamación colectiva.

En este sentido, cabe mencionar la importante sentencia del Tribunal de Bolonia<sup>15</sup>, según la cual el algoritmo que penaliza a los repartidores que se abstienen legítimamente de trabajar en el acceso a las sesiones de trabajo es discriminatorio. Por lo tanto, si los trabajadores discriminados no son específicamente identificables, el sindicato está legitimado para emprender acciones legales para constatar la discriminación, así como para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

La cuestión de la discriminación algorítmica plantea un problema parcialmente diferente al de la discriminación clásica, ya que no se trata sólo de encontrar remedios para contrarrestar esta forma de discriminación, sino de adoptar políticas y sistemas para evitarla. En este sentido, es necesario incidir al menos en el secreto o la ininteligibilidad de la lógica que subyace en el proceso de toma de decisiones, lo que es especialmente grave en el caso de los algoritmos de aprendizaje automático<sup>16</sup>, para evitar la actitud discriminatoria del algoritmo y la mortificación de la persona humana. En este marco, no puede ser suficiente confiar en la *bias busting* y en las *fairness*

---

<sup>14</sup> Para otros casos, véase (GIORGINI PIGNATIELLO, 2021).

<sup>15</sup> Tribunale Bologna, Sez. lavoro, 31 de diciembre de 2020, en *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2021, 5, p. 526 con nota de (LAMANNIS, 2021). (PERULLI, 2021); (FAVA, 2021); (FASSINA, 2021); (MALOMO, 2022, pág. 120 ss.).

<sup>16</sup> En la sentencia del Tribunal de Bolonia, 31 de diciembre de 2020, se lee: «la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei rider preclude in radice una più approfondita disamina della questione. Ed invero, in corso di causa la società.....non ha mai chiarito quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun rider, né tali specifici criteri vengano pubblicizzati sulla piattaforma, laddove si rinviene unicamente un generico riferimento agli ormai noti parametri della affidabilità e partecipazione». (BARBERA, 2021, pág. 8), afirma: «Questo è il primo problema posto dal *management* algoritmico: la mancanza di trasparenza. Il che solleva la questione di quanta *accountability* abbiano sistemi decisionali basati su processi la cui conoscenza sia preclusa ai più».

formulas, ya que es necesario enriquecer un modelo de ética digital con un sistema más penetrante de regulación digital<sup>17</sup>.

Como bien señala GIORGIO RESTA<sup>18</sup> una herramienta útil al respecto la ofrece, en el marco europeo, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que establece en el art. 15 el derecho a obtener información sobre *«la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado»* y en el art. 22 un límite sustantivo al uso del tratamiento algorítmico, ya que *«Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar»*<sup>19</sup>.

Además, el RGPD establece que en los supuestos en los que es posible una decisión enteramente automatizada, por un lado, el responsable del tratamiento *«adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado y sus intereses legítimos»* y, por otro, las decisiones no podrán basarse en ningún caso *«en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado»*.

Aunque el GDPR ofrece herramientas útiles para evitar los fenómenos de discriminación algorítmica, sigue siendo incuestionable que la nueva realidad requiere la adopción de una nueva ética para garantizar el cumplimiento del principio fundamental de no discriminación.

No se trata sólo de aplicar todos los remedios de la legislación antidiscriminatoria, sino también de garantizar una mayor transparencia de las plataformas, de los mecanismos a través

---

<sup>17</sup> La Comisión Europea, en 2018, creó el High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), que ha emanado le Ethics guidelines for trustworthy AI (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>). El 19 de febrero de 2020 la Comisión Europea presentó el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial - Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza. el Parlamento Europeo, a instancias de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Comisión LIBE), publicó en 2020 un amplio estudio titulado *Artificial Intelligence and Law Enforcement. Impact on Fundamental Rights*. La *European Union Agency for Fundamental Rights*, promueve estudios, que pueden ofrecer una valiosa ayuda para identificar políticas eficaces (<https://fra.europa.eu/en/publication/2018/bigdata-discrimination-data-supported-decision-making>; consultado el 20/06/2022). El Consejo de Europa no solo creó el *CoE's Ad hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI)* a partir de 2019 (<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>), sino que recientemente adoptó la Recomendación sobre los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos ([https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=09000016809e1154](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016809e1154) Consultada el 20/07/2022).

<sup>18</sup> (RESTA, 2019, pág. 207 ss.).

<sup>19</sup> Cabe destacar que esta prohibición no se aplicará si la decisión "a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado".

de los cuales se realizan las elecciones y, sobre todo, de facilitar el sistema de prueba de la discriminación. Esta, además, parece ser la dirección tomada por el legislador español que, en la reciente Ley 15/2022 para la igualdad de trato y la no discriminación, pretendió tener en cuenta el riesgo de discriminación algorítmica y para ello estableció que las administraciones públicas deben favorecer la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones «*tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente*» y «*priorizarán la transparencia en el diseño y la implementación y la capacidad de interpretación de las decisiones adoptadas por los mismos*».

#### 4. REMEDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

La discriminación algorítmica enfrenta al jurista a dos diferentes problemas. Por un lado, el problema clásico de identificar el remedio adecuado y, por otro, el nuevo problema de impedir que la IA sea fuente de discriminación directa o indirecta.

Con respecto al primer problema, que también es un tema clásico del Derecho Civil, hay que señalar que es necesario un cambio de perspectiva. La lógica del supuesto de hecho y de la sanción, construida en los modelos de los códigos decimonónicos fundados en reglas, no parece adecuada en un sistema, como el actual, impuesto por las constituciones de la segunda mitad del siglo XX, que introdujeron principios y valores. La renovación del sistema de fuentes impone una nueva hermenéutica, del mismo modo que un sistema normativo fundado en principios y valores jurídicos impone pasar de la lógica de la sanción a la del remedio.

Cada remedio no es más que un instrumento en función de un interés y jamás un valor en sí mismo y el remedio, definido históricamente como “*cure for wrongs*”<sup>20</sup>, no tiene por qué basarse en un derecho, sino solamente en un interés protegido.

Aunque no es posible, salvo de forma puramente teórica, distinguir el modelo basado en los derechos del modelo basado en los remedios, y aunque ahora es superficial decir que el primero es típico de los sistemas de *common law*, mientras que el segundo es típico de los sistemas de *civil law*<sup>21</sup>, difícilmente se puede ocultar que en todos los sistemas basados en los derechos, en los que el derecho (subjetivo) determina el alcance y el contenido de la protección, la ortodoxia de ellos deja espacio a las razones de los remedios<sup>22</sup>. Esta conexión con la teoría de

---

<sup>20</sup> (LAWSON, 1980).

<sup>21</sup> (SAAVEDRA VELAZCO, 2014, pág. 115).

<sup>22</sup> Resulta muy interesante el amplio estudio de (OLIVA BLÁZQUEZ, 2021, pág. 1099 ss.), que demuestra la importante influencia que ha tenido el Derecho comparado en la construcción del moderno Derecho supranacional de los contratos, siendo una herramienta básica para la unificación y armonización internacional del Derecho privado.

los remedios conlleva consecuencias teóricas de no poca importancia y, entre ellas, podemos aislar al menos tres: el reconocimiento que la autoridad judicial puede identificar *rationes* diferentes a las que contribuyeron a la atribución y configuración del interés protegido; una consecuente mayor discrecionalidad de la autoridad judicial; la prevalencia del criterio teológico sobre el literal-sistemático.

A partir de este importante camino, es opinión común que las protecciones ofrecidas por el ordenamiento jurídico ya no tienen que ajustarse rígidamente al derecho vulnerado, confiando la identificación del interés protegido exclusivamente a la relación entre el derecho subjetivo y la acción, sino que también pueden preceder a la enunciación del derecho, según la locución latina *ubi remedium, ibi ius*. Todo ello ha conducido a una «progresiva redefinición de las competencias normativas entre el legislador y el juez judicial en beneficio de este último, que tiene la tarea de gobernar nuevas y diferentes razones de las que han contribuido a definir la consistencia de la posición subjetiva conferida en abstracto *ex ante*»<sup>23</sup>.

La creciente importancia de la teoría de los remedios se basa en el principio constitucional según el cual toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva para proteger sus derechos e intereses legítimos (art. 24 Const. It. y art. 24.1 Const. Esp., pero también art. 13 CEDH y art. 47 Convención de Niza)<sup>24</sup>, que configura la sede jurisdiccional como el lugar donde se satisface la necesidad de protección.

El ordenamiento jurídico ya no se limita a identificar la consecuencia en caso de lesión del derecho, sino que prevé la identificación de los intereses que merecen protección jurídica, sin establecer cuál debe ser el efecto en caso de vulneración y, más generalmente, su protección. El remedio presupone un interés jurídico que ya ha sido valorado positivamente por el derecho, pero que ha quedado insatisfecho, y se ofrece como medio para promover la satisfacción efectiva de ese interés. A diferencia de la teoría de los derechos, en la que el ordenamiento jurídico no sólo identifica el interés, sino también la sanción contra el autor de la lesión, en la teoría de los remedios el ordenamiento jurídico identifica los intereses merecedores de protección, sin establecer previamente un efecto determinado. Esto significa que la teoría de los remedios, mucho más que la teoría de los derechos requiere la actividad del intérprete, cuya tarea es establecer, en relación con los intereses protegidos, una consecuencia que sea efectiva, proporcionada y razonable.

---

<sup>23</sup> (SMORTO, 2014, pág. 197). El autor a p. 200 concluye: «Tuttavia riconoscere le ragioni dei rimedi e il potere del giudice di tenerle in conto non significa ammettere un incontrollabile correttivo extralegale al contenuto del diritto, ma consentire all'ordinamento di fare ciò che ha sempre fatto: una valutazione delle attività umane al fine di ricollegarvi effetti giuridici, senza sacrificare reali bisogni di tutela in nome di illusorie ragioni di coerenza dogmatica».

<sup>24</sup> (MAZZAMUTO, 2007, pág. 588 s.).

Los intereses, especialmente de naturaleza no patrimonial, no se prestan a la teoría de los derechos, porque es difícil imaginar su protección en función de su lesión, sobre todo si tienen un alcance transversal que recorre todo el ordenamiento jurídico.

El principio de no discriminación es un ejemplo evidente.

El ordenamiento jurídico identifica, mediante la técnica del principio, un interés que merece una amplia protección, sin identificar cuál es el efecto en caso de su vulneración, ya que también sería difícil pensar en todos los casos de vulneración.

A partir de esta premisa, es necesario considerar que en presencia de la violación del principio de discriminación, no es posible pensar solamente en la sanción de la nulidad o anulación del contrato, sino que es necesario, en relación al interés concretamente lesionado, verificar cuál es el remedio más adecuado, experimentando la posibilidad de recurrir a la nulidad parcial, a la corrección e integración del contenido del contrato o, incluso, a la imposición de la obligación de contratar, sin olvidar la importancia de la reparación del daño y perjuicio. En esta dimensión, además, es importante ser consciente de que la violación del principio de no discriminación, aunque se realice en materia contractual, determina la violación de un interés existencial, y que su reparación, como daño moral, no puede ser cuestionada, considerando que ataca el valor constitucional de la dignidad de la persona. Por lo tanto, la discriminación impone al jurista la difícil labor de identificar el remedio adecuado para proteger los intereses en juego.

Desde otro punto de vista, el uso de la IA, que en modo alguno puede restringirse o excluirse, requiere un control especial para evitar que los sistemas de IA tengan un efecto discriminatorio. Esto implica, por un lado, que el uso de los sistemas de IA debe ser siempre transparente, de modo que sea siempre posible identificar en cualquier momento el proceso que llevó al sistema a una elección en lugar de otra, y, por otro lado, es siempre indispensable garantizar que haya una persona humana en el control del sistema de IA a la que se puedan exigir responsabilidades.

En esta línea se mueve también la Propuesta de Directiva europea, que pretende garantizar que los sistemas de inteligencia artificial utilizados sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente. Para hacer realidad estos objetivos, por un lado, se establece que los sistemas de inteligencia artificial deben estar siempre supervisados por personas, y no por la automatización, para evitar consecuencias perjudiciales y, por otro, se establecen obligaciones para proveedores y usuarios en función del nivel de riesgo de la IA, dividiéndose en riesgo inaceptable, alto y limitado, de modo que en todo momento sea posible identificar qué proceso se ha utilizado.

## 5. CONCLUSIONES

Los sistemas de IA que están adquiriendo gran protagonismo en la sociedad contemporánea, hasta el punto de ser considerados ya imprescindibles, entre otras cosas por los indudables beneficios que aportan, requieren la máxima atención del jurista, ya que su uso corre el riesgo de vulnerar derechos fundamentales.

La IA ha tenido aplicaciones muy significativas en el ámbito de los contratos, ya que existen sistemas cada vez más avanzados para la elección del contratista, para la elección del tipo de contrato y para el desarrollo de las negociaciones.

La experiencia ha demostrado que uno de los riesgos más graves es el de la discriminación algorítmica, es decir, el riesgo de que un determinado colectivo o una determinada persona pueda ser discriminado directa o indirectamente en un sistema de contratación basado en IA.

Ante este riesgo concreto, corresponde al jurista prever mecanismos de protección que garanticen el respeto de los derechos fundamentales y del principio de no discriminación.

Por un lado, es necesario repensar toda la teoría de la protección contractual, sustituyendo la tradicional teoría de la consecuencia o de la sanción por la teoría del remedio. Dado que la no discriminación constituye un principio que es un valor de todos los ordenamientos jurídicos, en caso de violación de este es necesario identificar un remedio que, en relación con el interés concretamente vulnerado, sea adecuado, razonable y proporcionado.

Desde otro punto de vista, es indispensable garantizar el control de los sistemas de IA, de modo que sean siempre seguros y transparentes, para poder garantizar el constante control, incluso a posteriori, y la corrección del proceso de toma de decisiones automatizadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, A. (2007). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *Indret*, 1-30.
- ARGELICH COMELLES, C. (abril-junio de 2022). Gobernanza de las plataformas en línea ante la DSA y las Propuestas de Reglamento de Mercados Digitales e Inteligencia Artificial (DMA y AIA). *Anuario de Derecho Civil*, LXXV(2), 501-530.
- BARBERA, M. (2021). Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione. *Labour & Law Issues*, 1-17. doi:<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/13127>

- CARAPEZZA FIGLIA, G. (2013). *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CARUSI, D. (1988). Principio di uguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista. En A. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno* (págs. 223-269). Milano.
- CIARONI, L. (2006). Autonomia privata e principio di non discriminazione. *Giurisprudenza italiana*, 1816-1822.
- FASSINA, L. (2021). L'algoritmo Franck, cieco ma non troppo. *Lavoro Diritti Europa*, 1-4.
- FAVA, G. (2021). L'ordinanza del Tribunale di Bologna in merito alla possibile discriminatorietà dell'algoritmo utilizzato da Deliveroo. *Lavoro Diritti Europa*, 1-4.
- GIORGINI PIGNATIELLO, G. (junio30 de 2021). Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: dall'anarchia giuridica alle Digital Authorities. *Federalismi.it*. Recuperado el 30 de 11 de 2023
- LAMANNIS, M. (2021). «Frank è un falso cieco: l'algoritmo discrimina i riders». *Lavoro nella Giurisprudenza*(5).
- LAWSON, F. H. (1980). *Remedies of English Law* (Segunda ed.). London: Butterworths.
- MAFFEIS, D. (2008). Libertà contrattuale e divieto di discriminazione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 401-435.
- MALOMO, A. (2022). *Principio di eguaglianza e rapporti civili. Aspetti problematici e attuativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- MAZZAMUTO, S. ( 2007). La nozione di rimedio nel diritto continentale. *Europa e diritto privato*, 585-598.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (octubre-diciembre de 2021). El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil, LXXIV(IV)*, 1099-1260.
- PERULLI, A. (2021). La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna. *Lavoro Diritti Europa*, 1-7.
- RESCIGNO, P. (1966). Ancora sul principio di uguaglianza nel diritto privato. En P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato* (págs. 362-378). Bologna.
- RESTA, G. (2019). Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza. *Politica del diritto*, 2019, 199- 236.
- ROMANO, S. (1983). Autonomia. En S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (págs. 14-30). Milano.
- SAAVEDRA VELAZCO, R. (2014). ¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo "ubi remedium, ibi ius". *Forseti*(2), 110-131.

SCHELESINGER, P. (1999). L'autonomia privata e i suoi limiti. *Giurisprudenza italiana*, 229-232.

SMORTO, G. (2014). Sul significato di "rimedi". *Europa e diritto privato*, 159-200.