

REDES SOCIALES, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y FACULTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR

Jaime Cuzquén Carnero

La comunicación, en la actualidad, se ha ampliado a diferentes formas y dentro de ellas las virtuales no tienen limitación alguna de forma, tiempo, lugar y medio. Las comunicaciones dentro del ámbito laboral no son la excepción, pues, en gran parte se realizan utilizando las redes sociales y no solo por parte de los trabajadores para realizar sus labores, sino también de parte de la empresa que utiliza dichos medios para informarse al momento de la contratación de personal, para hacerle seguimiento durante la relación laboral y hasta para sancionarlo disciplinariamente.

Por un tema de espacio, en este trabajo no analizaremos las dos primeras acciones de la empresa sino solo nos limitaremos al ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador sustentada en la información que brinda el trabajador mediante las redes sociales.

I. MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE LA FACULTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR

Empezaremos con una pregunta básica para el análisis: ¿Tenemos en el ordenamiento jurídico peruano algún tipo de regulación sobre este tema? Sin duda, el ejercicio de la facultad disciplinaria se sustenta en el primer párrafo del artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR:

“Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y **sancionar disciplinariamente**, dentro de los **límites de la razonabilidad**, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador” (el resaltado es nuestro).

La razonabilidad implica que debe existir una actuación conforme a la razón y si bien se introduce un valor subjetivo como limitación a la facultad disciplinaria del empleador, lo cierto es que dicha subjetividad está relacionada a la necesidad de que se justifique la sanción con base en una razón objetiva de manera tal que exista una proporcionalidad entre la sanción impuesta y el hecho que se sanciona.

Para el Tribunal Constitucional, la excesiva intensidad de la sanción afecta el derecho al debido proceso que constitucionalmente protege al trabajador. En esa línea, considera que la ponderación al momento de definir la sanción a imponer debe tomar en cuenta aspectos como los hechos, la gravedad de la falta y los antecedentes del trabajador⁽¹⁾. Dicha limitación será apreciable solo en cada caso en concreto.

Ahora, cabe recordar que nuestra Constitución tiene una disposición esencial que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional ha servido de garantía para la protección de los derechos constitucionales de los trabajadores. Nos referimos al artículo 23 cuyo tercer párrafo es el que nos interesa para el presente análisis:

“Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

(1) STC del 18 de agosto de 2004 recaída en el Exp. N° 1058-2004-AA/TC.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador⁽²⁾.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento” (el resaltado es nuestro).

De la lectura de ambas disposiciones podemos sacar una primera conclusión general: El ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador se sustenta en el solo hecho de que exista subordinación, por ende una relación laboral, pero está limitada a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida y, en ningún caso, podría afectar derechos constitucionales del trabajador.

¿A qué derechos constitucionales se refiere tal artículo?

Nuestra Constitución establece expresamente la protección de algunos derechos laborales dentro del Capítulo II sobre Derechos Sociales y Económicos. Así, pues, se menciona:

- Derecho a la seguridad social (art. 10).
- Derecho al trabajo (art. 22).
- Derecho a remuneración equitativa y suficiente (art. 24).
- Derecho a jornada máxima (art. 25).
- Derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario (art. 27).
- Derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga (art. 28).
- Derecho a participar en las utilidades (art. 29).

Es evidente que los derechos antes mencionados están expresamente contenidos en el ámbito de protección del artículo 23, sin embargo, tal como señala

(2) El TC en la sentencia del 11 de julio de 2002, recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, ha precisado en su séptimo fundamento: “(...) es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral (...)”.

Sagardoy⁽³⁾ existen otros derechos laborales inespecíficos, distintos a los antes mencionados, que protegen al trabajador-ciudadano. Es decir, se trata de derechos laborales en razón del sujeto (trabajador) y en razón de la naturaleza de la relación jurídica inmersa (relación laboral). Dentro de dichos derechos laborales inespecíficos está el derecho a la libertad de expresión sobre el cual nos pronunciaremos en este trabajo y que se encuentra recogido expresamente en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra principal norma:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:

(...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (...).”

Existe desarrollo del contenido del derecho a la libertad de expresión a nivel de nuestro Tribunal Constitucional. Así, pues, dicho órgano ha precisado, haciendo una distinción oportuna para este trabajo, entre libertad de información y libertad de expresión:

“Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no

(3) SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Editorial Aranzadi-Thomson - Civitas, Cuaderno Civitas, 2005.

pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser”⁽⁴⁾.

A juicio del Tribunal Constitucional, la libertad de expresión es la garantía que tiene todo ciudadano para transmitir sus ideas u opiniones en general, por cualquier medio o forma, pues la Constitución no la restringe, sin que ello implique, necesariamente, que lo difundido sea veraz en la medida que lo que se piensa y transmite está impregnado de subjetividad.

De lo anterior se desprende que sin duda se ejerce la libertad de expresión por medio de las redes sociales y el internet⁽⁵⁾ en general, y sin duda el ejercicio de esa libertad, que no es irrestricta como luego veremos, no necesariamente supone que todo lo que se ventila por dichos medios sea cierto pues, en la medida que se trata de opiniones, estas no pueden ser calificadas como verdades o falsedades sino como simples expresiones del ejercicio de un derecho.

Ahora, lo cierto es que todas estas formas de comunicación que existen en el internet han generado una transformación en la interrelación entre las personas que viven en una “comunidad virtual” donde el emisor de la opinión puede estar en cualquier parte, en cualquier momento y no necesariamente es quien dice que es, o es un anónimo total. Todas estas últimas variables son las que generan que el control o límite al derecho sea difícil y que, por ende, se puedan afectar derechos constitucionales de otros.

Oscar Montezuma⁽⁶⁾ lo explica bien cuando al analizar el texto constitucional sostiene:

“1. tenemos derecho a opinar y expresar nuestras ideas independientemente de cual sea el medio (p.e. físico o digital) o dispositivo (p.e. smartphone, computador personal, laptop) a través del cual lo hagamos.

2. no se permite la censura previa”.

(4) STC del 14 de agosto de 2002, recaída en el Exp. N° 0905-2001-AA/TC.

(5) Las Relatorías de la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos ha emitido una Declaración Conjunta acerca de internet: “La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba ‘tripartita’)”.

(6) Guía legal del internauta peruano. Parte I: Libertad de Expresión. En: <<http://utero.pe/2014/05/09/guia-legal-del-internauta-peruano-parte-i-libertad-de-expresion/>>.

En esa línea, prosigue el análisis Montezuma, preguntándose si acaso ello implica que puedo publicar lo que quiera en internet. Y precisa que la respuesta es no, pues el derecho de libertad de expresión tiene sus límites fijados en la ley, por ejemplo:

“la injuria u ofensa a otras personas.

la difusión de noticias o hechos falsos que afecten la reputación de una persona (técnicamente denominada ‘difamación’).

la falsa atribución de un delito a una persona (técnicamente denominada ‘calumnia’).

La discriminación *on-line* también se encuentra regulada como delito informático (...).”

Es ante el conflicto entre libertad de expresión y otro derecho constitucional cuando surge la casuística sobre la que el ordenamiento jurídico debe pronunciarse. En el Perú, como inclusive en muchos otros países con mayor grado de desarrollo, el marco jurídico actual es insuficiente para proteger a los derechos afectados por el irregular ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por consiguiente, el sistema de garantía que debe promoverse en estos casos es el de la ponderación de los derechos en conflicto.

II. EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DENTRO DE LA RELACIÓN LABORAL

El trabajador, quien presta un servicio subordinado, es sujeto del ejercicio de todos sus derechos fundamentales, incluyendo la libertad de expresión garantizada constitucionalmente. Sobre la base de esa garantía, todo trabajador puede difundir sus ideas, pensamientos y opiniones sin censura previa, por cualquier vía y medio, físico o virtual, lo que implica la posibilidad de publicar el contenido que decida respecto de su esfera propia o de la derivada de su relación con terceros, como es el caso de su empleador.

Es por ello que la publicación de ese contenido responde a la voluntad de elección del trabajador sobre lo que difunde. Así, en principio el trabajador es absolutamente libre de comunicar bien sea en un lugar público, en un ambiente privado, en el trabajo, en su domicilio o vía las redes sociales sus ideas u opiniones.

De otro lado, en el marco de la libertad que tiene como ciudadano, el trabajador también es libre para elegir dónde trabajar y para elegir si, por lo tanto, se obliga a estar subordinado a un tercero empleador que controlará, dirigirá y hasta sancionará sus actividades.

La forma en que el trabajador ejerce su libertad de expresión dentro de la relación laboral es de la más variada y, sin duda, está implícita en su naturaleza de ser humano que vive integrado a una comunidad que en materia de las relaciones laborales tiene como contrapartes a otros trabajadores y, dentro de ellos, al personal de dirección y de confianza que ejercen cargos que por su naturaleza están más cerca de la toma de decisiones y, por lo tanto, del concepto abstracto de empleador.

Formas habituales de ejercer libertad de expresión dentro del ámbito laboral se pueden presentar en reuniones presenciales, en sesiones de capacitación, en los procesos de evaluación, en reuniones sociales organizadas por la empresa, en reuniones sociales organizadas por trabajadores, en el ejercicio de la libertad sindical, etc., y, sin duda, en las redes sociales, aun cuando su uso se realice fuera de la jornada de trabajo o fuera de las instalaciones de la empresa, o aun cuando estemos ante personal no sujeto a fiscalización inmediata de acuerdo al concepto de nuestra legislación. Evidentemente, con mayor razón si es dentro de la jornada y dentro del centro de trabajo o de operaciones de la empresa.

En todos esos supuestos, la libertad de expresión del trabajador que implique difundir una idea o pensamiento respecto a su empleador tiene una implicancia en el mundo de las relaciones laborales. No es que necesariamente implique una afectación a un derecho del empleador pero sí tiene un impacto positivo, negativo o neutro, en el marco de su relación laboral. Y es que el trabajador no deja de tener esa calidad cuando cuelga su uniforme de trabajo antes de salir de la planta o cuando marca su salida en el registro de control de asistencia y salida implementado por la empresa.

La relación laboral es continua en el tiempo. Tiene suspensiones por motivos de jornada diaria, descanso semanal y en días feriados, descanso vacacional, entre otros, pero la naturaleza de trabajador no acaba con el término de la jornada diaria ni con el inicio de las vacaciones. Lo que sucede es que cuando se suspende la relación laboral, por el motivo que sea, se suspende la obligación de trabajo efectivo que es la principal obligación de todo trabajador pero subsisten otras obligaciones derivadas de su contrato de trabajo tales como confidencialidad, no competencia, buena fe laboral, entre otras que le son propias por ser trabajador sujeto libremente a subordinación, aunque parezca contradictorio, y que lo hacen distinto a cualquier otro ciudadano respecto a su empleador.

Bajo esta línea de análisis y con prescindencia de la propiedad de los medios por los que el trabajador expresa su opinión o si este se encuentra dentro o fuera de la jornada o con relación laboral suspendida, lo medular del análisis es determinar si es posible sancionar disciplinariamente a un trabajador por afectar un derecho del empleador mediante el ejercicio de su libertad de expresión por medio de las redes sociales.

Lo que es innegable es que las redes sociales han entrado a la vida y al día a día de las personas en todo el mundo y esa es una situación irreversible. Hoy las redes sociales “son utilizadas mayoritariamente por usuarios como parte de actividades de recreación, que le permiten a la persona en el fondo, la formación y sostenimiento de relaciones de cualquier naturaleza con sus semejantes, de forma sorprendentemente exitosa. El trabajador, como ser humano, no deja de lado el uso de estos espacios virtuales”⁽⁷⁾.

Es en esta esfera donde la casuística es la regla, pues regulación expresa no existe.

Aquí surgen algunas interrogantes que es importante absolver para acercarnos a una respuesta al tema en cuestión:

1. ¿Puede el empleador regular el uso de las redes sociales a través de los medios informáticos que proporciona o que son de su propiedad?

El uso de medios informáticos que el empleador proporciona efectivamente pueden ser regulados sobre la base de las siguientes premisas: i) que la propiedad es del empleador y, ii) que el trabajador conocía previamente de la posibilidad expresa que el empleador supervise el uso adecuado del medio informático; y iii) no se afecte derechos fundamentales del trabajador.

El Tribunal Constitucional ha precisado⁽⁸⁾:

“(…) queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva

(7) CARRO HDEZ., M^a del Rocío y ESPINOZA C., Gabriel. “Equilibrio entre la privacidad del trabajador y poderes empresariales”. En: *Revista Judicial*. N° 108, Costa Rica, junio de 2013.

(8) STC del 18/08/2004 recaída en el Exp.N° 1058-2004-AA/TC.

documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado”.

En consecuencia, si el empleador proporciona el uso de internet y/o del instrumento informático (laptop, PC, smartphone, tableta, etc.), como regla general podría regular su uso comunicando previamente una política al trabajador en la que:

- Limite o restrinja el uso de redes sociales aún fuera de la jornada de trabajo.
- Prohíba o restrinja el uso de redes sociales durante la jornada de trabajo.
- Prohíba o restrinja las comunicaciones para efectos laborales por medio de las redes sociales.

Precisábamos que lo anterior era una regla general pues, en efecto, el uso de internet en algunas circunstancias podría ser considerado como el medio de comunicación idóneo cuando el trabajador se encuentra en zonas remotas o alejadas de su domicilio habitual, como es el caso, de unidades mineras, plataformas petroleras, entre otras en las que el alejamiento del trabajador le obliga a estar en comunicación con su familia. Esas circunstancias de excepción podrían generar matices a las posibilidades de restricción absoluta para preferir un uso restringido o no en exceso.

Lo que en ningún supuesto se podría prohibir o limitar es la libertad de expresión en sí, no obstante que la propiedad de los instrumentos o medios proporcionados recaiga en la empresa. Evidentemente la afectación de un derecho fundamental en ningún supuesto podrá permitirse no obstante la existencia de una relación laboral. Es decir, aun cuando estando prohibido su uso, un trabajador utilice una red social para opinar, sea cual fuere el sentido de su opinión, no podría sancionarse a dicho trabajador por difundir su opinión sino porque incumplió una obligación referida al no uso de las redes sociales a través de instrumentos proporcionados por la empresa. Si ese uso se realizara durante la jornada, se sancionaría, además, la falta de trabajo efectivo.

Es importante precisar que a la fecha existe una iniciativa de ley en el Congreso de la República, con el N° 3329/2013-CR⁽⁹⁾, Ley de uso de medios informáticos en el centro de trabajo, que desarrolla el sentido antes expuesto estableciendo que la supervisión del empleador respecto a los medios informáticos que este proporciona, incluyendo internet y redes sociales, debe realizarse sobre la base de la existencia previa de políticas conocidas por el trabajador de manera que de esta forma se garanticen los derechos fundamentales del trabajador que podrían entrar en conflicto con esa facultad fiscalizadora de la empresa.

2. ¿Puede el empleador supervisar el uso adecuado de las redes sociales?

En la medida que se haya regulado el uso de las mismas conforme a las alternativas planteadas en la respuesta anterior, sí es posible la supervisión para verificar si se han usado o no las redes sociales y en función de ello sancionar el incumplimiento. Evidentemente, la revisión no puede implicar entrar al contenido del mensaje, pues se estaría afectando el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones del trabajador. Bastará que el empleador aprecie si se usaron o no la redes sociales cuando estaba prohibido o restringido su uso.

Lo anterior no limita la posibilidad de que, existiendo una política previamente conocida por el trabajador, la facultad del empleador se extienda a verificar el contenido si de por medio no solo está en cuestión el uso prohibido o restringido de las redes sociales sino también el uso de las mismas que violente deberes de confidencialidad, no competencia, entre otros que podrían ser objeto de sanción disciplinaria. En dichos supuestos si bien la revisión del contenido puede realizarse como parte del proceso de investigación, lo cierto es que debería ser una medida de última instancia o residual debido a la situación de conflicto que se generaría con el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones que podrían ser alegados por el trabajador.

3. Independientemente de quién sea el propietario de los instrumentos informáticos y de si estos se usan dentro o fuera de la jornada, ¿se puede prohibir que en las redes sociales los trabajadores no se refieran a la empresa, a su negocio o a sus trabajadores de manera general o específica?

La pregunta apunta a identificar, si existiese, algún límite entre la libertad de expresión del trabajador y el interés de la empresa de evitar que aspectos propios de ella, de su actividad o de sus trabajadores sea revelado.

(9) En: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/95d7addf4df0703a05257cad0078751d/\\$FILE/PL03329010414.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/0/95d7addf4df0703a05257cad0078751d/$FILE/PL03329010414.pdf)>.

En este escenario la línea límite es muy delgada. Lo que no puede hacer el trabajador, bajo el marco protector de su libertad de expresión, es divulgar información confidencial o reservada ni afectar derecho a la imagen o al honor de la empresa y/o de cualquiera de sus trabajadores. Por lo tanto, es esto último lo que se puede prohibir expresamente y, aun cuando no lo esté expresamente, igual son conductas prohibidas en la medida que afectan la buena fe contractual y deberes esenciales que todo trabajador debe cumplir por el hecho de haber aceptado libremente estar subordinado. La buena fe contractual se convierte de esta manera en un límite a la libertad de expresión de todo trabajador, situación que lo hace a este último distinto a cualquier otro ciudadano que opine lo mismo sobre el empleador.

Prohibir que el trabajador emita una opinión o realice un comentario sería violatorio a la libertad de expresión y, por lo tanto, no amparable por el ordenamiento jurídico aun cuando los instrumentos informáticos por medio de los cuales se accede a las redes sociales sean de propiedad de la empresa o sean proporcionados por esta. En todo caso, la libertad de expresión del trabajador en ningún caso justifica la violación de derechos de la empresa pues, en ese escenario es donde los deberes esenciales que tiene todo trabajador, y que se sustentan en el respeto a su contraparte en la relación laboral, se convierten en una limitación a su libre derecho de expresarse.

Iluminada R. Feria Basilio⁽¹⁰⁾, al analizar jurisprudencia española en la que se desarrolla el conflicto que genera la libertad de expresión en colisión con otros derechos fundamentales, precisa que:

“(…) la jurisprudencia sobre la libertad de expresión se ha guiado, al igual que ha ocurrido con el resto de derechos fundamentales, por el juicio de proporcionalidad. Actualmente, conllevaría la ponderación de elementos como el carácter público/privado de la empresa, la privacidad o repercusión pública de los comentarios, la configuración de la empresa como productora o como empleadora, el estatus del emisor como trabajador, afiliado, representante, directivo o cargo de confianza, y la vía de comunicación espontánea/reflexiva o interna/externa empleada”.

Lo determinante en este punto del análisis es identificar cómo el empleador podría llegar a concluir que el ejercicio de la libertad de expresión le afecta a sus

(10) FERIA BASILIO, Iluminada R. *Libertad de expresión del trabajador en las redes sociales*. Ponencia presentada en el X Congreso Europeo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sevilla, España.

derechos. Lo que resulta claro es que solo con la posibilidad de acceder al contenido de la red social en donde el trabajador se ha pronunciado emitiendo opinión, será posible alcanzar la conclusión anterior.

Siendo ello así lo que estaría en juego ya no solo es la libertad de expresión sino el conflicto con otros derechos fundamentales del trabajador como es su derecho a la intimidad, a la honra, a la reputación, a la vida privada y a honor, derechos que, por cierto, también podría ver afectados el empleador si mediante las redes sociales el trabajador opina en determinado sentido.

El trabajador podría sentir afectada su intimidad si el empleador, ejerciendo su facultad de supervisión, accede a la red social para verificar si existe, en la opinión vertida por el trabajador, alguna afectación de sus derechos. En el caso del empleador la afectación a sus derechos se podría hacer evidente con los mismos comentarios u opiniones difundidas por las redes sociales en general.

Cabe tener en cuenta que al referirnos a “redes sociales” no implica que estemos ante formas de comunicación con reglas estándares. Por el contrario, cada una de ellas tiene sus propias políticas de privacidad, de perfil, de contactar, etc. Por ello, que el empleador pueda acceder al contenido de una red social podría significar:

- Que este o quien lo represente es un contacto aceptado por el trabajador en dicha red y, por lo tanto, accede a los comentarios de este.
- Que no obstante no sea contacto aceptado del trabajador, sea un tercero el que le proporcione el comentario u opinión del trabajador que afecte los derechos del empleador. En este supuesto, pueden presentarse dos alternativas:
 - Que el comentario del trabajador se haya ventilado en una conversación “no pública”, es decir, resguardada por filtros de seguridad que la propia red social haya implementado.
 - Que el comentario se haya hecho público a todos los contactos del trabajador o a un grupo de ellos.

Como bien menciona la Dra. M^a del Rocio Carro Hdez y Lic. Gabriel Espinoza C.⁽¹¹⁾:

(11) CARRO HDEZ, M^a del Rocio y ESPINOZA C., Gabriel. Ob. cit.

“(…) si bien es cierto, muchas de las redes sociales tienen niveles de privacidad, permitiendo a sus usuarios controlar quién puede o no leer lo que se publica en ellas, también estas redes contienen en sus formatos, aplicaciones que permiten la comunicación entre usuarios de manera absolutamente privada. Esto quiere decir que, dentro de las comunicaciones que pueden realizarse, el usuario puede escoger, entre que el mensaje sea observado por la totalidad de sus ‘amigos’ virtuales, o que el mensaje sea leído solo por una o varias personas determinadas que no estén relacionadas del todo con su ambiente laboral.

Si el Derecho a la Intimidad tiene como pilar fundamental el deseo de que la información de esa persona no sea divulgada, en el momento en que la misma es publicada para que un cierto número de personas la vean, se está renunciando de hecho a este Derecho, y las consecuencias legales de tales manifestaciones pueden ser negativas para su remitente.

Ahora bien, cabe señalar que desde nuestro punto de vista, considerando que al realizar manifestaciones o ‘publicaciones’ en una red social, estas tienen un carácter de cierta publicidad, lo ahí exteriorizado o publicado no puede verse cobijado por el Derecho a la Intimidad y podría estar sujeto a sanciones disciplinarias, pero se coincide con Núñez Aboitiz⁽¹²⁾ cuando indica que si el trabajador opta por dotar de la máxima privacidad a las informaciones contenidas en su perfil de la red social sería posible discutir el acceso de la empresa, ya que estas serían únicamente accesibles por el trabajador”.

Casística ventilada a nivel comparado es citada y comentada por Sulmer Paola Ramírez Colina⁽¹³⁾, a partir de dos casos en los que las redes sociales sirvieron de instrumento por medio de los cuales los trabajadores expresaron comentarios sobre sus respectivos empleadores:

“Sobre la privacidad de los comentarios de un trabajador en Facebook se pronunció en Canadá la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica, en el caso Loughheed Imports Ltd. (West

(12) NÚÑEZ ABOITIZ, V. “Uso extralaboral de Nuevas Tecnologías de Internet: efectos sobre la relación laboral”. En: *Revista Relaciones Laborales*. N° 13, Sección Doctrina, julio de 2012.

(13) RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola. “La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador”. En: *Revista IUS*. Vol. 7, N° 31, Puebla, ene/jun de 2013.

Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union, 37 donde la empresa decidió despedir a dos de sus empleados por diversos comentarios insultantes, agresivos y ofensivos en sus páginas de Facebook, situación por la cual su sindicato planteó una queja ante la Junta antes mencionada. Parte de las argumentaciones esgrimidas por la parte trabajadora fue la de la violación a la privacidad de los empleados, debido a la naturaleza íntima que para ellos tenía Facebook. Como parte del razonamiento expuesto en la decisión final, la junta determinó:

Los comentarios formulados por los reclamantes en Facebook fueron los comentarios perjudiciales sobre el negocio del Empleador (...) Estos comentarios fueron hechos para Facebook a casi 100 o 377 personas, incluyendo empleados. Me parece, con base en los hechos y el análisis en Leduc v. Romana, que los reclamantes no podían tener una expectativa seria de privacidad cuando publicaron comentarios en sus sitios Web de Facebook y, por lo tanto, los comentarios son perjudiciales para el negocio del empleador”.

En este caso existen dos aspectos relevantes que incidieron en la decisión del órgano competente, uno objetivo y otro subjetivo:

- El objetivo es que el comentario ofensivo no fue realizado resguardándose la privacidad del mismo en la medida que se difundió a un universo de al menos 100 personas, incluyendo trabajadores de la empresa.

Sobre este punto consideramos irrelevante el hecho de que el universo de receptores sea decenas o centenas. En realidad bastaría que el comentario se haya enviado a una sola persona y que el mismo no haya sido remitido dentro de una esfera privada para que potencialmente pueda ser conocido por un universo ilimitado. Además, consideramos que también es irrelevante que dentro de los receptores se encuentren trabajadores pues, al final, cualquier tercero podría advertir la afectación del derecho a la empresa y poner en conocimiento de dicha afectación a la misma.

- El subjetivo es que se afectó el negocio de la empresa. Este aspecto requiere de una carga probatoria intensa pues en el fondo lo que debería estar acreditado o estar en posibilidad de acreditarse es que efectivamente hubo un daño medido por nivel de decrecimiento de

ventas, quejas de consumidores, sanciones de proveedores, etc, carga probatoria que evidentemente la debe asumir el empleador tratándose de la imputación de una conducta que podría, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, considerarse como falta grave. Nos referimos al faltamiento de palabra escrita considerado como una falta grave por conducta del trabajador, cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Dicha falta está contenida en el literal f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

El otro caso es el siguiente:

“En España, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, en sentencia 3636/2007 del 26 de mayo de 2007, al analizar la procedencia de despido por comentarios de un trabajador en su blog, señaló:

‘Estamos de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o utiliza. La Web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido’.

El fundamento de la referida sentencia del Tribunal Superior se puede igualmente aplicar a los contenidos publicados en Facebook que sean de acceso al público, e inclusive, según lo señalado por Relaciones Laborales de la Columbia Británica en el caso citado, la idea de privacidad deberá atender al número de personas que tuvo a su disposición lo publicado por el trabajador, independientemente que el acceso a dichos contenidos sea abierto al público o solo a los amigos.

De lo anteriormente expuesto, en aras de salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador sin menoscabar el poder de dirección y control del patrono, se desprende la necesidad de notificar previamente al trabajador sobre las normas de uso de los equipos telemáticos

durante la jornada de trabajo, detallando de la forma más precisa el alcance del poder de supervisión del patrono, siendo conveniente indicar si el mismo abarca el contenido de lo publicado en las redes sociales y demás sitios de Internet (...), o si por el contrario solo se limitará al uso de los equipos telemáticos sin incluir la información, datos, opiniones, en fin, contenidos enviados, recibidos, visitados o publicados por el trabajador”.

En este caso concreto podemos realizar algunos comentarios:

- El órgano competente analiza el caso en función del conocimiento de los niveles de privacidad que tiene un blog, a diferencia de Facebook, lo cual es relevante en cada caso pues, como antes hemos indicado, cada red social tiene sus propias políticas y en el caso concreto el conocimiento de las mismas es vital para resolver el conflicto. En ese sentido, el órgano que resuelve analizando el blog, concluye que el uso de mismo genera un espacio abierto de información que cualquier puede recibir pues no habría tenido restricción de privacidad alguna.
- El otro elemento que introduce el órgano es el referido a la voluntad o hasta intencionalidad de difundir, en este caso el comentario agravante, en la medida que el instrumento utilizado (blog) no tiene ninguna restricción para que un universo limitado tenga acceso. Por ello es que la autora citada, compara este caso con aquel de supuesto de difusión de un comentario por Facebook que no tenga limitación de privacidad, es decir, que sea abierto al público en general.

III. REGULACIÓN DEL USO DE LAS REDES SOCIALES AL INTERIOR DE LA EMPRESA

Considerando la inexistente regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, las alternativas que tiene todo empleador van desde la opción bilateral, es decir, de contractualizar el uso de las redes sociales mediante convenios colectivos o contratos individuales de trabajo, o la opción unilateral que tiene su materialización en políticas y/o códigos de conducta implementados al interior de las organizaciones.

No cabe duda de que será el principio de buena fe laboral el paraguas de cualquier tipo de regulación que se adopte. Ello sustentado en la voluntariedad

de contratar del trabajador sometiéndose a determinadas reglas de conducta que la ley y el empleador puede imponer, y a un deber esencial de respeto por su contraparte contractual.

Ahora siendo conscientes de que dicho principio se convierte en una limitación a un derecho fundamental, como es la libertad de expresión, lo más aconsejable es que la regulación devenga del acuerdo de las partes, es decir, que sea colectiva o individualmente acordado el uso responsable de las redes sociales. La etapa precontractual o de postulación, o finalmente el inicio de la relación laboral debería ser el mejor momento para proponer a postulante o trabajador, según sea el caso, un esquema de contratación que contenga regulación restrictiva del uso de las redes sociales.

En todo caso, sí somos conscientes, como lo precisa Iluminada R. FERIA BASILIO⁽¹⁴⁾, del riesgo que para la libertad de expresión de los trabajadores supone la expansión del principio de buena fe laboral en este posible conflicto:

“Dados el gran alcance de la actividad social en red y la falsa sensación de privacidad, nos enfrentamos a una amenaza expansionista del principio de buena fe, que puede condicionar en mayor medida la libertad de expresión de los trabajadores. Como vía para evitar conflictos, se fomenta cuanto menos la publicación de políticas de empresas en las que se marquen las reglas a observar por quienes, estando en relación conocida con una empresa, interactúen en las redes sociales, así como las reglas básicas para mantener en compartimentos estancos los intereses corporativos y los personales. Por su parte, se aconseja a los trabajadores un ejercicio responsable de su libertad, moderando sus actuaciones y eliminando en sus manifestaciones privadas cualquier identificación de la empresa para la que trabaja. En cualquier caso, habremos de esperar los primeros pronunciamientos judiciales para conocer la ponderación de elementos tradicionales y novedosos, caracterizados siempre por su mayor impacto, y para conocer el definitivo valor que las empresas confieren a los datos y opiniones colgados en redes sociales por sus trabajadores”.

(14) FERIA BASILIO, Iluminada R. Ob. cit.

En todo caso, volviendo al ordenamiento jurídico peruano, la inclusión del precepto constitucional: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, es la mejor garantía para evitar excesos en la regulación al interior de las empresas. La necesidad de regular sobre los límites de la buena fe laboral ante la expansión de las formas virtuales de comunicación, se convierte cada vez más importante, pues lo que está fuera de discusión, es que otras formas de comunicación virtual se irán creando con límites ni siquiera sospechados en la actualidad. Si a ello se suma el progresivo mayor valor del intangible de cada empresa, tenemos que no solo es necesaria una regulación para evitar afectación a derechos fundamentales de los trabajadores sino para garantizar el valor de las organizaciones empresariales como pilar de una economía de mercado.