



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**¿EN QUÉ MEDIDA LA VIGILANCIA QUE HACE EL EMPLEADOR RESPECTO
AL USO DE SUS REDES SOCIALES DEL TRABAJADOR PUEDE AFECTAR
SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN?**

Memoria para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORA:

FRANCISCA CAMILA RIVERA SEPÚLVEDA

Profesor Guía:

Salvador Millaleo H.

Santiago, Chile,

2019

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mis papás, a mi hermana, a mis amigas y amigos, quiénes estuvieron apoyándome durante todo este proceso. Este nuevo logro es en gran parte gracias a ustedes.

Agradecer también mi profesor guía de tesis Salvador Millaleo, por su ayuda y paciencia para guiarme durante el desarrollo de la tesis.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	v
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I USO DE LAS REDES SOCIALES	7
1.1 Revolución Sociotecnológica en Internet.....	9
1.2 ¿Qué es una red social?.....	11
1.3 Redes Sociales populares.....	14
1.4 Aspectos comunes	19
1.5 Uso de redes sociales en el lugar de trabajo.....	19
CAPITULO II REGULACIÓN DE LAS REDES SOCIALES	23
2.1 La autorregulación en el modelo estadounidense	24
2.2 Leyes	26
2.3 Empresas y la regulación de las redes sociales.....	30
2.4 Ley Nacional de Relaciones Laborales (NLRA)	30
2.5 Aspectos generales	31
2.6 Memorando OM 11-74 Junta Nacional de Relaciones del Trabajo	35
2.6.1 Actividades protegidas y concertadas	36
2.6.2 Casos no considerados como actividad protegida o concertada	38
2.6.3 Casos considerados como actividad protegida o concertada	40
2.6.4 Normas empresariales.....	42
2.7 Reflexión.....	43
CAPITULO III JURISPRUDENCIA	45

3. 1 Libertad de expresión	47
3.2 Caso: AMR vs. Dawnmarie Souza - El primer caso de despido de Facebook	50
3.3. Caso <i>Walmart</i>	52
3.4 Caso Ortiz Vs. Hispanics United Of Buffalo, Inc. Resolución N° 3-CA-27872	56
3.5 Caso Knauz Motors BMW	58
3.6. Caso: DirecTV	59
3.7 Caso: Jones & Carter	62
3.8 Caso: Diseño Technology Group LLC d / b / a Bettie Page Clothing	63
3.9 Caso: Dish Network	65
3.10 Posible existencia de una afectación a la libertad de expresión del trabajador.....	68
CAPITULO IV PROYECTOS DE LEY.....	71
4.1 Legislación de 2016.....	72
4.2 Proyecto de Ley año 2013.....	83
4.3 Proyecto de Ley año 2017.....	89
CONCLUSIÓN	93
BIBLIOGRAFÍA	97
1. LIBROS.....	97
2. PÁGINAS WEB.....	97
JURISPRUDENCIA	100

RESUMEN

¿EN QUÉ MEDIDA LA VIGILANCIA QUE HACE EL EMPLEADOR RESPECTO AL USO DE SUS REDES SOCIALES DEL TRABAJADOR PUEDE AFECTAR SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Las redes sociales son herramientas poderosas, y su gran impacto han traído un fenómeno incontrolable, que se ha manifestado en todo ámbito incluyendo el laboral. El problema que traen consigo es cuando el uso que se les da es inapropiado. El caso más famoso en Estados Unidos es el llamado “*Facebook Fired*”, donde un empleador fue despedido por realizar comentarios respecto a su lugar de trabajo, y donde tuvo como consecuencia el despido inmediato.

Dicho despido, trae como análisis en la siguiente memoria, la intervención del empleador en el uso de las redes sociales del trabajador y la afectación a su libertad de expresión. Se examinará jurisprudencia estadounidense relacionada con los despidos basados en el uso de las redes sociales en los lugares de trabajo.

Palabras claves: Redes sociales, libertad de expresión, trabajo.

ABSTRACT

HOW DOES THE EMPLOYER’S MONITORING REGARDING THE USE OF IT’S WORKERS’ SOCIAL NETWORKS AFFECT THEIR FREEDOM OF EXPRESSION?

Social networks are powerful tools, and their great impact has brought an uncontrollable phenomenon, which has manifested itself in all areas including labor. The problem they bring is when the use given to them is inappropriate. The most famous case in the United States is the so-called “*Facebook Fired*”, where an employer was dismissed for commenting on his workplace, and where the immediate dismissal resulted.

Said dismissal, brings as analysis in the following report, the intervention of the employer in the use of the social networks of the worker and the affectation to his freedom of expression. In this work we will examine US jurisprudence related to layoffs based on the use of social newtworks in the workplace.

Key words: social networks, freedom of expression, workplace.

INTRODUCCIÓN

Desde hace sólo un par de años que conocemos el Internet, y éste ha provocado importantes cambios en la manera de construir relaciones sociales. Hoy en día, con la ayuda de la tecnología, la forma de comunicarse es instantánea; facilitando aun más la comunicación entre las personas.

Sin embargo, de nuevo, hoy nos enfrentamos a una revolución similar (como lo fue con la aparición de Internet) en torno al fenómeno de las redes sociales y la llamada Web 2.0¹. A partir del año 2000, el uso de las redes sociales se ha convertido en un fenómeno en expansión, casi incontrolable, lo que se traduce en que cada día, más de mil millones de personas en todo el mundo utilizan las redes sociales, donde ha llegado no solo a los hogares, sino que también ha invadido los lugares de trabajo.

El uso de sitios de redes sociales, también conocidos como redes sociales, está en incremento desde hace un tiempo. Actualmente, dos tercios de los estadounidenses usan las redes sociales, como Facebook, Twitter, MySpace, LinkedIn, y otros sitios de redes sociales². Los sitios web de redes sociales

¹ Web 2.0 se refiere al nuevo Internet en donde destaca la colaboración y aportación de contenidos del usuario; es decir, que es interactiva.

² Desde 2007, el uso de las redes sociales ha aumentado un 230% por ciento. Además, el 43% de los usuarios visita estos sitios más de una vez al día. Cabe agregar, que existe una fuerte masificación de ellas, como por el ejemplo; Whatsapp, Facebook y Twitter, son las más utilizadas en los horarios del lugar de trabajo.

Alison Diana, *Social Media Up 230% Since 2007*, InformationWeek (June 28, 2010), available at http://www.informationweek.com/news/software/web_services/showArticle.jhtml?articleID=225701600&subSection=News; *2010 Social Networking Report*, Experian Simmons, <http://www.smr.com/web/guest/2010-social-media-report>; Teddy Wayne, *Social Networks Eclipse E-Mail*, The New York Times (May 17, 2009), available at http://www.nytimes.com/2009/05/18/technology/internet/18drill.html?_r=1.

permiten a los miembros crear perfiles que contienen información personal (por ejemplo, edad, escuela, empleador, sexo, religión, intereses musicales, pasatiempos) y para compartir sus perfiles con otras personas conocidas como sus “amigos”,³ Estos sitios ahora están siendo utilizados por empleadores y empleados, tanto dentro como fuera del lugar de trabajo⁴.

En relación a lo anterior, se ha generado un interesante debate respecto al uso de las redes sociales en los puestos de trabajo. Existen empresas que ofrecen total libertad a sus trabajadores en este asunto, mientras que otras optan por la prohibición absoluta. Algunas investigaciones han establecido que cuatro de cada cinco empleados utilizan las redes sociales para fines privados durante las horas de trabajo⁵, lo que no se condice con la productividad que éstos puedan tener, pero si afectar quizás la calidad de trabajo que obtengan.

³ Richard Raysman and Peter Brown, *Behavioral Ads: Social Networks' Lat- est Legal Pitfall?*, Law Technology News (March 25, 2008), available at <http://www.law.com/jsp/lawtechnologynews/PubArticleLTN.jsp?id=900005506762>; Danah M. Boyd & Nicole B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, *Social network sites: Definition, history, and scholarship*, J. Computer-Mediated Comm., 13(1), available at <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html> (defining social networking websites).

⁴ Molly DiBianca, *The [Many] Roles of Online Social Networks in the Work- place*, The Delaware Employment Law Blog (January 19, 2009), http://www.delawareemploymentlawblog.com/2009/02/the_many_roles_of_online_socia.html. As of October 30, 2010, Facebook reports that it has “[m]ore than 500 million active users,” 50% of which log on in any given day. Facebook “Press Room,” <http://www.facebook.com/press/info.php?statistics>. “The fastest grow- ing demographic is those 35 years old and older.” *Id.*; see also Molly DiBianca, *The Number of Adults Who Use Online Social Networking Sites Is Skyrocketing*, The Delaware Employment Law Blog (January 19, 2009), http://www.delawareemploymentlawblog.com/2009/01/the_number_of_adults_who_use_o.html (“the number of adults who utilize these sites has quadrupled since 2005”).

⁵ Estudio, la investigadora postdoctoral Cecilie Schou Andreassen y sus colegas del Departamento de Ciencias Psicosociales de la Universidad de Bergen (UIB) estudió las consecuencias de la utilización de las redes sociales durante las horas de trabajo.

Para las empresas, ha sido difícil mantener un control sobre el uso de las redes sociales en una oficina, y en determinados momentos estas pueden suponer un importante elemento de distracción para los trabajadores, en la actualidad se ha manifestado en que los empleadores han decidido limitar el acceso de sus empleados a las redes sociales y al equipo tecnológico con el que cuentan en la pero, ¿Cuán productivo puede ser ese bloqueo? ¿Debería existir? ¿Hay una vulneración a la libertad de expresión? Estas preguntas son las que surgen en cuanto a lo que ha implicado el surgimiento del uso de las redes sociales.

Los empleadores están despidiendo cada vez más a los empleados debido a su inaceptable uso de las redes sociales, y es inevitable que las demandas basadas en este tema se vuelvan más comunes en el futuro. Las reclamaciones más viables para los empleados dados de alta en tales circunstancias son reclamaciones por despido injustificado.

Este tema está en plena evolución. La inclusión de las redes sociales en los trabajos es un evento innovador, pero que a la vez se está volviendo en algo cotidiano, y cuya regulación aun no es clara en todos los países. En virtud de lo anterior, es que he elegido la legislación estadounidense para abordar la siguiente problemática, puesto que se encuentra una guía interesante a la luz de los casos suscitados en la relación entre empleador y empleado, y es bastante interesante como abordan este tema que para muchos países recién comienza.

Sumado todo lo anterior, la presente memoria tiene entonces como objetivo analizar el uso de redes sociales y sistemas de mensajería en el lugar de trabajo, y la forma en que el empleador ha comenzado a intervenir el uso de éstas. La pregunta a responder es ¿En qué medida la vigilancia que hace el empleador respecto al uso de las redes sociales del trabajador puede afectar la libertad de expresión? En otras palabras, qué pasa si el “jefe” cree conveniente o tiene el derecho a revisar las redes sociales del trabajador.

La investigación se enfoca en el desarrollo de la hipótesis, la cual plantea que la vigilancia que el empleador respecto al uso de las redes sociales por el trabajador no es aceptable, porque implica una vulneración a la libertad de expresión. Si bien más de la mitad de las empresas en Estados Unidos tienen bloqueado el acceso a las redes sociales, se han dado casos en los que el uso de las redes sociales no afectaría la imagen de la empresa, sino que al contrario la beneficiarían, de todas formas la decisión de prohibir o no el uso de las redes sociales queda en manos del empleador. Aunque, los límites respecto a dicha prohibición, no queda claro, y menos cuando los empleados son despedidos por situaciones que involucran su libertad de opinión, sin tener una causal propiamente tal del despido que lo justifique.

En razón de lo explicado, la investigación se focalizará en las decisiones administrativas, la jurisprudencia judicial y proyectos de legislación que se han realizado en Estados Unidos, en torno al tratamiento y evolución de las redes sociales en los lugares de trabajo, y el gran impacto que genera en la sociedad, alcanzando todos los niveles de vida.

En suma, el mundo laboral se puede constatar todos los días el creciente impacto de las redes sociales, que no dejan de propiciar polémica en algunos casos o de generar rechazo en otros; entusiasmar a algunos o desconcertar a los demás. Sea cual fuere la actitud que se adopte, el convencimiento de que cambiarán el mundo del trabajo crece a una velocidad notable. Hoy, la mayoría de las empresas de todos los tamaños, piensa que las redes sociales cambiarán procesos y funciones críticas, puesto que éstas son un instrumento, que puede ser utilizado para bien o para mal, pero que, como innovación con grandes ventajas y gran poder para aumentar las capacidades humanas, será indiscutiblemente cada vez más utilizado. En Estados Unidos, como en el resto del mundo, las redes sociales están cambiando los contactos y las relaciones profesionales de una manera radical, pero lo que no podemos hacer es negar su trascendencia, relegar su

importancia o escondernos de la realidad, o será demasiado tarde para aprovecharlas en nuestro favor.

Ilustramos el problema presentado anteriormente a través del siguiente ejemplo:

Son las 08:00 horas de la mañana, Claudio⁶ actualiza nuevamente su cuenta de Facebook. En su comentario más reciente avisa a sus contactos que se encuentra de camino al “infierno”, refiriéndose a su lugar de trabajo. En respuesta, recibe muestras de solidaridad de algunos compañeros de trabajo y de uno que otro conocido y familiar. Todos sus contactos saben, o pueden conocer a través de su perfil, el nombre de la empresa descrita esa mañana es conocida como el “infierno”. Como en ocasiones anteriores, los comentarios despectivos publicados por Claudio se refieren en gran parte a los asuntos discutidos por la gerencia. Argumentos como: “Claudio está afectando nuestra reputación”, “es un empleado desleal” y “ya hemos hablado con él”. Días más tarde, Claudio es despedido, y posteriormente, radica una demanda por despido injustificado.

⁶ Claudio es el nombre del personaje para ilustrar el problema

CAPITULO I

USO DE LAS REDES SOCIALES

“Piensa antes de publicar en Internet y las redes sociales, mientras no olviden, nuestra vida privada, estará en manos de lo público”⁷.

El panorama actual predominado por las tecnologías de la información y de la comunicación, lo que algunos denominan la era electrónica o la era de la informática, se ha manifestado en los rápidos que éstos han producido en los últimos diez años y que han abierto a nuevas posibilidades para la comunicación. Uno de los temas que ha acaparado la atención, es sin duda el uso de las nuevas tecnologías, así como las llamadas redes sociales en Internet. Hoy en día, la integración de las redes sociales de los usuarios va en aumento y ha dado lugar a múltiples estudios sociológicos⁸, debido a la marcada tendencia del hombre a depender de los artículos y medios electrónicos.

Si bien es cierto, las redes sociales han contribuido positivamente al incremento de la libertad de expresión en la sociedad, también es verdad que expresarse pública y libremente por medio de una red social tiene sus consecuencias. Se han convertido en un “foro público” en donde cualquier persona puede opinar y acceder a una gama muy variada, amplia y plural de puntos de vista.

La sociedad en su conjunto con la llegada de las redes sociales ha cambiado la forma y el modo en que se comunican, ya no solo lo hacen a través de llamadas telefónicas o conversaciones presenciales, sino que actualmente la mayoría usa los medios digitales a través de aparatos móviles. La popularización de estas nuevas herramientas está cada vez al alcance de las personas lo que provoca que

⁷ Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-131/12 Google vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), de 13 de mayo de 2014.

⁸ Véase: SIBILA, P. “La intimidad como espectáculo”, México, 2008.

surja el debate respecto a nuevas formas de interacción y más recientemente a través de las redes sociales.

Es por ello que, ante esta nueva realidad, las instituciones y el propio legislador, deben reaccionar de forma ágil y flexible al entorno cambiante y en constante evolución, a fin de tutelar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y nunca legislar en base a los escándalos.

Es importante mencionar que el acceso a las redes sociales es tan fácil, que los usuarios están cada vez más conectados en cualquier momento ya sea a través de los celulares, computadores, tablets...etc., logrando una conexión las veinticuatro horas del día sin moverse del lugar o sitio en que se encuentren. En consecuencia, se percibe que las personas están disponibles y conectadas la mayor parte de su tiempo.

El problema en cuestión surge cuando el uso de las redes sociales se manifiesta en el lugar del trabajo, generando distracciones en los trabajadores, ocasionando pérdida de tiempo y dinero para el empleador, lo que resulta en una disminución de productividad y un bajo desempeño en las actividades laborales. Al ser las redes sociales un espacio virtual en la cual se brinda un espacio de compartir datos, información, opiniones e incluso entablar conversaciones en forma directa y en tiempo real, es lo que facilita el ejercicio de la libertad de expresión y lo que a la vez genera una discusión en cuanto a la regulación de esta nueva era del uso de las redes sociales.

En Estados Unidos, es común este conflicto al que se enfrentan las empresas, reconocen que las redes sociales forman parte de la actividad diaria de las personas y en particular de sus trabajadores, pero que a la vez son utilizadas a través de los dispositivos de la empresa, provocando problemas de seguridad, y otras situaciones que perjudican la imagen de la empresa. La otra cara de la moneda es que para los trabajadores la consecuencia resulta en su despido, lo

cual tampoco tiene una justificación razonable cuando un trabajador publica en su red social privada algún asunto de la empresa. Las circunstancias descritas han motivado la elaboración de este trabajo, donde el estudio de los principales problemas que se originan por el uso de las redes sociales en relación con la intervención que hace el empleador afecta el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los trabajadores.

Este capítulo tiene como objetivo analizar el uso de las redes sociales en el lugar de trabajo, utilizando en particular la legislación de Estados Unidos, en virtud de que existe más información al respecto y en virtud de que se han tomado políticas por parte de las empresas para regular la situación descrita anteriormente. Además, de que se han suscitado más casos que han originado a cuestionar el uso de las redes sociales cuando se refiere a aspectos importantes de la empresa o refiriéndose a temas de trabajo o incluso haciendo comentarios que se publican en éstas respecto a los empleadores.

La división del capítulo será de la siguiente manera; en primer lugar, se dará un contexto general sobre la revolución de esta nueva era tecnológica en que nos encontramos, luego, se tratará el concepto de red social en particular, posteriormente me referiré a las redes sociales más utilizadas, y finalmente se analizará el conflicto en cuestión, reflexionando si efectivamente genera un conflicto para el empleador, que el trabajador use las redes sociales en horarios de trabajo, o si efectivamente existe una afectación para el trabajador en relación a su libertad de expresión.

1.1 Revolución Sociotecnológica en Internet

Siempre se ha dicho que el Derecho va de la mano con los cambios sociales y culturales, y lo mismo esta sucediendo con los cambios tecnológicos que se han suscitado los últimos diez años, lo que ha impactado sobre el modelo de sociedad

provocando una auténtica revolución.⁹ Actualmente, lo más destacado de las nuevas tecnologías se encuentra en las denominadas redes sociales, comenzando una nueva era que llegó a instalarse para no irse jamás.

Como se señaló anteriormente, las redes sociales constituyen nuevos portales de comunicación, alterando los esquemas clásicos de la comunicación “real”, que esta siendo superada por la del mundo virtual¹⁰. Desde el año 2002 estamos frente a una revolución sociotecnológica en Internet¹¹, es decir el ataque de las redes sociales que se ven reflejadas en las actividades que desarrollan las personas desde las relaciones personales hasta aspectos del trabajo, negocios, movimiento sociales y políticos¹².

En el mes de noviembre del año 2007, las redes sociales superan por primera vez al conocido correo electrónico ¹³, respecto a las horas dedicadas a éstas, ocasionando que dos años más tarde tuviera un mayor número de usuarios de los que tenía el correo electrónico. Año tras año las cifras han ido aumentando a nivel mundial, y en donde el factor edad tampoco es relevante puesto que en Estados Unidos, el grueso de usuarios en la red social Facebook que se detallará mas adelante, la franja de edad es de 35 y 44, con una frecuencia superior a la de la gente más joven. En adición, casi el 60% de los adultos de Estados Unidos tiene al menos un perfil, el 30% tiene dos, y e 15% tres o más. Se trata de una tendencia que abarca toda la sociedad y cuyo significado ha manifestado que las personas han cambiado la manera en que están socializando.¹⁴

⁹ CASTELLS, Manuel. *“El impacto de Internet en la sociedad: una perspectiva global”*. P.16

¹⁰ Ibid. p.462

¹¹ Ibid p.16

¹² Ibid p.17

¹³ Ibid p.16

¹⁴ Ibid p.16

De lo anterior, se refleja que la mayor parte de la actividad en internet pasa por las redes sociales, que se han convertido en plataformas de preferencia para todo tipo de fines, no solo para relacionarse y charlar con amigos, sino también ha llegado a ser parte del uso diario de los trabajadores en el lugar de trabajo que es lo relevante para este caso.

1.2 ¿Qué es una red social?

El concepto de red social, referida a un grupo de personas relacionadas para el ejercicio de una determinada actividad no es nuevo,¹⁵ puesto que las redes sociales son tan antiguas como la humanidad misma y surgen de la necesidad de que los seres humanos se comunican. A lo largo de la historia el hombre ha establecido distintos mecanismos para relacionarse con sus semejantes. La aparición de las redes sociales es una consecuencia de la naturaleza intrínseca del ser humano, como lo es también el crecimiento y éxito de las redes sociales en Internet.

El concepto de red social es mucho más amplio y complejo de lo que se piensa, entonces se puede manifestar de muchas formas, en consecuencia, la definición no es absoluta. El acercamiento teórico al concepto emerge hacia la década de los treinta con una aproximación desde la antropología, psicología, sociología y matemática; a través de estas disciplinas se comienza a construir el aparato conceptual de la red social, su estructura, relaciones, percepción y comportamientos. Hacia la década de los noventa resurge su interés gracias al auge de la tecnología y la versatilidad de los medios de comunicación.

En consecuencia, desde hace décadas que las redes sociales son objeto de estudio de las disciplinas ya mencionadas, de las cuales han ilustrado diferentes

¹⁵ De acuerdo con el **Diccionario de la Real Academia Española**, uno de los significados de la palabra red se refiere al “Conjunto de personas relacionadas para una determinada actividad...”.

teorías que tratan de explicar su funcionamiento, y donde varios autores han intentado construir el concepto de red social.

El término de red social por primera vez se atribuye a los antropólogos, británicos Alfred Radcliffe-Brown y Jhon Barnes. Este último estableció que una red social es: *«Cada persona está, por así decirlo, en contacto con cierto número de otras personas, algunas de las cuales están en contacto entre sí y otras no. Creo conveniente denominar red a un campo social de este tipo. La imagen que tengo es la de una red de puntos los cuales algunos están unidos por líneas. Los puntos de esta imagen unas veces serán personas y otras grupos, y las líneas indicarían quiénes interactúan entre sí»*¹⁶ De este concepto, se desprende que una red social es una estructura social formada por personas o entidades conectadas y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común.

Otra definición la plantean dos autores en el año 2007, Boyd y Ellison, quienes establecen que *“las redes sociales son servicios de web que permiten a los individuos (1) crearse un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado; (2) articular una lista de otros usuarios con los que se comparte conexión; y (3) ver en su lista de conexiones y las del resto de los usuarios dentro del sistema”*.¹⁷

Jan van Dijk (2008), establece que “una red social puede definirse como una colección de vínculos entre elementos y cada uno de estos elementos es denominado nodo” dichos elementos tejen una relación que construye un sistema complejo”.

¹⁶ REQUENA SANTOS, Félix. *“El Concepto de Red Social”*. Universidad de Málaga. P.139. http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_048_08.pdf

¹⁷ BOYD, ELLISON. “Social Network Sites. Definition, history and scholarship”. *Journal of Computer-Mediated communication* 13, núm.1 (2007).

Entre tanto, Manuel Castells (2005) expresa que una red social “es un conjunto de nodos interconectados” (p. 550), añade: “las redes sociales son estructuras abiertas, capaces de expandirse sin límites, integrando nuevos nodos mientras puedan comunicarse entre sí, específicamente, siempre que compartan los mismos códigos de comunicación” (p. 551), esto significa que las redes sociales se erigen a partir de intereses, valores u objetivos comunes.

Por su parte, Carlos Lozares (1996), define las redes sociales como un “conjunto bien delimitado de actores- individuos, grupos, organizaciones, comunidades, sociedades globales, etc., vinculados unos a otros a través de una relación o un conjunto de relaciones sociales” (p. 108). En suma, una red social está conformada por un conjunto de actores, en otras palabras, nodos que tejen relaciones a partir de intereses comunes

Ibarra¹⁸, define de la siguiente manera: “Puede decirse que son las evoluciones de las tradicionales maneras de comunicación del ser humano (radio, televisión, periódico, etc.) que han avanzado con el uso de nuevos canales y herramientas, y se basan en la correlación, conocimiento colectivo y confianza generalizada”¹⁹

Fernández “Las redes sociales no son sólo un juego para el encuentro inesperado y sorprendente, sino espacios virtuales organizados para desarrollar proyectos, integrar comunidades de otra manera, poner en pie servicios que de otra manera no existirían, tomar decisiones en tiempos complejos y proyectarse hacia el mercado global usando toda la potencia de la virtualidad”²⁰

Es así que de estas definiciones y entre otras que se pueden encontrar, todas tienen en común que el uso de las redes sociales ocupa un importante lugar en las

¹⁸ Autor español

¹⁹ IBARRA GARCÍA J. (2014). “Comunicación y redes sociales”. PYME, 29(318), P. 63-68.

²⁰ FERNÁNDEZ, L. A. (2008). “Investigar en tiempos de crisis... y redes”. Análisis Madrid. ISSN:<http://www.madrimasd.org/informacionldi/analisis/opinion/opinion.asp?id=37289>

relaciones personales. Lo cierto es que hoy día las redes sociales interactivas se convierten en canales dinámicos de intercambio informativo, “instrumentos apropiados para una economía capitalista basada en la innovación, la globalización y la concentración descentralizada” (Castells, 2005, p.551).

Por esta razón, emergen nuevas modalidades de redes sociales tecnológicas que en el texto se denominaran virtuales o interactivas, que se valen de la capacidad de intercambiar información de manera simultánea, al usar diferentes posibilidades de comunicación multimedia como resultado de la penetración de la web 2.0, la ampliación de internet y sus funcionalidades, circunstancia que permite a los internautas y usuarios de las redes: opinar, compartir, comentar, buscar, recibir información de interés y generar conocimiento.

1.3 Redes Sociales populares

Todas las redes sociales tienen características comunes que es de mantener a los usuarios conectados y de ser accesibles a la red, siendo la forma más habitual de comunicación, junto con el correo electrónico. La red social más utilizada es Facebook, y le siguen Twitter, Youtube, Myspace, Instagram entre otras.

- Facebook

En Estados Unidos, y a nivel mundial²¹, la red social más popular y conocida es Facebook²². La página denominada Facebook fue creada por un estudiante de la

²¹ Facebook reina en las redes sociales en el mundo. Sin lugar a dudas. Según el informe Digital In 2017 elaborado por We Are Social 2017 en colaboración con Hootsuite sobre estadísticas, análisis y tendencias digitales, Facebook, con 1.871 millones, es la red social con mayor número de usuarios activos mensuales en el mundo. Más de la mitad, un 55 %, utilizan la red social a diario.

<https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-mas-usuarios-mundo-2017/>

²² The State of the Internet Now!, STATE OF THE INTERNET NOW (Nov. 21, 2011), <http://www.onlineschools.org/state-of-the-internet/soti.html>; Top 15 Most Popular Social Networking

Universidad de Harvard, llamado Mark Zuckerberg. El propósito era crear un espacio en que los estudiantes de dicha universidad pudieran intercambiar una comunicación de forma fluida y compartir contenido a través de Internet. Fue tan innovador su proyecto que con el tiempo se extendió hasta estar disponible para cualquier usuario de la red.

A partir de Septiembre del año 2006, se abrió a todo el público de Estado Unidos, cerrando ese año con más de 140 millones de usuarios²³. Al año siguiente se lanza versiones en francés, alemán y español que fueron traducidas, y su finalidad era impulsar esta red fuera de Estados Unidos, ya que la mayoría de sus usuarios estaban en ese país, Reino Unido y Canadá.²⁴

Es así que Facebook se ha convertido en una red social utilizada por todos, es de fácil acceso, es gratuito, los usuarios solo deben registrarse a través de su correo electrónico, luego crean su perfil en base a sus datos personales, pueden colocar fotos, listas de intereses personales e información pública y privada. Facebook, además, permite el intercambio de mensajes privados y públicos entre sus usuarios, siendo una comunicación a dos bandas, de ida y vuelta.

Actualmente, 1,94 mil millones de usuarios²⁵ en todo el mundo ocupan la red social Facebook, a pesar de que han surgido controversias en relación a los controles de privacidad, ha mantenido en una tendencia de crecimiento

Sites: March 2012, EBIZMBA RANK - THE EBUSINESS KNOWLEDGEBASE SURVEY (Nov. 21, 2011), <http://www.ebizmba.com/articles/social-networking-websites>

²³ Plusesmas.com. (2017). *¿Qué es y cómo funciona Facebook?*. [online] Available at: https://www.plusesmas.com/nuevas_tecnologias/articulos/internet_email/que_es_y_como_funciona_facebook/123.html [Accessed 5 Oct. 2017].

²⁴ Diccionarioactual.com (2017). *Cite a Website - Cite This For Me*. [online] Available at: <https://diccionarioactual.com/facebook> [Accessed 5 Oct. 2017].

²⁵ <https://zephoria.com/top-15-valuable-facebook-statistics/>

constante. Más del 50% de las personas, acceden a su cuenta a diario y, en promedio, cada uno tiene cerca de 130 amigos²⁶.

- Whatsapp

En segundo lugar, se encuentra Whatsapp, es un juego de palabras entre la frase en inglés '*What's up?*' utilizada en lenguaje coloquial a modo de saludo ('¿Qué tal?' o '¿Cómo va?') y el diminutivo *app* de la palabra inglesa *application* ('aplicación', utilizada en este caso como programa informático para teléfonos móviles). El nombre completo de esta aplicación para teléfonos móviles es WhatsApp Messenger.²⁷

Es una aplicación gratuita de mensajería instantánea que se descarga en los celulares móviles, llamados smartphones, cuya función es enviar y recibir mensajes. Además, los usuarios pueden crear grupos y enviarse imágenes, videos, grabaciones de audio...etc.

Cada usuario se identifica con su número del celular, es decir, basta con saber el número de alguien para tenerlo en la lista de contactos. Sin embargo, a diferencia de la red social Facebook, para poder usar whatsapp se debe contratar un servicio de internet móvil o conectarse a wifi. La identificación de cada usuario es su número de teléfono móvil. Basta con saber el número de alguien para tenerlo en la lista de contactos. Es imprescindible que, tanto el emisor como el destinatario, tengan instalada esta aplicación en su teléfono.

²⁶ The State of the Internet Now!, STATE OF THE INTERNET NOW (Nov. 21, 2011), <http://www.onlineschools.org/state-of-the-internet/soti.html>; Top 15 Most Popular Social Networking Sites: March 2012, EBIZMBA RANK - THE EBUSINESS KNOWLEDGEBASE SURVEY (Nov. 21, 2011), <http://www.ebizmba.com/articles/social-networking-websites>

²⁷ WhatsApp,S.(2017). *Significado de WhatsApp*. [online] Significados. Available at: <https://www.significados.com/whatsapp> / [Accessed 5 Oct. 2017].

Actualmente, esta aplicación de mensajería es elegida por el 98,1% de los usuarios en los últimos seis meses. El 43,3% reconoce que consulta continuamente sus mensajes.²⁸ WhatsApp, que nació en 2009, ha sobrepasado a YouTube ocupando la segunda posición en número de usuarios.²⁹

Lo relevante, es que esta aplicación es usada por los usuarios todo el día, reemplazando de cierta forma las llamadas telefónicas. Se ha convertido en el medio de comunicación más masivo puesto que es rápido, es instantáneo, y la mayoría lo prefiere por su comodidad, además que se puede utilizar en cualquier lugar, y contexto.

-Twitter

Twitter es una red social, es un servicio gratuito de microblogging³⁰, que hace las veces de red social y que permite a sus usuarios publicar o enviar mensajes basados en texto, denominadas “tweets”, de una longitud máxima de 140caracteres.

Lo que la diferencia de otras redes sociales como Facebook, es la limitación para dejar mensajes. El envío de mensajes se puede realizar tanto por el sitio web de

²⁸ 20minutos.es - Últimas Noticias. (2017). *Todo el mundo usa Whatsapp: el 98,1% de los usuarios de apps de mensajería lo tiene* - 20minutos.es. [online] Available at: <http://www.20minutos.es/noticia/2699283/0/todo-el-mundo-usa/whatsapp-numero-usuarios/linehangouts-skype-messenger-telegram-viber/#xtor=AD-15&xts=467263> [Accessed 5 Oct. 2017]

²⁹ Webempresa20 - Internet orientado a resultados. (2017). *Las 30 Redes Sociales más Utilizadas*. [online] Available at: <http://www.webempresa20.com/blog/las-30-redes-sociales-mas-utilizadas.html> [Accessed 5 Oct. 2017].

³⁰ El microblogging es un servicio que permite a sus usuarios enviar y publicar mensajes breves (alrededor de 140 caracteres), generalmente de sólo texto. Las opciones para el envío de los mensajes varían desde sitios web, a través de mini mensajes, mensajería instantánea o aplicaciones ad hoc. (Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Microblogging>)

Twitter, (o aplicaciones web llamadas clientes), como también desde teléfonos celulares. Estas actualizaciones se muestran en la página de perfil del usuario.

Los usuarios prefieren Twitter, porque se transmite y se conoce mucha información de calidad en poco tiempo, además que hace además un papel muy bueno de guía que con la ayuda de las opiniones y recomendaciones de otros usuarios, lo que lleva rápidamente a las mejores fuentes de información sobre prácticamente cualquier tema. Twitter es uno de los sistemas de comunicación más utilizados, no sólo para información intrascendente social, sino como herramienta de comunicación entre profesionales

- Youtube

Es una página web dedicada a compartir videos, se pueden encontrar videos musicales, clips de películas, programas de televisión entre otros como videoblogs, tutoriales...etc. Actualmente se encuentra dentro la red más utilizada por los usuarios, llegando a los 1300 billones, siguiendo los pasos de Facebook.³¹

Es una página gratuita, por ende, para tener acceso a ella, y subir videos se debe crear una cuenta en Youtube, aunque para ver videos solamente no es necesario tenerla. Sin embargo, ha existido polémica respecto al tema de los derechos de autor, puesto que se agregan videos personales, sino que también se expone la vida de las personas en distintos ámbitos.

Lo interesante es que actualmente algunas empresas usan a YouTube como parte de su estrategia de promoción. Youtube es considerada una de las páginas web más influyentes en la evolución de Internet, permitiendo que el compartir videos fuera una parte importante de la cultura en línea.

³¹ Aboutespanol. (2017). *Conoce lo esencial sobre YouTube*. [online] Available at: <https://www.aboutespanol.com/youtube-la-pagina-mas-popular-del-mundo-para-compartir-videos-157993> [Accessed 5 Oct. 2017].

1.4 Aspectos comunes

Ya mencionadas algunas de las redes sociales más utilizadas por los usuarios, ahora cabe preguntarse, que tienen en común y por qué son relevantes para el desarrollo de este trabajo, y no cabe duda que la red social principal utilizada dentro del entorno laboral por los trabajadores es en primera instancia Facebook, en segundo lugar se encuentra Whatsapp, confirmando lo que mencionan DiMicco y Millen.³² Otro aspecto a destacar es que parte importante de los trabajadores manifiestan que utilizan las redes sociales menos de 2 horas en su lugar de trabajo y principalmente lo usan como una herramienta de comunicación con sus amistades y/o compañeros de trabajo.³³

En primer lugar, son redes de acceso gratuito y principalmente son utilizadas en el transcurso del día a través de los distintos dispositivos móviles. En consecuencia, existe una conexión constante a ellas en cualquier momento, y se han convertido en una extensión más de los usuarios, pues se levantan, comen, ríen y duermen con ellas, siempre están presentes y se han convertido en un estilo de vida.

El problema en común es que las redes sociales se encuentran dentro de una gran encrucijada en la que las empresas y particularmente los empleadores las ven como una pérdida de dinero, ya que muchos de sus trabajadores acceden a ellas en su horario laboral y esto afecta a la productividad.

1.5 Uso de redes sociales en el lugar de trabajo

Solo era cuestión de tiempo que las redes sociales se convirtieran en un nuevo punto de conflicto entre la empresa y trabajador, tanto por su uso o abuso durante

³² Anon (2017).[online] Available at: http://onemyweb.com/sources/sources/multiple_presentation_facebook.pdf [Accessed 5 Oct. 2017].

³³ Escobar Sanz-Dranguet, B. (2014). Redes Sociales empresariales como factor de productividad. Capital Humano, 27(290), 100-102. Recuperado el 18 de Marzo de 2015, <http://www.directivoscede.com/es/conocimiento/articulos/redes-sociales-empresarialescomo-factor-productividad>

el tiempo de trabajo, como por las opiniones y vivencias comentadas en estas redes sociales. A medida que las redes sociales se han ido haciendo más presentes en las vidas de todas las personas, el número de despidos disciplinarios que tienen su origen y causa en las mismas se ha disparado.

El impacto personal del uso de redes sociales, no se ha mostrado como una vertiente de la productividad del personal de las empresas. Sin embargo, la resistencia al cambio ha sido el desaprobar la prohibición del uso de redes sociales de acuerdo a DiMicco y Millen.³⁴

En consecuencia, en Estados Unidos, existe éste gran dilema al que se enfrentan hoy las empresas. Las redes sociales forman parte de la actividad diaria de las personas, es por ello que resulte difícil separarlas del resto de las tareas cotidianas, siendo un conflicto puesto que son consideradas una autentica distracción, que supone una pérdida de tiempo para los empleadores.

El gran problema que se suscita es que la empresa fácilmente puede acceder al perfil de su trabajador en Facebook por ejemplo: para editar sus datos y utilizarlos en perjuicio del mismo. Lo que se traduce en una vulneración de derechos a la intimidad, por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en esta red social.

En ciertos lugares de trabajos en Estados Unidos, consideran que el uso de internet es para cuestiones estrictamente personales, refiriéndose a que el uso de las redes sociales, dependerá, en buena medida, del grado de consentimiento empresarial al respecto. A día de hoy, a la vista de los casos existentes que más adelante se analizarán, resulta indiscutible que si el empresario ha comunicado expresamente a los trabajadores que el uso de la red se destina exclusivamente a asuntos laborales, su utilización privada resultaría claramente irregular.

³⁴ DiMicco J., y Millen D. (2007) Identity Management: Multiple Presentations of Self in Facebook, recuperado el 18 de Marzo de 2015 de http://onemvweb.com/sources/sources/multiple_presentation_facebook.pdf

Sin embargo, en el caso de no existir un protocolo en la empresa sobre el uso de internet, la licitud de su utilización privada dependerá, en buena medida, de la forma y comportamiento del trabajo, evitando que afecte en el rendimiento de su trabajo. Pero ¿qué pasa cuando el empleador decide intervenir el uso de las redes sociales de sus trabajadores? ¿existe una afectación a la libertad de expresión de los trabajadores?

Jacoby³⁵ establece que *“el uso de las redes sociales puede causar riesgos para un negocio cuando los empleados comparten información confidencial de la compañía a través de Facebook, Twitter y otros sitios. También mencionan la gran necesidad de contar con una política de usos y restricciones y lo que debe de cubrir. “Proteja a su organización mediante la escritura y la publicación de una política de medios sociales en su manual del empleado, y advierta a los empleados que tiene la intención de controlar el uso de los medios sociales”.*

En base a lo expuesto en el capítulo, el uso de las redes sociales ha tenido un gran impacto en la sociedad, y en particular en los trabajadores, quienes ha expandido su uso al lugar del trabajo.

El surgimiento y el uso de las redes sociales ha provocado una ausencia de regulaciones que solucionen las problemáticas legales que conlleva y que, sin duda, deben ser atendidas. Las nuevas formas de comunicación han llevado a que surjan conflictos en los lugares del trabajo, ocasionando el despido de trabajadores por el uso de las redes sociales y su afectación a la privacidad queda a criterio de los tribunales, los cuales han tomado decisiones favorables y desfavorables en distintas situaciones.

Pareciera ser que el uso de las redes sociales dentro del lugar de trabajo podría ser relativo, ya que dependerá del puesto, del tipo de industria en el que se

³⁵ Jacoby, M. (2015). Add socialmedia policy to employee handbook. HR Specialist: Compensation & Benefits, 10 (1), 5. Recuperado el 27 de enero, 2015 de la base de datos EBSCO.

desenvuelvan las personas, porque dependiendo de las características y el tamaño de las empresas son las políticas definidas por la dirección general y recursos humanos las que regulan el comportamiento del colaborador dentro de la empresa. Finalmente, lo relevante es establecer políticas claras acerca del uso correcto de las redes sociales, en la que se promueva el uso adecuado de la información para que tomen en cuenta el sentido de la responsabilidad hacia su desempeño en las actividades diarias.

En Estados Unidos, se ha establecido que el uso de internet dependerá en la medida del consentimiento que tenga el empleador, porque esto influirá significativamente en cómo se destine a regular la privacidad del uso de las redes sociales. A día de hoy, a la vista resulta indiscutible que los trabajadores no dejarán de usar las redes sociales porque ya es parte de la sociedad, sino lo que se cuestiona es la justificación de los despidos por realizar comentarios de sus trabajos en sus redes sociales privadas. El punto en cuestión es hasta qué límite el empleador puede intervenir en sus redes sociales y afectar la libertad de expresión de sus trabajadores, a la luz de la regulación existente. Cuestión que se analizará en capítulos siguientes.

CAPITULO II

REGULACIÓN DE LAS REDES SOCIALES

Debido a la gran intensificación de las redes sociales virtuales en las relaciones de comunicación entre los individuos ha llevado a que se cuestione su alcance y suficiencia respecto a la regulación aplicada.³⁶ En por ello, que cuando nos referimos al análisis sobre la regulación de las redes sociales es complejo, porque tiene implicaciones directas en derechos como la libertad de expresión y la privacidad³⁷.

La regulación del Internet y del uso de las redes sociales en particular, se han convertido en un “reto jurídico para el derecho nacional e internacional”³⁸, puesto que la normativa existente es insuficiente ante las múltiples actividades que se realizan a través de ellas, y por ende, no existe un control sobre ellas, pero si es posible una intervención.

Es así, que “las nuevas formas de comunicación a través de las redes sociales crean una nueva realidad interactiva que presenta al derecho desafíos asociados con los alcances de la soberanía y la jurisdicción estatal”³⁹, es decir, hay dificultades para regular, y además se suma la variedad de conflictos surgidos de las redes sociales que suponen controversias en las diferentes materias del derecho; en sedes penales, civiles, laborales...etc. Algunos estados de Estados

³⁶ AREVALO Lucía, “*Modelos de Regulación Jurídica de Las Redes Sociales Virtuales*”. Revista Via Furis número 11, Julio-diciembre 2011, pp.109-135. Fundación Universitaria, Los Libertadores [online] Available at: <https://www.scribd.com/document/230828786/Modelos-de-Regulacion-Juridica-de-Las-Redes-Sociales-Virtuales> [Accessed 28 September 2017].

³⁷ Por ejemplo: con un creciente número de iniciativas legales que buscan regular plataformas como Twitter y Facebook en el mundo, se concentra en la clave de este debate y de su implicancia en nuestros derechos.

³⁸ Op cit. P. 1

³⁹ Op ct.

Unidos han tratado de dar solución jurídica al conflicto que se suscita por el uso de las redes sociales, pero que aun sigue siendo altamente incipiente.

Este capítulo pretende mostrar un estado del panorama jurídico frente a la regulación de las redes sociales virtuales, desde la perspectiva del modelo estadounidense. El modelo legal estadounidense para el tratamiento jurídico de Internet y las redes sociales se instituye en la autorregulación⁴⁰, donde se exaltan las reglas privadas como mecanismos normativos, estas normas son adaptativas a las realidades sociales y del mercado, minimizan la intervención judicial directa permitiendo a las partes la solución inmediata de diferencias entre ellas.

En segundo lugar, se analizará en este capítulo, las diferentes leyes que han surgido en Estados Unidos respecto a la regulación de Internet. Se mencionará brevemente las más importantes, para luego, entrar al análisis en particular la Ley Nacional de Relaciones Laborales (en adelante NLRA), en donde se han suscitado casos problemáticos respecto al uso de las redes sociales en el lugar de trabajo, relacionado con el Memorando OM 11-74 Junta Nacional de Relaciones del Trabajo, en donde se muestran las reclamaciones recientes relacionadas a acciones disciplinarias y despidos por uso de las redes sociales.

Y por último, en tercer lugar, analizar el problema que existe respecto a los límites que se pueden establecer a la regulación propiamente tal, puesto que surge la afectación a la libertad de expresión, en donde no es claro señalar que al existir una intervención al uso de las redes sociales en el lugar de trabajo, puede traducirse en un problema de gravedad tanto para el empleador como para el empleado, teniendo como consecuencia el despido de éste último.

2.1 La autorregulación en el modelo estadounidense

⁴⁰ Op cit.

En Estados Unidos, el modelo legal para el tratamiento jurídico de internet y de las redes sociales se basa en la autorregulación. El concepto de la autorregulación ha sido bastante analizado y se puede aplicar a distintos ámbitos, por ejemplo, la biología, la psicología, la política, la economía, tecnología, especialmente Internet.⁴¹

Un concepto más acotado es el siguiente: “se denomina autorregulación a la capacidad que posee una entidad o institución para regularse a sí misma, lo cual supone un logro de equilibrio espontáneo, sin necesidad de la intervención de otros factores, entidades o instituciones para lograr dicho proceso de autorregulación”.

42

En el artículo “*Modelos de regulación judicial de las redes sociales virtuales*” se resalta la definición señalada por la destacada investigadora Issa Luna Pla⁴³, quien establece que “el sistema de autorregulación es un modelo basado en valores, específicamente en la realidad social, que permita la flexibilidad que exige el medio y que se complemente con las legislaciones locales para facilitar su ejercicio y adecuación constante”⁴⁴.

⁴¹ Definición ABC. (2017). *Definición de Autorregulación*. [online] Available at: <https://www.definicionabc.com/general/autorregulacion.php> [Accessed 5 Oct. 2017].

⁴² Anon, (2017). [online] Available at: <https://definicion.mx/autorregulacion/> [Accessed 5 Oct. 2017].

⁴³ Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Es Doctora en Derecho de la Información en la Universidad de Occidente, Occidente, Sinaloa Sinaloa. Luna Pla tiene una maestría en derechos humanos por la Universidad London School of Economics and Political Sciences, del Reino Unido y ha sido investigadora en el Programme of Comparative Media Law and Policy (PCLMP), de la Universidad de Oxford, R.U. Se ha especializado en temas de transparencia y acceso a la información pública.

⁴⁴ AREVALO Lucía, “*Modelos de Regulación Jurídica de Las Redes Sociales Virtuales*. Revista Via Furis número 11, Julio-diciembre 2011, pp.109-135. Fundación Universitaria, Los Libertadores [online] Available at: <https://www.scribd.com/document/230828786/Modelos-de-Regulacion-Juridica-de-Las-Redes-Sociales-Virtuales> [Accessed 28 September 2017].

La autorregulación se funda en un “paradigma flexible, adaptativo a las realidades sociales y de mercado, que además minimizan la intervención judicial directa permitiendo a los actores intervinientes la solución inmediata de sus controversias o potenciales conflictos”⁴⁵. En consecuencia, la autorregulación es la posición más aceptada entre quienes proponen paradigmas para la regulación de internet y por ende, de las realidades virtuales que allí se originan.

Este modelo la mayoría de los casos se manifiesta en códigos de conducta que se traduce en instrumentos que fijan las pautas adecuadas a los usuarios de las redes sociales virtuales y a su vez, establecen líneas de actuación para las empresas prestadoras de servicios en la web.

En definitiva, el modelo estadounidense se fundamenta en la autorregulación, que hace posible que los operadores de internet y prestadores de servicio, en este caso, de las redes sociales, establecer un acuerdo de adhesión a las políticas de uso de las redes, que continuamente están modificándose para garantizar un uso apropiado de estos espacios virtuales.

2.2 Leyes

En Estados Unidos se encuentran “leyes y medidas que regulan temas como privacidad, seguridad, protección de datos, nombres de dominio, spam, comercio electrónico y de manera incipiente, al tema de las redes sociales virtuales”⁴⁶.

- **Electronic Communications Privacy Act (ECPA)**

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ AREVALO Lucía, “*Modelos de Regulación Jurídica de Las Redes Sociales Virtuales*. Revista Via Furis número 11, Julio-diciembre 2011, pp.109-135. Fundación Universitaria, Los Libertadores [online] Available at: <https://www.scribd.com/document/230828786/Modelos-de-Regulacion-Juridica-de-Las-Redes-Sociales-Virtuales> [Accessed 28 September 2017].

La Electronic Communications Privacy Act (ECPA) o conocida también como la ley de privacidad de las comunicaciones electrónicas, fue creada en el año 1986, cuyo objetivo principal fue evitar el acceso ilegal y ciertos accesos a comunicaciones electrónicas, por parte de personas no autorizadas sin el procedimiento apropiado⁴⁷.

La ley protege “la comunicación telefónica de voz, comunicaciones digitales de computadora a computadora, comunicaciones de los teléfonos portátiles y pretende salvaguardar el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la seguridad de los documentos, pertenencias contra registros y allanamientos irrazonables, de allí que, el acceso a cualquier información o interceptación de datos requiera una orden de cateo”⁴⁸.

- Ley Federal de Abuso Computacional de 1994

Esta ley viene a modificar a la ley vigente de 1986, cuyo propósito es la eliminación de “argumentos hipertécnicos acerca de qué es y que no es un virus, un gusano, un caballo de Troya y en que difieren de los virus y el cómo se realiza su transmisión con intención o sin intención, también, logra identificar algunos delitos relativos a estafas y defraudaciones electrónicas, entre otras conductas relacionadas con dispositivos de acceso informático”⁴⁹.

- Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA)

En 1998, esta ley es aplicada a la obtención de información personal en línea de niños menores de 13 años, de modo que, el operador deba indicar el uso de la información.

⁴⁷ INTECO, 2009, p. 88.

⁴⁸ Ibid. p.143

⁴⁹ Ibid.

De otra parte, la norma sugiere el diseño de la cláusula “safeharbour” que “indica las condiciones y situaciones en las cuales una red social no es legalmente responsable de violaciones si diseña o utiliza herramientas propias del control y seguridad”⁵⁰

Así, esta norma “establece el contenido de las Políticas de Privacidad que deben seguir las redes sociales y cómo y cuándo deben obtener el consentimiento de los padres o tutores, que sea verificable”⁵¹

- Anti-cybersquatting Consumer Protection Act (ACCPA) o ley de protección al consumidor

En 1999, aparece esta ley que hace posible proteger las marcas registradas y dominios para evitar usurpaciones y conductas de terceros para beneficiarse de esos nombres.

- Gramm Leach Bliley Act

En 1999, esta ley establece algunas reglas respecto a la privacidad financiera, protegiendo la información e historia financiera de los clientes, esta preceptiva determina que la Reserva Federal es entidad autorizada para la supervisión de actividades financieras.

- Electronic Signatures in Global and National Commerce (ESGNC) o “Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional”,

⁵⁰ (Elizalde y Pérez, 2010, p.2).

⁵¹ AREVALO Lucía, “*Modelos de Regulación Jurídica de Las Redes Sociales Virtuales*. Revista Via Furis número 11, Julio-diciembre 2011, pp.109-135. Fundación Universitaria, Los Libertadores [online] Available at: <https://www.scribd.com/document/230828786/Modelos-de-Regulacion-Juridica-de-Las-Redes-Sociales-Virtuales> [Accessed 28 September 2017].

Continuando con el desarrollo jurídico, en el año 2000 se expide la ley de firmas electrónicas en el Comercio Global y Nacional: encargada de reconocer el uso de firmas electrónicas y digitales.

- USA Patriot Act (UPA)

A partir de los actos terroristas del año 2001 se expide la USA Patriot Act, que permite a las autoridades federales la intervención de correos electrónicos, conversaciones telefónicas, mensajes de voz y en general, cualquier sendero de navegación por internet, a la postre la **Cyber Security Enhancement Act (CSEA)** o “Ley del perfeccionamiento de la Cyber Seguridad, amplía e interpreta algunos puntos de la Patriot Act, que endurece las penas para delitos relacionados con hacking, fraudes informáticos y publicidad de dispositivos ilegales.

En esta misma línea de acción se promulga la **Cyber Security Research and Development Act (CSRDA)** o “Ley sobre Investigación y Desarrollo de la Seguridad Cibernética”, que destina recursos para estimular la investigación en materia informática.

Durante varios años el desarrollo legislativo estadounidense ha transitado por diferentes momentos que atienden a regular temas relacionados con protección de datos, seguridad, spam, comercio electrónico, y en general todo lo relacionado al uso del Internet. Hoy por hoy, se ha comenzado a avanzar en el tema relativo a redes sociales con el acuerdo denominado **Joint statement on key principles of social networking sites safety** o declaración conjunta sobre los principios fundamentales de seguridad en las redes sociales.

En particular, este acuerdo se ha realizado específicamente entre facebook, y my space, donde 49 fiscales y barras de abogados de los Estados Unidos, pretenden proteger a las personas respecto a la privacidad y contenido del uso de las redes sociales. Al mismo tiempo, el sitio de redes sociales hará el esfuerzo para reconocer quejas o denuncias a través de sus mecanismos para reportar el abuso luego de 24 horas de recepción del informe. Sin dejar de lado que el acuerdo,

también supone el trabajo entre los operadores de los sitios de las redes sociales y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que deben trabajar para prevenir y juzgar a los criminales que abusan de internet.

2.3 Empresas y la regulación de las redes sociales

Se han creado diversas plataformas por parte de las empresas estadounidenses, en donde monitorean las actividades de sus trabajadores. Por ejemplo, prohibición y limitación de entrar a ciertas páginas web recreativas. En buena medida, esto depende del criterio que tiene cada lugar de trabajo, puesto que algunos consideran que el uso de internet y en particular de las redes sociales, es de carácter personal, y no debiera interferir en las horas productivas de trabajo.

Otras, en cambio, están más abiertas al uso de las redes sociales, en la medida de que exista un grado de consentimiento. Lo interesante a destacar es que si el empleador comunica a sus empleados de manera expresa que pueden utilizar las redes sociales, no resulta indiscutible. Sin embargo, lo problemático es cuando los empleados no tienen conocimiento al respecto y la utilización de las redes sociales con carácter privado, sería una actividad irregular.

En Facebook, por ejemplo, cada uno de nuestros perfiles son tan personales como lo puede ser el documento de identidad. En las redes sociales podemos leer y escribir con un despliegue de tonos y frases que podrían ser propias de conversaciones de bar o en la casa, se ven comentarios sin filtros. El problema surge cuando una persona es contratada por una empresa, en el cual en ese momento, todos los perfiles en redes sociales pueden jugar en contra del empleado, ya que normalmente cualquier departamento de Recursos Humanos puede tener sin grandes esfuerzos acceso a ellos.

2.4 Ley Nacional de Relaciones Laborales (NLRA)

El Congreso de Estados Unidos, en el año 1935, promulgó la Ley Nacional de Relaciones Laborales (en adelante NLRA), para proteger los derechos de los empleados y empleadores, para así fomentar la negociación colectiva y restringir ciertas prácticas laborales y de gestión del sector privado que pueden perjudicar el bienestar general de los trabajadores⁵². Esta protección referida al tema en cuestión se extiende a ciertas conversaciones relacionadas con el trabajo realizadas en las redes sociales, como Facebook y Twitter.

Dentro de la NLRA, se encuentra la Junta Nacional de Relaciones Laborales (en adelante “La Junta”), agencia federal independiente creada para hacer cumplir con la ley. cuenta con oficinas centrales en Washington DC, y tiene oficinas regionales en todo el país, donde empleados y empleadores se encuentran protegidos. Su principal función es salvaguardar los derechos de los empleados a organizarse y determinar si tener sindicatos como su representante de negociación.

La importancia de la NLRA, es que a través de ella se han resuelto diversos casos que se han suscitado con el uso de las redes sociales del trabajo, y la NLRA ha determinado que el derecho a la libre expresión se encuentra protegido bajo la Constitución, y por tanto los comentarios realizados se encuentran protegidos. No obstante, la mayoría de los casos se han resuelto dentro del marco de la negociación colectiva o dentro del sector público.

Ahora bien, este derecho no protege todo tipo de comentario, sino que la mayoría de los casos resueltos en los Estados Unidos han protegido comentarios relacionados a condiciones de empleo, no así a comentarios relacionados con que un empleador se refiere a otro empleador o empleados.

2.5 Aspectos generales

⁵² Nlrb.gov. (2017). *NLRB*. [online] Available at: <https://www.nlrb.gov/> [Accessed 5 Oct. 2017].

En 2010, la Junta Nacional de Relaciones Laborales, comenzó a recibir denuncias en sus oficinas regionales relacionadas con las políticas de los medios sociales de empleadores y con casos específicos de disciplina para las publicaciones en Facebook. Después de las investigaciones, la agencia encontró motivos razonables para creer que algunas políticas y acciones disciplinarias violaban la legislación laboral federal, y la Oficina de Asesoría Legal de la NLRB emitió quejas contra los empleadores alegando conducta ilegal. En otros casos, las investigaciones concluyeron que las comunicaciones no estaban protegidas y que las acciones disciplinarias no violaban la ley.

Para garantizar la aplicación coherente de las medidas, y en respuesta a las solicitudes de los empleadores para la orientación en esta área en desarrollo, el abogado general interino Lafe Solomon publicó **tres memorandos en 2011 y 2012** detallando los resultados de las investigaciones en docenas de casos de medios sociales.

Primer Informe:

El primer informe fue publicado el 18 de agosto de 2011, en el cual se encargó de describir 14 casos⁵³.

En primer lugar, se encontraron 4 casos relacionados con el uso de la página de Facebook por parte de los empleados, en donde la Oficina del Consejero encontró que los empleados estaban involucrados en “actividades concertadas protegidas”⁵⁴ porque estaban discutiendo los términos y condiciones de empleo con sus compañeros de trabajo, en la red social mencionada.

En otros cinco casos relacionados con la utilización de Facebook o Twitter, se descubrió que la actividad estaba desprotegida. En uno de esos casos, se

⁵³ Nlr.gov.2017). *The NLRB and Social Media* |NLRB. [online] Available at: <https://www.nlr.gov/news-outreach/fact-sheets/nlr-and-social-media> [Accessed 28 Sept. 2017].

⁵⁴ Ibid.

determinó que un sindicato participaba en conductas coercitivas ilegales cuando grababa en video entrevistas con empleados de un sitio de trabajo no sindical sobre su estatus migratorio y publicaba una versión editada en YouTube y en la página de Facebook del sindicato local.

En los otros cinco casos, se encontró que algunas disposiciones de las políticas de los empleadores sobre redes sociales eran excesivamente amplias. Finalmente, un último caso involucró una política legal del empleador que restringe el contacto de sus empleados con los medios de comunicación.

Segundo Informe:

El segundo informe fue emitido el 25 de enero de 2012, en donde también se examinaron 14 casos, cuya mitad se encontraban dudas y preguntas acerca de las políticas utilizadas por parte del empleador. Se consideró que cinco de esas políticas eran ilegítimamente amplias, una era lícita y una se consideraba legal después de su revisión.

El resto de los casos se refería a los despidos de los empleados después de que publicaran comentarios en Facebook. Se comprobó que varias descargas eran ilegales porque derivaban de políticas ilegales. Pero en un caso, la aprobación de la gestión se mantuvo a pesar de una política ilegal debido a que la publicación del empleado no estaba relacionada con el trabajo.

Lo importante y particular de este informe es que destacó dos puntos principales con respecto al NLRB y las redes sociales:

Por un lado, señaló que las políticas del empleador no deben ser tan radicales que prohíban los tipos de actividades protegidas por la legislación laboral federal, como la discusión de los salarios o las condiciones de trabajo entre los empleados. Y en segundo lugar, los comentarios de un empleado sobre medios

sociales generalmente no están protegidos si son meras quejas no hechas en relación con la actividad de grupo entre los empleados.

Tercer Informe:

El tercer informe fue publicado el 30 de mayo de 2012, donde se examinaron siete políticas de empleadores que rigen el uso de las redes sociales por parte de los empleados. En seis casos, la Oficina del Abogado General consideró legales algunas disposiciones de la política social de los empleadores y otras ilegales. En el séptimo caso, toda la política se consideró lícita. Se consideró que las disposiciones eran ilegales cuando interfirieron con los derechos de los empleados en virtud de la Ley Nacional de Relaciones Laborales, como el derecho a discutir los salarios y las condiciones de trabajo con los compañeros de trabajo⁵⁵.

Algunos de los primeros casos de medios sociales se resolvieron por acuerdo entre las partes. Otros procedieron a juicio ante los Jueces de Derecho Administrativo de la agencia. Varias partes entonces apelaron esas decisiones a la Junta en Washington DC.

Decisiones del Consejo

En el otoño de 2012, la Junta comenzó a emitir decisiones en casos relacionados con la disciplina para las publicaciones de medios sociales. Las decisiones de la Junta son importantes porque establecen precedentes en casos novedosos como estos.

La primera decisión fue emitida el 28 de septiembre del 2012, donde la Junta manifestó que el despido de un vendedor de BMW por fotos y comentarios publicados en su página de Facebook no violaba la legislación laboral federal. La pregunta fue si el vendedor fue despedido exclusivamente por publicar fotos de un

⁵⁵ Nlrb.gov. (2017). *NLRB*. [online] Available at: <https://www.nlrb.gov/> [Accessed 5 Oct. 2017].

embarazoso accidente en un concesionario Land Rover adyacente, que no involucró a sus compañeros de trabajo, ni por publicar comentarios burlones y fotos con compañeros de trabajo sobre servir perros calientes en un lujoso BMW. Ambos conjuntos de fotos fueron publicados en Facebook el mismo día; una semana después, el vendedor fue despedido. La Junta acordó con el Juez de Derecho Administrativo que el vendedor fue despedido únicamente por las fotos que publicó de un incidente de Land Rover, que no era una actividad concertada y por lo tanto no estaba protegido.⁵⁶

En la segunda decisión, emitida el 14 de diciembre de 2012, la Junta encontró que era ilegal que una organización sin fines de lucro despidiera a cinco empleados que participaron en publicaciones de Facebook acerca de un compañero de trabajo que tenía la intención de quejarse a la administración sobre su desempeño laboral. En su análisis, la mayoría de la Junta Directiva aplicó la legislación de la Junta Directiva a las redes sociales y encontró que la conversación en Facebook era una actividad concertada y estaba protegida por la Ley Nacional de Relaciones Laborales.

2.6 Memorando OM 11-74 Junta Nacional de Relaciones del Trabajo

Como se señaló anteriormente, el 18 de agosto de 2011, La Junta emitió el Memorando OM 11-74 (en adelante, el “Memorando del 2011”), en el cual resume su postura ante las reclamaciones recientes relacionadas a acciones disciplinarias y despidos por uso de las redes sociales. Aunque el resultado de estos casos no es norma vinculante, el Memorando del 2011 es una buena herramienta que los empleadores pueden utilizar para asegurarse de que sus actuaciones y normas se aparten de prácticas ilícitas⁵⁷.

⁵⁶ Nlrb.gov. (2017). *NLRB*. [online] Available at: <https://www.nlrb.gov/> [Accessed 5 Oct. 2017].

⁵⁷ National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 151-169 (2006).

Además, de servir como guía, es importante que los empleadores se mantengan actualizados en cuanto al desarrollo de estos casos. La postura de la Junta se aparta del Memorando publicado en el año 2009 en cuanto a las normas empresariales consideradas como ilícitas.

2.6.1 Actividades protegidas y concertadas

La mayoría de los casos que discute el Memorando atiende reclamaciones al amparo de la sección 157 y 158 de la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo⁵⁸, por ende, se pueden agrupar en casos donde se discute la definición de una actividad protegida y concertada y en las consideraciones que hace la Junta en relación a la validez y alcance de las normas empresariales.

La sección 157 de la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo concede unos derechos a los trabajadores, como el derecho a participar en actividades protegidas y concertadas.⁵⁹ Este tipo de actividades consiste en aquellas en que participa un grupo de trabajadores que procuran modificar el sueldo o las condiciones de trabajo. En varias ocasiones, la Junta ha ido explicando y definiendo el alcance de este concepto. Muestra de esto es precisamente lo que hace el Memorando OM 11-74.

⁵⁸ 29 U.S.C. §§ 157–158(a). Derechos de los empleados: “a organizarse, a constituir, afiliarse o ayudar a organizaciones obreras, a negociar colectivamente a través de representantes seleccionados por ellos mismos, y a dedicarse a otras actividades concertadas con el propósito de negociar colectivamente u otro fin de ayuda o protección mutua...”. Del mismo modo, la sección 158 define las prácticas ilícitas del patrono y de las organizaciones sindicales. En la sección 158(a) define como práctica ilícita del patrono el “intervenir en, restringir, o coaccionar a sus empleados en el ejercicio de los derechos garantizados en la sección 157”, esto es, entre otras, la participación de actividades protegidas y concertadas. (Traducción suplida).

⁵⁹ National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 151-169 (2006).

La sección 158(a)(1) de dicha Ley prohíbe a los empleadores “interferir con, refrenar, o coaccionar a los empleados en el ejercicio de los derechos relacionados a organizar, formar, hacerse miembro de o ayudar a una organización obrera con el fin de negociaciones colectivas, o participar en actividades concertadas, o abstenerse de cualquier actividad parecida”.⁶⁰

La Junta hace referencia a los factores enumerados en el caso de Meyers o mejor conocido como la prueba Meyers, cuando evalúa si una actividad se considera como protegida o concertada.⁶¹ A tales efectos, más allá de revisar que la actividad procure modificar el sueldo o las condiciones de trabajo, considera también si la misma se llevó a cabo en o con la autoridad de otros empleados, y no únicamente en representación del empleado que la ejerció. También considera aquellas circunstancias en las que empleados, de manera individual, persiguen iniciar o inducir a otros a hacerlo o buscan prepararse para una acción grupal; de la misma manera, si el empleado, de modo individual y como excepción a la norma que protege actividades concertadas, presenta un reclamo del grupo a la gerencia.⁶²

No obstante, no toda actividad o conducta se considera protegida. En su evaluación, la Junta utiliza los criterios esbozados en el caso de Atlantic Steel.⁶³ Para ello va a tomar en consideración y hará un balance entre la naturaleza del comentario, el lugar donde hizo, el contexto en que se realizó y si estaba relacionado o si fue provocado por una práctica injusta del patrono.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Véase Nancy J. King, Labor Law for Managers of Non-Union Employees in Traditional and Cyber Workplaces, 40 AM. BUS. L.J. 827, 833 (2003) (discusión de las justificaciones por las quejas individuales no tienen la misma protección que una actividad concertada).

⁶³ Atlantic Steel Co., 245 NLRB 814, 816-817 (1979) (citado en NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, supra nota 3, a la pág. 5).

2.6.2 Casos no considerados como actividad protegida o concertada

La Junta no extendió la protección a la conducta de un empleado que fue despedido luego de publicar en su perfil de Facebook una queja, en su carácter individual, sobre una de las normas de su empleo, cuando ésta no surge ni busca inducir a una actividad concertada.⁶⁴

Este fue el caso de un *bartender* que publicó comentarios en su perfil relacionados a la política de propinas del restaurante en el que trabajaba en una conversación con uno de sus contactos, que en este caso era un familiar y no un compañero de trabajo.⁶⁵ El contenido del comentario hacía referencia a la frustración que sentía por no haber recibido un aumento en un periodo de cinco (5) años y que, a pesar de que él hacía el trabajo de los meseros, no podía recibir propinas debido a las estipulaciones de las normas. En específico y a la luz de los factores mencionados, la Junta concluyó que, a pesar de que el comentario publicado en la red social estaba relacionado a una norma empresarial que impactaba su sueldo y condiciones de trabajo, no había evidencia de que se perseguía una actividad concertada. Los participantes del comentario no eran compañeros de trabajo, ya que eran personas ajenas al patrono, y en ningún momento el empleado compartió su queja con la gerencia.

Esto nos pudiera llevar a concluir que, de haber participado algún compañero de trabajo o de haberse realizado un acercamiento al patrono, es posible que la decisión hubiese sido distinta. Sin embargo, en este caso, el bartender también utilizó un lenguaje peyorativo para referirse a los clientes del restaurante. El empleado comentó que deseaba que éstos “se asfixiaran con el trago mientras conducían ebrios”, razón primordial que utilizó el empleador para despedirlo.

⁶⁴ NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, *supra* nota 3, a la pág. 14.

⁶⁵ Véase *JT's Porch Saloon & Eatery, Ltd.*, Case No. 13-CA-46689, 2011 NLRB GCM LEXIS 24 (July 7, 2011).

Otro escenario que no fue considerado como una actividad protegida o concertada fue el caso de un empleado que escribió en el perfil de un Senador de su respectivo estado para expresarse en desacuerdo con el manejo de los servicios de emergencias a nivel estatal; entre ellos, el modo en que operaba su patrono, ya que entendía que éste no estaba colaborando para mejorar la situación del estado.⁶⁶ En su comentario, incluyó detalles de la operación de respuesta a llamadas de emergencia, la cantidad limitada de camiones disponibles y un evento en que uno de sus compañeros no tenía el conocimiento para brindar resucitación adecuadamente. En ningún momento se demostró que el empleado presentó estas preocupaciones al patrono o que las discutió con otros compañeros de trabajo.

La justificación de su despido fue hacer comentarios despectivos de la empresa y por revelar información confidencial sobre una llamada de servicio; por lo tanto, sus comentarios constituían una violación a las normas de conducta de la compañía. La Junta concluyó que, bajo la prueba Meyers, su comentario no podía considerarse como una actividad protegida o concertada ya que no había discutido sus preocupaciones con ningún compañero de trabajo, tampoco las había informado a la gerencia y, además, admitió que no esperaba una acción en específico por parte del Senador, pues su intención era dar publicidad a la situación.

En otro caso, el empleador una tienda de ventas al detal, disciplinó a un empleado que describió su ambiente de trabajo como una tiranía y además, alertó la posible renuncia de varios compañeros si la situación no cambiaba.⁶⁷ En este caso, algunos compañeros de trabajo sí participaron en la conversación, pero no se demostró que perseguían iniciar algún tipo de acción grupal; al contrario, los comentarios se limitaban a brindarle apoyo moral. En respuesta a sus

⁶⁶ Véase Rural Metro, Case No. 25-CA-31802, 2011 NLRB GCM LEXIS 30 (June 29, 2011).

⁶⁷ Véase Wal-Mart, Case No. 17-CA-25030, 2011 NLRB GCM LEXIS 34 (July 19, 2011).

compañeros, el empleado utilizó lenguaje soez y muy despectivo para describir a la asistente de gerente con la que había tenido una discusión por haberse extraviado unos materiales.

La Junta, aplicando la prueba de Meyers, nuevamente concluyó que el acto de refunfuñar individualmente las frustraciones por las actuaciones de un gerente, cuando sus actos no son prácticas ilícitas, no es una actividad protegida o concertada.

2.6.3 Casos considerados como actividad protegida o concertada

En uno de los casos mencionado anteriormente, la Junta determinó que un el empleador del establecimiento de venta de vehículos lujosos incurrió en una violación a la sección 158(a)(1)⁶⁸ al despedir a unos empleados que publicaron unos comentarios y fotografías en Facebook en los que criticaban y se mofaban de un evento de la empresa.

De acuerdo con los hechos de este caso, una persona que conducía un vehículo de otro de los negocios del patrono se estrelló contra el establecimiento. Mientras se encontraban en horas laborables, uno de los empleados, junto a sus compañeros, se acercó a observar lo ocurrido y tomó unas fotografías. Días siguientes, el empleador auspició un evento para la introducción de uno de sus nuevos modelos lujosos.

En reuniones previas al evento, uno de los gerentes comunicó a los vendedores que, como parte del evento, servirían a los clientes embutidos, galletas, otras meriendas y agua. Uno de los empleados le comunicó al gerente su preocupación en cuanto a la opción de la bebida y la comida. También, luego de la reunión,

⁶⁸ Véase Karl Knauz Motors, Inc. d/b/a Knauz BMW v. Robert Becker, Case No. 13-CA-46452 (July 21, 2011).

algunos compañeros discutieron su frustración y desilusión, ya que entendían que enviaba un mensaje equivocado a sus clientes y que ello impactaría sus comisiones. Durante la actividad, los empleados sacaron fotografías posando con la comida y las bebidas frente a los letreros de la actividad, las cuales fueron publicadas en Facebook días más tarde por uno de los empleados. Las imágenes fueron acompañadas con comentarios que se referían al gran esfuerzo que hizo el patrono en el evento importante, al servir este tipo de refrigerios. También incluyó las fotografías del carro que se había accidentado la semana anterior. Uno de los amigos que comentó en las fotografías en Facebook era compañero de trabajo de estos y le comentó al patrono respecto al incidente. El empleador revisó el perfil del empleado y le solicitó remover las imágenes, lo cual éste hizo de inmediato. Días después se reunieron para discutir el asunto de las fotos y le expresaron que sus actuaciones habían sido una vergüenza para la empresa, sus fundadores y presidente, y se le indicó que quedaba suspendido. Posteriormente, fue despedido y, meses más tarde, el patrono le indicó que lo había despedido por publicar las fotos del accidente, por el cual entendía que se estaba burlando de un accidente serio.

La Junta concluyó dos cosas: 1) la conducta ciertamente fue despectiva; y 2) no fue en respuesta a una práctica ilícita. A pesar de esto, la conducta exhibida no fue lesiva al punto de perder la consideración de una actividad protegida y concertada por el hecho de que la preocupación de la calidad del evento respondía al impacto que ello tendría en sus comisiones. Además, y cónsono con lo anterior, los empleados habían llevado el planteamiento a la atención de la gerencia previo al evento. La Junta, por su parte, decidió aplicar el estándar de Jefferson, el cual se utiliza cuando un empleado ha manifestado frente a terceros comentarios despectivos de su patrono o de sus productos.⁶⁹

⁶⁹ NLRB v. Electrical Workers Local 1229, 346 U.S. 464 (1963) (citado en NATIONAL LABORRELATIONS BOARD, MEMORANDO OM 11-74, supra nota 3, a la pág. 9).

Bajo este estándar, el planteamiento es si el comentario guarda relación con alguna disputa laboral subyacente, y si no se trata de un acto desleal, temerario o de un comentario maliciosamente falso que perdiera la protección. Al aplicar el estándar, la Junta determinó que en este caso el comentario no fue desleal ni en menosprecio a la calidad del producto del patrono, y encontró irrelevante el hecho de que los comentarios publicados sobre las fotos no mostraban expresamente la preocupación de las comisiones, porque entendió que los comentarios eran en sí un reflejo de la frustración previamente planteada en relación a la selección de comida del empleador.

2.6.4 Normas empresariales

Distinto al Memorando anterior, en el Memorando del 2011 se discute y se aclara que una política que restrinja o prohíba que los empleados realicen cualquier comentario que sea despectivo a cerca de la empresa en cualquier medio, incluyendo el internet, sin la autorización previa del empleador o que prohíba cualquier publicación de fotografías en las que apareciera el logo o imagen corporativa es una violación a la sección 158(a)(1),⁷⁰ porque se presta para prohibir que los empleados participen en una actividad concertada.

De acuerdo con la postura de la Junta, y el ejemplo que mencionan a la luz de esta interpretación, el lenguaje de una norma de esta naturaleza prohibiría que un empleado publicara una foto de un piquet que incluya el logo de la empresa o que un empleado tome y publique fotos de una manifestación en la que está vistiendo alguna camisa que lo identifique como empleado de la empresa cuando dicha manifestación o protesta es en relación a las condiciones de empleo. En el mismo caso, la Junta también atiende y evalúa el lenguaje de la norma que prohíbe que se emitan comentarios despectivos sobre la empresa, sus supervisores, compañeros de trabajo o sus competidores. En este particular, la norma establecía

⁷⁰ 29 U.S.C. § 158(a)(1) (2006).

que los estándares de conducta de la empresa prohibían todo tipo de lenguaje o acción que fuera inapropiada o generalmente ofensiva y cualquier comportamiento rudo o descortés hacia los clientes y/o compañeros de trabajo.

La Junta concluyó que estos términos eran muy abarcadores y que, al no definir adecuadamente la conducta inapropiada o incluir una aclaración que indicara que con ello no estaban restringiendo el ejercicio de sus derechos conforme a la sección 157, era una práctica ilícita.

2.7 Reflexión

En base a lo expuesto, en el capítulo, las nuevas formas de comunicación han llevado a que surjan conflictos en los lugares del trabajo, ocasionando el despido de trabajadores por el uso de las redes sociales y su afectación a la libertad de expresión queda a criterio de los tribunales, los cuales han tomado decisiones favorables y desfavorables en distintas situaciones.

En Estados Unidos, considera que el uso de internet dependerá en la medida del consentimiento que tenga el empleador, puesto que esto influirá de manera significativa en cómo se destine a regular la privacidad del uso de las redes sociales. A día de hoy, a la vista de los casos existentes y comentados previamente, resulta indiscutible que los trabajadores han sido despedidos por realizar comentarios de sus trabajos en sus redes sociales privadas. El punto en cuestión es hasta qué límite el empleador puede intervenir en la libertad de expresión. En el próximo capítulo se analizarán los casos suscitados más detallados.

CAPITULO III

JURISPRUDENCIA

Cada cierto tiempo aparecen noticias en los medios de comunicación estadounidenses sobre personas que pierden el puesto de trabajo a consecuencia de su comportamiento en redes sociales. Puede parecer una obviedad decir que hay que tener cuidado con el contenido que se divulga en los medios sociales, y que por una insensatez (por decirlo suavemente) se puede perder una oportunidad de trabajo, una promoción laboral, incluso algo mucho más valioso como es la propia reputación. Pero no por obvio está de más decirlo, porque cada vez son más las empresas que tienen tolerancia cero hacia este tipo de conductas.

Estados Unidos a pesar de que regula el tema de las redes sociales en su ley laboral, no cabe duda que necesita una actualización al respecto, puesto que los trabajadores, se ven enfrentados cada vez más en problemas por los comentarios que han realizado en redes sociales y que ha repercutido en su despido inmediato, y cuya fundamentación solo quede dentro de las protección si son leyes protegidas o no. Es en virtud de lo anterior, que la Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB), ha publicado un conjunto de directrices que han servido de base para entender y analizar las soluciones que han dado al tema en cuestión. Si bien, la existencia tanto de doctrina como de jurisprudencia en el mundo es escasa, Estados Unidos, ha proporcionado una guía interesante a la luz de los casos suscitados que a continuación se ejemplificarán.

Este capítulo tiene por objetivo analizar los casos que se han suscitado en Estados Unidos por el uso de las redes sociales por parte de los empleadores en el lugar de trabajo, pero conectado al derecho fundamental la libertad de expresión, la cual se explicará brevemente como Estados Unidos lo consagra en su ordenamiento jurídico. Y finalmente, como se analizó en el capítulo anterior, la Junta de Relaciones se ha encargado de revisar las políticas y acciones de los

empleadores, y ver que derechos se han infringido, lo que demostrará si existe o no una vulneración a la libertad de expresión.

Se describirán diez principales casos en los cuales se han suscitado conflictos entre los empleadores y empleados, en donde se han aplicado las políticas que establece la Junta en base a si los comentarios son legales o están protegidos. En segundo lugar, se analizará si existe o no una afectación a la libertad de expresión y ver si la consecuencia directa es el despido. Finalmente, se dará una visión crítica sobre la repercusión que tienen las redes sociales en el trabajo.

El uso de los medios sociales no solo crece rápidamente, sino que también los empleadores ahora también están usando estas herramientas de forma tal que han ido abarcando todos los aspectos de la relación laboral, desde el reclutamiento, el monitoreo y la terminación. Sin embargo, el uso de Internet por parte de los empleados, especialmente las redes sociales, ha tenido como consecuencia problemas de productividad.⁷¹ Por ejemplo, los empleados a menudo pasan tiempo leyendo y enviando correos electrónicos personales, leen noticias y blogs, jugar en línea juegos, e interactuando con amigos en las diversas redes sociales.

La preocupación que tienen las empresas no solo es el factor que los empleadores utilicen parte de su tiempo en las redes sociales, ya sean actividades inapropiadas o ilegales, sino que les concierne otros temas como que los empleadores pueden publicar material protegido por marcas comerciales o derechos de autor de sus sitios y pueden publicar fotografías de los productos que aún no se han lanzado

⁷¹ Sharon Gaudin, Study: Facebook use cuts productivity at work, ComputerWorld (July 22, 2009), available at http://www.computerworld.com/s/article/9135795/Study_Facebook_use_cuts_productivity_at_work. However, at least one study has found that the use of social media at work, for short periods of time, can actually increase employee productivity. Miral Fahmy, Facebook, YouTube at work make better employees: study, Reuters (April 2, 2009), <http://www.reuters.com/article/idUSTRE5313G220090402>.

por ejemplo. Además, los empleados pueden desacreditar y difamar a sus empleadores en blogs contra empleadores o en Facebook. El rápido aumento de los comentarios en contra del trabajo ha ido en incremento.

3. 1 Libertad de expresión

La posibilidad de haber públicas las ideas y manifestaciones del pensamiento es el fundamento del derecho a la libertad de expresión, que está definido en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como el derecho de manifestar, defender y propagar las opiniones propias; esta definición resulta básica para plantear el alcance de este derecho y las posibles limitaciones en su ejercicio primordialmente cuando se expresa en las redes sociales, que es el alcance del presente.

La libertad de expresión es un derecho fundamental o un derecho humano, que se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

En Estados Unidos, la libertad de expresión se consagra como derecho fundamental en el artículo 20 de su Constitución. Su ubicación se encuentra en la parte más importante de aquella, puesto que consagra los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, da cuenta del extraordinario valor que posee su nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la libertad de expresión en internet, en el año 2011, Estados Unidos adoptó la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet⁷², que dice:

Principios generales

⁷² Oas.org. (2017). OEA: *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. [online] Available at: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849> [Accessed 28 Nov. 2017].

- a) 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”).
- b) Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.
- c) Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación como telefonía o radio y televisión no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades.
- d) Para responder a contenidos ilícitos, debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet.
- e) La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.
- f) Deben fomentarse medidas educativas y de concienciación destinadas a promover la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet.

La libertad de expresión en Internet permite el libre debate en asuntos de interés general. Facilita el desarrollo, la comunicación, implementación de mecanismos

que contribuyen a las personas a ser libres de opinar, sin embargo, la vulneración de este derecho se manifiesta principalmente de tres maneras:

- La prohibición de acceso a Internet
- La censura
- El bloqueo de sitios o contenidos

Además, este derecho sólo puede entenderse adecuadamente teniendo en cuenta dos aspectos esenciales: en primer lugar, su dimensión individual como derecho fundamental de la persona. En segundo lugar, su significado político, su aspecto institucional.

El primer aspecto liga este derecho al principio de dignidad de la persona. Privar a un hombre de su derecho a comunicarse libremente lesiona su dignidad gravemente y le condena al empobrecimiento intelectual y moral. Su otra dimensión subraya la indispensabilidad de la libertad de expresión para la existencia de un Estado democrático. La existencia del Estado democrático presupone información sobre la cosa pública, es decir, la existencia de una opinión pública libre.

La preocupación en Estados Unidos por la regulación de la libertad de expresión en Internet se ha intensificado desde la incorporación de cientos de millones de usuarios en las diversas redes sociales. La inquietud⁷³ por la necesidad de crear un entorno seguro que favorezca el crecimiento de la Red es compartida por Estados Unidos y el resto de los países.

⁷³ Uno de los aspectos del debate actual es la existencia en la Red de material ilícito, como la pornografía infantil o el uso de Internet por organizaciones terroristas o mafiosas. Dejando a un lado estos casos extremos de presencia de contenido ilícito en Internet, la proliferación de material pornográfico y la protección de los menores que tienen acceso a Internet, la adecuada tutela de la vida privada y de la intimidad en la Red y el uso de la criptografía civil centran el debate tanto en Estados Unidos como en el Unión Europea.

Cualquier restricción que se imponga en el futuro a los derechos a una comunicación libre en Internet debe contar con un sólido apoyo constitucional, como es el mismo artículo 20 de la Constitución, que menciona como límites el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, y en particular el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. El valor preferente de la libertad de expresión recogida en la Constitución impone estimular lo más posible el flujo de ideas en Internet. Pero evitar que se coarte la libertad de expresión no significa que no deba darse protección a otros derechos e intereses constitucionales. La respuesta a esta cuestión pasa por un equilibrio entre los límites impuestos a la libertad de expresión, y su estímulo y no coartación en el nuevo medio.

3.2 Caso: AMR vs. Dawnmarie Souza - El primer caso de despido de Facebook

Es el primer caso que llamó la atención de los abogados, litigantes y prensa del país, fue el apodado **“Facebook Firing Case”**. Éste, sin duda alguna, generó una gran cantidad de expectativas respecto del tema de los comentarios realizados en Internet. El caso recibió amplia atención por su intento pionero de establecer límites legales a las políticas de empleadores en Internet.

En Diciembre de 2009, la empleada Dawnmarie Souza fue despedida por publicar comentarios negativos en Facebook sobre su supervisor en American Medical Response (AMR). Después de que su supervisor negó su solicitud de representación en el Sindicato, Souza fue a Facebook y lo llamó “dick”⁷⁴ y “scumbag”⁷⁵, lo que estimuló los comentarios de Facebook de parte de sus compañeros de trabajo. Ella fue despedida poco después.

⁷⁴ Traducción al español: dick se entiende como el miembro masculino “pene”.

⁷⁵ Traducción al español: scumbag se refiere a “basura”, “escoria”.

Este caso se encuentra entre los diez primeros porque pone el tema del uso de Facebook y otras redes sociales, regulado de forma básica por la NLRB, generó una gran repercusión en los medios informativos. Si bien el caso de *AMR* no fue un precedente porque las partes llegaron a un acuerdo, no obstante tiene un impacto significativo. El caso alertó al público sobre el hecho de que la NLRA se aplica ampliamente a los empleados en el sector privado y que la NLRB puede presentar cargos contra los empleadores cuando se alegue que ciertos actos adversos de empleo pueden infringir aquellas actividades concertadas protegidas de los empleados.

Como confrontación a tal actuación, se planteó una queja ante la Junta Nacional de Relaciones Laborales por medio del sindicato representante de la señora Souza. La Junta decidió iniciar un proceso como fundamento de una posible existencia de prácticas laborales desleales, debido a que se alegó que el empleador había violado los derechos de la trabajadora con la promulgación de políticas a nivel interno demasiado amplias en relación a Internet y debido a que el despido de su empleada por menospreciar a un supervisor mediante Facebook no estaba dentro de las políticas establecidas por la empresa. A pesar de lo anterior, el caso no llegó a tener una decisión final, debido al arreglo al cual llegaron las partes del proceso.

La NLRB dijo que la política era una violación de la Ley Nacional de Relaciones Laborales, que da a los empleados el derecho de discutir “los términos y condiciones de su empleo con otros”. Como parte del acuerdo, AMR dijo que revisaría sus políticas para que no “restringan indebidamente” a los empleados de discutir su empleo fuera del trabajo. Las acusaciones que involucraron el despido de Souza fueron resueltas en un acuerdo separado. Los detalles no fueron revelados. AMR no respondió a las solicitudes de comentarios.

En cuanto a una posible afectación a la libertad de expresión, si bien la empleada usó palabras que se pueden entender de forma grosera al referirse a su

supervisor, lo cual puede ser cuestionable, la cuestión principal en discusión es si esos comentarios que realizó en su cuenta personal de Facebook, debieran tomarse en cuenta para justificar el despido, lo que a mi parecer es la afectación a su libertad de expresión, pues si bien se está refiriendo a su trabajo, al despedirla se está vulnerado su derecho a expresar libremente lo que piensa, y más aun si lo hace desde su cuenta personal de una red social, y la principal afectación se ve reflejado en su despido.

3.3. Caso *Walmart*

El caso Walmart es el más emblemático del año 2010, en donde a un empleado no se le brindó protección porque sus comentarios no correspondían con la doctrina crucial de la NLRB sobre una “consecuencia lógica de la actividad previa del grupo”⁷⁶. O, en lenguaje sencillo, no participó en la organización de acciones grupales contra un empleador. El empleado publicó⁷⁷ lo siguiente:

“El gobierno necesita intervenir y establecer un límite sobre cuántos niños se les permite tener a las personas en función de sus ingresos. Si no puede permitirse alimentarlos, no debería permitirles tenerlos ... (...).

⁷⁶ Véase Steven Greenhouse, *empresa acusada de disparar sobre Facebook Publicar*, Nueva York TIMES, 9 de noviembre de 2010 en B1, disponible en <http://www.nytimes.com/2010/11/09/business/09facebook.html> (discutiendo AMR caso); Consejos Memorando, Oficina del General Counsel, American Medical Response de Connecticut, N° 34-CA-12576 (NLRB de octubre 5, 2010) [en adelante, *AMR Consejos Memo*], disponible en <https://www.nlr.gov/case/34-CA-12576>; Christine Neylon O'Brien, *el despido Primera Facebook Caso Bajo la Sección 7 de la Ley Nacional de Relaciones del Trabajo: La exploración de los límites de la Ley de Protección del Trabajo para concertada La comunicación en las redes sociales*, 45 SUFFOLK T. L. REV. 29 (2011) (donde se analiza AMR caso y la ley relativa sociales medios de comunicación y la sección 7 de NLRA). 10 Véase el comunicado de prensa, la NLRB, *acuerdo alcanzado en caso sobre la descarga de Facebook Comentarios*, Prensa No. 2815

⁷⁷ En su página personal de Facebook, se identificó a sí mismo como un empleado y cinco a diez de sus amigos de Facebook eran compañeros de trabajo. Su configuración de privacidad estaba configurada como 'Pública'.

“¡Atendemos demasiado a los discapacitados hoy en día! Demonios, si no puedes caminar, ¿Por qué no te quedas en casa?”⁷⁸

Después de ver estas publicaciones, un compañero de trabajo escribió que no podía esperar el castigo debido a estos comentarios y expresó su deseo de presenciar el castigo. Un cliente de Walmart se quejó a Walmart de que estos comentarios “la asustaba al punto que ella no pensaba que podía volver a la tienda” y se caracterizaba más los comentarios como “más allá de inquietante”, especialmente a causa del tiroteo fatal que había ocurrido un año antes.⁷⁹

Al enterarse de la publicación, Walmart respondió con una suspensión no pagada de un día y asesoramiento forzado. Esto provocó que el empleado de Walmart apelara a la NLRB, la cual rechazó su reclamo sobre la base de que su comentario era básicamente una queja individual.

Este caso se encuentra dentro de los 10 primeros, puesto que el supermercado, al despedir al empleado, se encontró bajo la protección y legalidad de la NLRA⁸⁰. La Junta presentó este caso, puesto que consideró relevante analizar si la actuación de Walmart era ilegal, y si el despido a su empleado por sus comentarios en Facebook, era también considerado un acto ilegal del empleo.⁸¹

Las partes resolvieron el caso, Walmart negó que sus políticas de empleo fueran demasiado amplias, y estableció que las publicaciones del empleado no implicaron

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Próxima revisión legal de Oregon Volumen 92 Número 2 (enero 2014) disponible en <http://law.uoregon.edu/org/olr>

⁸⁰ La totalidad de Walmart SMP se añade al Tercer Informe del AGC. Ver Tercer Informe de AGC, *supra* nota 7

⁸¹ Ibid.

ninguna actividad concertada.⁸² Por lo que Walmart dio de baja al empleado por su Publicaciones en Facebook.

Posteriormente, una investigación que se hizo al empleado que publicó esos comentarios, el explicó que no fueron comentarios deliberadamente enojados, sino más bien en la naturaleza de desahogarse. Reconoció, además, que las publicaciones eran de “mal gusto” y mostraban “mala opinión”, eran una forma de “entretenimiento” personal y “terapia”, y que el tenía como curiosidad ver qué tipo de “reacción podría tener” y “hacer que la gente pensara”.

El Director Regional presentó este caso de Walmart para obtener asesoramiento sobre dos puntos: si Walmart violó la Sección 8 (a) (1) al despedir al empleado en base a sus publicaciones en Facebook, y si el SMP de Walmart entonces en efecto era demasiado amplio y por lo tanto en violación de la Ley Nacional de Relaciones Laborales⁸³.

En cuanto a la primera consulta, el alta del empleado, el director de la Junta Directiva delineó que el cargo del empleado contra Walmart debería ser descartado ya que la NLRA no estaba implicada en esta acción adversa de empleo. En opinión, la conducta del portavoz era “completamente distinta de la actividad que cae dentro del ámbito de la Sección 7. “Los comentarios de Facebook no involucraron actividad concertada protegida ya que los comentarios no “abordaron las condiciones de trabajo, ni surgieron de ninguna preocupación o queja sobre su trabajo condiciones. De hecho, la Parte acusadora admitió que no estaba enojado con nadie en el trabajo ...”⁸⁴ .

El Memorando de Asesoramiento señaló que Walmart tiene un derecho legítimo prohibir ciertas comunicaciones en el lugar de trabajo siempre que la política no

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

impida las comunicaciones protegidas sobre los términos y condiciones de empleo. El Memorando citado como prohibiciones legales del empleador sobre: divulgación de secretos comerciales, información confidencial, interna o comercialmente sensible, que produce una ventaja competitiva, discriminatoria, de acoso, comentarios obscenos, amenazantes, intimidatorios o difamatorios. La Sección 8 (a) (1) proscribe las reglas de trabajo en la medida en que “Razonablemente tienden a enfriar a los empleados en el ejercicio de sus derechos de la Sección 7”⁸⁵.

La Junta razonó que aunque Walmart negó que su violó la ley, no infringió el comunicaciones, que “[empleados no interpretarían razonablemente la política actual de los medios sociales del empleador de prohibir Sección 7 actividad “y, por lo tanto, el problema de la legalidad de la antigua SMP era discutible. Se señaló además que la versión revisada. El SMP fue suficientemente ilustrativo ya que estaba repleto de ejemplos y discusión de conductas prohibidas, y por lo tanto los empleados no interpretarían razonablemente las reglas para prohibir la actividad protegida de la Sección 7. Este Memorando de asesoramiento con respecto a la aprobación del SMP revisado de Walmart es particularmente notable porque en la misma fecha de su emisión, el NLRB promulgó una integración de todo el sistema de las políticas descritas en el Memorando de Asesoramiento a través de su Tercero Informe sobre casos de redes sociales y, además, adjuntó el SMP de Walmart revisado como un ejemplo de legalidad.

En cuanto a la afectación a la libertad de expresión, pareciera que no existe una vulneración propiamente tal, sino por el contrario, su actuación se traduzco en una consecuencia para terceros. El caso si bien es similar al caso de Facebook Fired, en esta situación particular, las publicaciones que hace el empleador provocan que esos comentarios lleguen a los clientes, en donde uno de ellos manifestó

⁸⁵ a Sección 8 (a) (1) establece: “Será una práctica laboral injusta para un empleador ... interfiera con, limite, o coaccionar empleados en el ejercicio de los derechos garantizados en la Sección 7.”29 USC §158 (a) (1) (2012).

sentirse preocupado al respecto. Si bien los comentarios se encuentran dentro del ámbito privado del empleador, generó inseguridad y afectó de cierta manera la imagen del supermercado. A pesar que el empleado fue despedido, Walmart tenía de forma muy amplia las reglas de comportamiento de los empleadores, por ende la NLRB especificó en este caso en particular que son “*reglas ambiguas ... y que no contienen un lenguaje o contexto limitante*”. Además, cita una cláusula de Walmart⁸⁶ que establece: 'Ser respetuoso' esto puede a dar lugar que en ciertos contextos, la referencia de la regla a ser respetuoso podría ser demasiado amplia. Lo anterior, refleja un gran punto débil para el supermercado, dado que a pesar que el empleado fue despedido, sus normas eran insuficientes y poco claras, pero que fueron utilizadas a su favor, puesto que el comportamiento de este empleado pudo englobarse dentro de estas reglas amplias.

3.4 Caso Ortiz Vs. Hispanics United Of Buffalo, Inc. Resolución N° 3-CA-27872

Al igual que en el caso anterior, Hispanics United of Buffalo, Inc. (HUB), despidió a 5 trabajadores debido a comentarios publicados en su página de Facebook, comentarios negativos sobre una compañera de trabajo. En este asunto, tales comentarios negativos surgieron a raíz de críticas que realizó la trabajadora posteriormente atacada, en cuanto a la eficiencia de la prestación del servicio de varios de sus compañeros de trabajo.

Para la empresa era irrelevante que los comentarios se hicieran en esta Red Social, o en otra similar, ya que los resultados son los mismos. Asimismo, argumentó que este tipo de comentarios no deberían encontrarse protegidos por la Ley, debido a que al ser publicados, cualquier persona podía verlos. Esta vez, la Junta Nacional de Relaciones Laborales situada en Buffalo, N.Y., bajo la redacción

⁸⁶ La cláusula de Walmart, sin embargo, proporcionó suficientes ejemplos de conducta claramente atroz para que los empleados no lo hicieran.

del Juez Administrativo Arthur J. Amchan analizó la naturaleza de los comentarios, y decidió que, bajo la legislación estadounidense, los trabajadores tienen derecho a comentar sobre sus condiciones de trabajo. Así, el Juez Amchan señaló puntualmente:

“Concluyo que las comunicaciones de uno con el otro en Facebook, como reacción a las críticas de una compañera de trabajo sobre la manera en que empleados de HUB prestan sus servicios está protegida.”

Asimismo, se expresó en la Resolución: *“Los empleados tienen el derecho a discutir entre ellos los asuntos que afecten su empleo.”* Cabe destacar que la resolución administrativa ordenó la reinstalación de los empleados despedidos, junto con el pago de los salarios y otras ganancias dejados de percibir durante la terminación de la relación laboral. No omitimos mencionar que, si bien este caso se decidió tomando como base las leyes norteamericanas de protección al trabajador, la singularidad del hecho que fue utilizado como causal de despido aporta significativamente.

Estos casos traen a relieve la importancia de la privacidad y la libertad de expresión en el uso de las redes sociales. Por el momento, tanto en los Estados Unidos no se ha trazado una normativa para estos casos. Queda por resolverse: ¿qué se entiende por comentarios privados versus públicos? ¿Es privado un mensaje que puede ser visto sólo por amigos? ¿Qué pasa si dentro de tus amigos hay otro empleado o si tu empleador se encuentra entre tus amigos? ¿En qué cuenta se realiza el comentario? ¿Qué comentarios o expresiones se encuentran protegidos por el derecho a la libre expresión? ¿A quién pertenecía el equipo tecnológico utilizado?

Estas preguntas, aun están al debe de responderse, puesto que no existe una normativa que se refiera al tema en cuestión, y por ende la libertad de expresión no solo es el derecho fundamental que tienen las personas para manifestarse

libremente, sino que el problema surge hasta que límite su libertad de opinión se puede considerar pública si hay aspectos que involucren otras personas, y en donde puedan haber consecuencias, como lo es el despido en este caso.

3.5 Caso Knauz Motors BMW

El empleador de *Karl Knauz Motors* era propietario de las concesionarias BMW y Land Rover situadas directamente enfrente una de la otra. Cuando el concesionario de BMW organizó un evento de todo el día para presentarles a los clientes un nuevo modelo, el Gerente de Ventas General les dijo a los vendedores que el concesionario serviría hot dogs, galletas y refrigerios de Costco prefabricados en el evento. Preocupados por los refrigerios baratos y el efecto negativo que podrían tener en los clientes (y en última instancia, las ventas y las comisiones), un empleado, Robert Becker, tomó fotos burlonas de compañeros de trabajo posando con la comida. Cinco días más tarde, Becker vio a un hijo de 13 años de un cliente conducir un automóvil desde el concesionario Land Rover hasta un estanque frente al estacionamiento.

Becker publicó fotos del accidente y las fotos de los hot dogs del evento de BMW en Facebook. El gerente general de ventas de Becker lo llamó a su casa y le dijo que eliminara las fotos y los comentarios, y Becker lo cumplió de inmediato. Sin embargo, Becker fue despedido más tarde por avergonzar a la concesionaria.

El Consejo acordó, que los mensajes sobre el incidente de Land Rover no fueron actividades concertadas protegidas porque Becker los colocó por su cuenta sin discutir con otros empleados ni ninguna conexión con los términos o condiciones de empleo. Por otro lado, el ALJ determinó que las publicaciones de Becker relacionadas con el evento de BMW constituían una actividad concertada protegida porque se relacionaban con una preocupación por las comisiones. No obstante, el ALJ determinó, y el Consejo acordó, que no hubo violación de la

NLRA en la terminación de Becker debido a que fue despedido únicamente por los puestos de Land Rover, y no por los puestos de BMW.

Es importante destacar que, aunque la Junta confirmó la decisión del ALJ de que la terminación de Becker no violaba la NLRA, la Junta también sostuvo que la política de cortesía de la compañía que sustentaba la terminación era ilegal. Específicamente, la política declara:

Cortesía: la cortesía es responsabilidad de cada empleado. Se espera que todos sean corteses, educados y amigables con nuestros clientes, proveedores y proveedores, así como con sus compañeros de trabajo. Nadie debe ser irrespetuoso o utilizar lenguaje obsceno o cualquier otro idioma que dañe la imagen o la reputación del concesionario.

La Junta criticó la regla por dos razones. Primero, la regla (y el manual del empleado en general) carecía de cualquier lenguaje que informara a los empleados que no se aplicaría a las declaraciones dentro del paraguas protector de la NLRA. Segundo, una lectura justa de la regla podría llevar a un empleado a creer que cualquier declaración crítica sobre la compañía podría interpretarse como “irrespetuosa” y, por lo tanto, justificar una acción disciplinaria. Por lo tanto, la política era ilegal porque los empleados podían interpretar que prohibía la actividad protegida.

Aunque esta decisión deja en claro que hay circunstancias en las que los empleadores pueden disciplinar a los empleados por sus publicaciones en redes sociales, los empleadores deben proceder con cuidado y consultar a los abogados para disciplinar a los empleados por su contenido de redes sociales y redactar sus políticas de redes sociales. *Karl Knauz Motors* seguramente no será la última palabra de la Junta en las redes sociales y el lugar de trabajo.

3.6. Caso: DirecTV

Este caso ilustra las zonas más probables donde el conflicto SMP con la Ley Wagner, y pone sobre la mesa que los empleadores deben transmitir claramente que comportamiento se encuentra restringido.

La decisión en este caso también ilustra que los empleados no deberían tener que adivinar el comportamiento de lo que está prohibido, y que los empleadores deben cooperar con la NLRB en el momento oportuno, si se quiere evitar un hallazgo práctica laboral injusta.

En *DirecTV*, un grupo estaba organizando un sindicato y un empleado que “habló enérgicamente en favor de las uniones a los medios de comunicación”. El empleado en cuestión fue amenazado por el gerente de operaciones de la calidad de inspecciones de control en sus instalaciones justo después de que hizo su declaración a favor de la unión⁸⁷. Más allá de esta amenaza de represalias, hubo un testimonio más el establecimiento de ánimo antisindical en los discursos pronunciados por un vicepresidente en la reunión obligatorio que la compañía no permitiría la unión.

Con un unánime de los tres miembros de la NLRB, ordenaron la reincorporación del empleado y ordenaron la revisión de las normas de DirecTV. Las reglas para ser revisadas incluyen aquellos empleados que restringen el contacto con los medios de comunicación que claramente inhiben la discusión de los empleados de los asuntos laborales es una violación a la ley.

Esta norma no distingue las comunicaciones no protegidas, tales como aquellos que son maliciosamente falsa, desde las comunicaciones protegidas, por lo tanto es demasiado amplia e ilegal. Además, la política requiere, la aprobación previa de gestión antes de contactar o hacer comentarios a los medios de comunicación.

⁸⁷ DirecTV, 359 NLRB No. 54, en * 4 (25 de enero, 2013)

Las restricciones de comunicaciones a los empleados establecida en el manual del empleado, pudiera interpretarse que los gerentes de la compañía, gente de seguridad y confianza se ocuparía de hablar con los medios, en lugar de los empleados, esto también viola el artículo 8 (a) (4), que protege a los empleados de la OMS presentar cargos de prácticas laborales discriminatorias o proporcionar información a la Junta en el curso de una investigación.

La Junta observó que existía cualquier ambigüedad en contra del empleador que hizo las reglas. Además, otras reglas respecto a la confidencialidad de información de la compañía que incluye registros de los empleados podría ser interpretado para restringir la discusión de los salarios y los términos y condiciones de empleo. Cabe señalar, que DirecTV contenía una política de la compañía ***sobre el uso de las redes sociales, afirmando que “los empleados no pueden tener blog, entrar en las salas de chat, publicar mensajes en sitios web públicos o divulgar información de la compañía que no está ya divulgada como un registro público.”***

Desde el manual de política para empleados, define ‘información de la empresa’ para incluir los registros de empleados, la Junta determinó que la política establecida y prohibida por el empleador era ambigua, además que la divulgación de información de los registros de los empleados respecto a los datos relativos a los salarios, disciplina y niveles de rendimiento también se encontraban prohibidos. La Junta determinó que el ámbito de la política era ambigua a la luz de la provisión manual y que los empleados no deberían tener que descifrar qué información o conducta prohibida, por lo que lo establecido por el empleador en la política del manual era ilegal.

El intento del empleador para repudiar sus políticas ilegales llegó demasiado tarde para evitar una declaración de prácticas desleales de trabajo, ya que esperó hasta que la queja emitida, dedicada a la otra laboral injustas prácticas antisindicales, incluyendo las declaraciones dados de alta empleados para las actividades del

sindicato, y fallaron en reconocer su ilegal conducta. La junta estableció que el empleador rescinda de las normas ilegales sobre una base nacional y publicar un anuncio a tal efecto. También se requiere para restablecer el empleado despedido con pago retroactivo.

3.7 Caso: Jones & Carter

Este caso en particular se refiere a que los empleados tienen derecho a discutir sus salarios en virtud de la sección 7 de la NLRA. Lo anterior, se aplica de todas formas a pesar si la conducta del empleador se manifestó en redes sociales.

En *Jones & Carter*, la empresa demandada incurrió en prácticas desleales de trabajo donde existe ilegalmente una regla en su manual del empleado, que prohíbe la discusión entre los empleados acerca de sus salarios⁸⁸.

Lynda Theare demanda en virtud de la norma concertada protegida, dado que es una actividad protegida, donde los empleados pueden discutir de sus salarios con otros empleados, la empresa, por el contrario, considera que hablar de aquello es una violación a las normas del lugar de trabajo.

Cuando Teare decide demandar para obtener la compensación por desempleo, la empresa respondió a su solicitud, en donde le señalan que no se le dará dinero en base a que discutir el tema de salario es una información confidencial del empleado.

La empresa sostuvo que la discusión salarial se encuentra prohibida en virtud de su regla de confidencialidad. Más tarde, en la audiencia en la NLRB, los testigos de la parte demandada, que fueron empleados de la misma empresa señalan que

⁸⁸ Jones & Carter, Inc., ALJ, N° 16-CA-027 969 (Nov. 26 de, 2012), *aff'd*, (NLRB 8 de febrero de 2013), disponible en <http://www.nlr.gov/case/16-CA-027969>

se trata de un caso en que ellos no pueden discutir el salario y que en lo concreto no existe una violación a la regla de confidencialidad.

El juez encontró que el empleador utilizó razones inapropiadas en contra de Teare y que dichas actuaciones eran indicativas de un motivo discriminatorio. El empleador recibió la orden de sacar la política de prohibir a los empleados discutir sobre sus salarios, y ofrecer a Teare su trabajo de vuelta junto con otros derechos y privilegios.

Mientras que las discusiones que se suscitaron en este caso llamado *Jones & Carter* se llevó a cabo cara a cara, como se mencionó anteriormente, las mismas reglas se aplican si las actividades conjuntas protegidas se llevan a cabo cara a cara o en las redes sociales. Por lo tanto, este caso destaca que la inhibición de las reglas de discusión de salarios se puede llevar a cabo por cualquier modo de comunicación. Lo interesante, a pensar es ¿qué hubiera pasado si Teare hubiera publicado esta situación en su red social privada, se hubiera llegado a la misma solución?

En este caso, la libertad de expresión de discutir los salarios es permitida sin dudas, el actuar ilegal de la empresa, hizo que Teare fuera despedida sin razón alguna, pero que al final la Junta, tuvo un rol importante en decidir y castigar a la empresa, puesto que los empleados tienen la libertad de discutir ampliamente sobre sus salarios, en la comunicación que sea y con quienes desean.

3.8 Caso: Diseño Technology Group LLC d / b / a Bettie Page Clothing

Este caso ilustra que la NLRA es un órgano bastante serio sobre hacer cumplir los derechos de los empleados respecto a participar en discusiones sobre los salarios, horarios y condiciones de trabajo, así como las de ayuda o protección mutua, que tienen lugar en los aspectos sociales.

La Junta ordena la reincorporación de los empleados dados de alta debido a tal conducta protegida. En *Bettie Page Clothing*, la Junta determinó que los empleados que se quejaron de las preocupaciones relacionadas con el trabajo en Facebook, así como fuera del trabajo, se encuentran bajo la protección de la sección 7 de la ley⁸⁹.

Los empleados trabajaban en las ventas en una tienda de ropa de Bettie Page en Haight Ashbury, San Francisco. Las quejas estaban relacionadas con el trato que tenía el gerente de la tienda con los empleados, cuestiones como la seguridad al momento de salir de la tienda a las 8 pm cuando los negocios vecinos cierran a las 7 pm⁹⁰.

Uno de los empleados se quejó de esta cuestión al gerente, luego que cerrará la tienda a las 7 pm. Esto provocó la molestia del gerente, en virtud de que el empleado pasó a llevarlo, en virtud de la jerarquía empleado-empendedor.

Las conversaciones de los empleados en Facebook eran quejas acerca de la conducta de su supervisor, así como sobre los términos y las condiciones de empleo y la ley estatal derechos de los trabajadores en California.

El juez y la Junta no están de acuerdo con la afirmación del empleador, el cual señaló que los empleados planearon ir en su contra, en virtud de una descarga que hicieron en una publicación de Facebook, que incluía la siguiente broma:

“Muhahahahaha !!! Así que han caído en mis muletas” que era una cita de un programa de televisión de comedia de época “The Monkees”⁹¹.

⁸⁹ *Bettie Page Clothing* , 359 NLRB No. 96, en * 1, n.4.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

La Junta ordenó la reincorporación de los tres empleados involucrados y ordena que el empleador respete las normas básicas y derechos que tienen los empleados.

El mismo día que el Consejo decidió el caso *Bettie Page*, otro juez de otro caso emitió también un dictamen en donde invalidó las políticas de empleo de un empleador en relación con el uso de correo electrónico y las redes sociales porque eran excesivamente amplia y ambigua. Una vez más, la sección 7 cubre claramente las actividades conjuntas protegidas de los empleados, y requiere la revisión de las reglas de trabajo incluyendo SMP de la compañía.

3.9 Caso: Dish Network

El último caso *Dish Network*⁹² refuerza el peligro de restringir el contacto de los empleados con la aplicación de la ley de medios de comunicación o de una manera que es inadmisiblemente overbroad porque las reglas interfieren con la actividad protegida NLRA.

Al igual que en *Knauz*⁹³, cuando un empleado se involucra en una conducta que no está protegida por la Ley, la conducta es una base legal para la terminación independiente y fuera del ámbito de control de la norma.

La nueva táctica de la Junta parece consistir en buscar en el manual de empleados del empleador un lenguaje que la NLRB interpreta, con una lectura dudosa, como una violación de los derechos de los empleados a una actividad concertada y protegida, incluso en los casos en que el manual no guarde relación con el original y en el que se considere que ese alegato original carece de fundamento.

⁹² Dish Network Corp., 359 NLRB No. 108, en * 1 (Abril 30, 2013).

⁹³ *Ibid.* 5 (citando Costco Wholesale Corp., 358 NLRB No. 106, en 2 (2012); Knauz BMW, 358 NLRB No. 16).

En una ubicación de Dish Network en Texas, un empleado fue despedido por no cumplir con los estándares de seguridad de la compañía. El juez Ringler descubrió que, a pesar de la participación del empleado en actividades sindicales que de otro modo estarían protegidas, la compañía lo rescindió a él y a otros empleados como parte de su aplicación más amplia de las normas de seguridad. Uno pensaría que eso hubiera sido el final del asunto, pero el juez pasó a declarar que Dish Network era culpable de prácticas laborales injustas de todos modos debido a tres disposiciones en su manual nacional para empleados.

Las políticas que el Juez Ringler consideró ilegales incluyeron la prohibición de Dish Network de difamar a la compañía al usar las redes sociales, incluso mientras estaba en “tiempo de la compañía”. También falló en contra de su política que prohíbe a personas no autorizadas hablar con los medios sobre la compañía y sus actividades comerciales sin aprobación del departamento de comunicaciones, y de manera similar falló en contra de la política que obliga a los empleados a informar las consultas de los funcionarios del gobierno al asesor general de la compañía.

Mientras se desvivía por declarar que Dish Network violó la ley, el juez aplicó el cuestionable razonamiento de la Junta de que las normas que impiden a los empleados participar en difamación o utilizar un lenguaje irrespetuoso violan la ley. De hecho, esta práctica es bastante común y comprensible para los empleadores, quienes tienen un gran interés en proteger su marca. Del mismo modo, prácticamente todos los grandes empleadores tienen reglas relativas a los contactos con los medios, e incluso el gobierno tiene reglas que limitan los contactos de los medios a las oficinas de asuntos públicos que están autorizados a hablar en nombre de una agencia.

Tal vez la Junta Directiva permita que los manuales de los empleados pasen el examen si simplemente incluyen las propias políticas de redes sociales de la NLRB, que prohíben lo siguiente: “Discurso de odio; Blasfemia, obscenidad o vulgaridad; Desnudos en imágenes de perfil; Difamación a una persona o

personas; Los comentarios cuyo propósito principal es vender productos y los Comentarios que la Oficina de Asuntos Públicos de NLRB considera inapropiados. “Uno puede estar seguro de que los empleadores del sector privado disfrutarían de la capacidad de prohibir los comentarios de las redes sociales que también consideren inapropiados, pero parece seguro adivinar que el mundo bizarro de la NLRB es el único lugar donde eso está permitido.

Además de estos los casos mencionados, en el año 2015, se dieron dos casos que merecen ser analizados:

El primero ha tenido lugar en la ciudad de Newton, Carolina del Norte (USA).

Una empleada que trabajaba como cuidadora en una residencia de mayores hizo con su teléfono móvil una fotografía en la que se veía a uno de los residentes utilizando el inodoro. Más tarde publicó la imagen en su cuenta de Snapchat. En ella aparecían otras dos cuidadoras que también fueron despedidas por no denunciarlo ni impedirlo en aquel momento. Aparte de que la imagen atenta contra la dignidad de la persona, lo que hace que este caso sea particularmente odioso es que la mujer fotografiada es una persona mayor, indefensa y enferma de Alzheimer.

El segundo caso ha ocurrido en Atlanta. Un empleado se hizo un *selfie* en la oficina junto a un niño de raza negra de unos 3-4 años. El niño era el hijo de una compañera de trabajo (ahora ya ex compañera). La foto no tenía mayor importancia hasta que la publicó en Facebook y comenzaron los comentarios y bromas racistas sobre el niño. El empleado fue despedido.

Si bien los dos casos son en contextos distintos a los señalados previamente, en virtud de que vemos una jerarquía establecida, no deja de ser interesante, al ver que el uso de las redes sociales ha perjudicado de manera grave a personas que quizás ni siquiera tenían conocimiento del uso de estas redes de comunicación. En ambos, casos los empleadores fueron despedidos, y que pareciera ser

justificable, dado que se ha vulnerado los derechos de terceros, que a diferencia de los casos anteriores, la afectación siempre fue al trabajador. Claramente, el uso de aquellas cuando son inapropiadas pueden ser perjudiciales en la vida de las personas, dado que afecta su dignidad, honra y privacidad.

3.10 Posible existencia de una afectación a la libertad de expresión del trabajador

Se ha sostenido que la intervención que pueden tener los empleadores en la participación de sus empleados en las redes sociales o el uso de la información publicada en éstas es un asunto de índole constitucional, más allá del aspecto laboral que conlleva un despido. Como norma general, para levantar un asunto de índole constitucional se requiere una acción estatal. No obstante, no quita la posibilidad de que exista una vulneración al derecho a la libertad de expresión.

Si bien es cierto que la red es pública, no es una avenida abierta para que el empleador intervenga en esta. Habrá que evaluar cómo obtuvo el acceso a la información y si se trataba de un perfil público o si el usuario publicaba su información bajo la creencia de que su audiencia era limitada por haber seleccionado las opciones de privacidad, por ejemplo, una contraseña de acceso al foro. Sin embargo, hay quienes piensan que no es necesario hacer esta distinción pues aquél que publica información en el Internet lo hace a sabiendas de que esa información pudiera caer en manos de un tercero.

En un caso de New Jersey, la corte de Distrito concluyó que el empleador violó la Ley federal de Comunicaciones Grabadas (SCA, por sus siglas en inglés) a la vez que violaba la Ley estatal de Comunicaciones Grabadas, la cual prohibía acceder a información grabada electrónicamente de manera intencional sin autorización o excediendo esa autorización, de haberla.

En este caso, el empleador despidió a unos trabajadores, luego de tener acceso a unas discusiones grupales realizadas en un foro que requería una contraseña. Los empleados utilizaban este foro para discutir asuntos relacionados al trabajo, pero también compartían comentarios de índole sexual en relación a los clientes del restaurante y a la gerencia, sobre el uso de sustancias controladas e información confidencial del empleador. Inicialmente, el empleador tuvo acceso al foro por medio de un empleado que, a iniciativa suya, le mostró a su supervisor el contenido de las conversaciones. No obstante, más adelante, otro de los supervisores le solicitó la contraseña del foro al empleado, quien testificó que compartió la información por temor a que el empleador tomara represalias en su contra. La corte impuso responsabilidad al empleador y le ordenó el pago de penalidades por las violaciones al estatuto de New Jersey y a la SCA.

En cuanto a una posible invocación al derecho a la libertad de expresión, habrá que esperar a la evaluación de los tribunales. Por el momento, es sabido que es una garantía que no puede invocarse en relaciones empleador- trabajador privadas, pero hay quien piensa que las publicaciones en las redes sociales sirven como una gran aportación y que, por ser de alto interés público, merecen ser protegidas frente a cualquier tipo de represalia por parte de un empleador.

CAPITULO IV

PROYECTOS DE LEY

Como ya se ha mencionado en los capítulos precedentes, el número de estadounidenses que usa las redes sociales ha ido incrementando dentro como fuera del trabajo. Las preocupaciones que tienen los empleadores respecto a su uso, se ha traducido en que éstos pidan a los empleados que entreguen sus nombres de usuario o contraseñas de sus cuentas personales. Esto ha provocado inquietudes y generado controversias, por lo que el legislador ha tenido que intervenir al respecto.

Algunos empleadores argumentan que el acceso a cuentas personales es necesario para proteger la información de propiedad o secretos comerciales, para cumplir con las regulaciones financieras federales o para evitar que el empleador esté expuesto a responsabilidades legales. Pero, otros consideran que requerir acceso a cuentas personales es una invasión de la privacidad de los empleados.

Los legisladores estatales introdujeron una legislación a partir de 2012 para evitar que los empleadores soliciten contraseñas a cuentas personales de Internet para obtener o conservar un empleo. Una legislación similar protegería a los estudiantes de colegios y universidades públicas de tener que otorgar acceso a sus cuentas de redes sociales.

A lo largo de los últimos 5 años, los distintos estados federales de Estados Unidos han tratado de regular las redes sociales, a pesar de haber proyectos en la mayoría, no todos llegan a ser aprobados, y sus estados se encuentran pendientes, fallidos o aplazados. No solo regulan la información entre los empleadores, sino que se extiende a otras áreas en particular a las educativas.

Este capítulo tiene como objetivo ilustrar, los diversos proyectos que se han suscitado en torno a esta problemática, ya expuesta, si bien no todos llegan a un fin que es la promulgación, el mero hecho de que la mayoría de los estados tengan una consciencia de la evolución del Internet y de las redes sociales en el lugar de trabajo, ilustra claramente el avance y el desarrollo del país, lo que se contrasta con la poca regulación o mejor dicho inexistente regulación en los países latinoamericanos.

4.1 Legislación de 2016

La legislación del año consideró al menos 15 estados, de los cuales 4 llegaron a ser promulgados. Los Estados son: Illinois, Nebraska, Virginia y Virginia Occidental.

Alabama

- H.B. 267

- **Estado:** Fallido – Aplazado.

Se relaciona con la educación pública de prekindergarten, primaria y secundaria; limita la recopilación y divulgación de información de estudiantes y docentes para fines académicos específicos; proporciona sanciones civiles por violación.

- S.B. 318

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se relaciona con la educación pública de prekindergarten, primaria y secundaria; limita la recopilación y divulgación de información de estudiantes y docentes para fines académicos específicos; proporciona sanciones civiles por violación.

Alaska

- H.B 284

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se relaciona con la privacidad de los medios sociales de los empleados y los solicitantes de empleo; proporciona una fecha efectiva.

B) H.B 285

- Estado: Fallido - Aplazado.

Se relaciona con las escuelas, los distritos escolares, los programas de correspondencia, las escuelas privadas y los empleados de esas escuelas, distritos y programas; se relaciona con la privacidad de los estudiantes en las redes sociales; se relaciona con instituciones educativas postsecundarias; proporciona una fecha efectiva.

Florida

- H.B 635

- **Estado:** Fallido

Se relaciona con la privacidad de las redes sociales; prohíbe que el empleador solicite o requiera acceso a la cuenta de medios sociales del empleado o posible empleado; prohíbe al empleador tomar medidas de represalia contra el empleado como resultado de la negativa de los empleados a permitir el acceso a su cuenta de redes sociales; prohíbe que el empleador falle o se niegue a contratar empleados potenciales como resultado de la negativa de posibles empleados a permitir el acceso a su cuenta de redes sociales; autoriza una acción civil.

- S.B. 186

- **Estado:** Fallido

Se relaciona con la privacidad de las redes sociales; prohíbe que un empleador solicite o requiera acceso a la cuenta de redes sociales de un empleado de un posible empleado; prohíbe acciones de represalia contra un empleado por negarse

a proporcionarlo; prohíbe que un empleador falle o se niegue a contratar a una persona que no proporciona dicha información; proporciona una multa por violaciones; autoriza una acción civil por violación; proporciona la recuperación de honorarios de abogados y costos judiciales.

Georgia

- H.B 138

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se refiere a las disposiciones generales relativas a las relaciones laborales y laborales; prohíbe a los empleadores solicitar un nombre de usuario, contraseña u otro medio para acceder a una cuenta o servicio con el fin de acceder a las redes sociales personales a través de un dispositivo de comunicación electrónico de empleados o posibles empleados con ciertas excepciones; proporciona sanciones; proporciona un título corto; proporciona asuntos relacionados; deroga leyes conflictivas.

Hawai

- H.B 561

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Prohíbe a los empleadores exigir o solicitar a los empleados y posibles empleados que otorguen acceso a nombres de usuario y contraseñas de cuentas personales

- H.B 1305

- **Estado:** Fallido.

Prohíbe a los empleadores exigir, solicitar, sugerir o hacer que los empleados y posibles empleados otorguen acceso a nombres de usuario o contraseñas personales para un sitio web de redes sociales.

- H.B 1739

- **Estado:** 11 de julio de 2016, vetado por el Gobernador.

Prohíbe a los empleadores exigir, solicitar o coaccionar a los empleados o posibles empleados para que proporcionen acceso a sus cuentas personales.

- S.B. 1269

- **Estado:** Fallido.

Prohíbe a los empleadores exigir o solicitar a los empleados y posibles empleados que otorguen acceso a nombres de usuario y contraseñas de cuentas personales

Illinois

- H.B 1299

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Enmienda la Ley de Derecho a la Privacidad en el Lugar de Trabajo; realiza un cambio técnico en una sección sobre consultas prohibidas.

- H.B 4082

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Enmienda el Derecho a la Privacidad en la Ley de Establecimiento Escolar; estipula que una escuela primaria o secundaria debe notificar al alumno y a sus padres o tutores que la escuela primaria o secundaria puede, previa orden judicial, exigir que el alumno proporcione una contraseña u otra información de cuenta

relacionada para poder acceder a ella. la cuenta o el perfil del estudiante en un sitio web de redes sociales.

C) H.B 4999

- **Estado:** 22 de julio de 2016, firmado por el gobernador. Cap. 610.

Enmienda la Ley de Derecho a la Privacidad en el Lugar de Trabajo; hace ilegal que un empleador o futuro empleador solicite o requiera que un empleado o solicitante autentique o acceda a una cuenta personal en línea en presencia del empleador, solicite o requiera que un empleado o solicitante invite al empleador a unirse a un determinado grupo, o unirse a una cuenta en línea establecida por el empleador; prohíbe las represalias contra un empleado o solicitante; enmienda la Ley de Vigilancia de la Libertad de Localización.

- S.B. 259

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Enmienda la Ley de Derecho a la Privacidad en el Lugar de Trabajo; realiza un cambio técnico en una sección sobre consultas prohibidas.

- S.B. 983

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Enmienda la Ley de Derecho a la Privacidad en el Lugar de Trabajo; realiza un cambio técnico en una sección sobre consultas prohibidas.

- S.B. 2693

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Enmienda la Ley de Derecho a la Privacidad en el Lugar de Trabajo; realiza un cambio técnico en una Sección referente a consultas prohibidas sobre si un

posible empleado ha presentado alguna vez un reclamo de compensación laboral; prohíbe que un empleador requiera contraseñas o acceso a una cuenta de red social.

Massachusetts

- H.B 386

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Se relaciona con la privacidad de las redes sociales de las contraseñas para los estudiantes de la escuela.

- H-B 4143

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Prohíbe a los distritos escolares solicitar el nombre de usuario, la contraseña u otros medios para acceder a una cuenta personal de redes sociales.

- S.B. 962

Estado: suspendido y suspendido.

Se relaciona con la protección de la privacidad de los medios sociales de los empleados.

- S.B. 991

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Se relaciona con las prácticas de empleo justas.

- S.B. 2034

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Se relaciona con la protección de la privacidad de los medios sociales de los empleados; establece que ningún empleador o institución educativa requerirá que un solicitante proporcione acceso a un sitio de redes sociales como condición de empleo o aceptación; provee una acción civil por daños; incluye estudiantes y posibles estudiantes ..

- S.B. 2054

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Se relaciona con la protección de la privacidad de los medios sociales de los empleados; establece que ningún empleador o institución educativa requerirá que un solicitante proporcione acceso a un sitio de redes sociales como condición de empleo o aceptación; provee una acción civil por daños; incluye estudiantes y futuros estudiantes.

- S.B. 2063

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Proporciona protección de la privacidad de las cuentas de los estudiantes en las redes sociales utilizadas exclusivamente para uso personal; establece que una institución educativa no requerirá que un estudiante o solicitante divulgue un nombre de usuario o contraseña a una cuenta personal de redes sociales, obligue al estudiante, como condición para participar en actividades curriculares o extracurriculares, a agregar personal escolar a la lista de contactos o tomar represalias por la negativa del estudiante a cumplir; proporciona una acción civil por daños y perjuicios.

Minnesota

- H.B 2385

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se relaciona con la privacidad de los datos; protege los nombres de usuario y contraseñas personales de los solicitantes y empleados del acceso de los empleadores; proporciona una aplicación civil.

- H.B 2386

- Estado: Fallido - Aplazado.

Se relaciona con la privacidad de los datos; proporciona protección del nombre de usuario personal y la contraseña del estudiante; proporciona la aplicación.

- S.B. 2703

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se relaciona con la privacidad de los datos; protege los nombres de usuario y contraseñas personales del solicitante y del empleado del acceso de los empleadores; proporciona una aplicación civil.

- S.B. 2705

- **Estado:** suspendido-aplazado.

Se relaciona con la privacidad de los datos; proporciona protección del nombre de usuario personal y la contraseña del estudiante; proporciona la aplicación.

Misuri

- H.B. 1735

- Estado: suspendido y suspendido.

Establece la Ley de Protección de Privacidad de Contraseña. Se aplica a empleadores e instituciones educativas.

Nebraska

L.B. 821

Estado: 19 de abril de 2016, firmado por el gobernador.

Adopta la Ley de privacidad en el lugar de trabajo; prohíbe a los empleadores acceder a las cuentas de Internet personales de un solicitante o empleado y tomar medidas adversas en contra de, o no contratar, a un empleado o solicitante por no proporcionar información relacionada con la cuenta; prohíbe las represalias contra un empleado que presente una queja conforme a la Ley; prohíbe que un empleado descargue o transfiera información privada de propiedad o datos financieros a una cuenta personal de Internet sin autorización.

New Hampshire

- H.B 1458

- **Estado:** Fallido.

Modifica el estatuto que rige las políticas de redes sociales en instituciones educativas

- S.B. 393

- **Estado:** Fallido - aplazado.

Aclara los derechos de empleadores y empleados con respecto a la posesión y control de datos

Nueva York

- A.B. 2891

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Protege la privacidad de las cuentas de redes sociales de empleados y futuros empleados.

- A.B. 4388

Estado: suspendido y suspendido.

Prohíbe que un empleador o institución educativa solicite o requiera que un empleado, solicitante o alumno divulgue cualquier nombre de usuario, contraseña u otro medio para acceder a una cuenta o servicio personal a través de dispositivos de comunicación electrónicos específicos.

- S.B. 3927

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Protege la privacidad de las cuentas de redes sociales de empleados y futuros empleados.

- S.B. 4073

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Enmienda la ley comercial general; establece la Ley de Protección de la Privacidad en Internet y la Ley de Seguridad en Internet del Estado de Nueva York; establece la Ley de Privacidad de las Cuentas en Línea y las Redes Sociales del Estado de Nueva York; establece los requisitos para el uso y destrucción de información personal y privada en línea; incluye definiciones, requisitos, especificaciones para menores, responsabilidades, responsabilidad y cumplimiento.

- S.B. 6871

- **Estado:** suspendido y suspendido.

Prohíbe que un empleador o institución educativa solicite o requiera que un empleado, solicitante o alumno divulgue cualquier nombre de usuario, contraseña

u otro medio para acceder a una cuenta o servicio personal a través de dispositivos de comunicación específicos.

Oklahoma

- H.B1877

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se relaciona con el trabajo; se relaciona con el acceso del empleador a las cuentas en línea de las redes sociales de los empleados; proporciona una excepción; proporciona una fecha efectiva

- H.B 2295

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

Se relaciona con el trabajo; se relaciona con el acceso del empleador a las cuentas en línea de las redes sociales de los empleados; proporciona una excepción; proporciona una fecha efectiva.

- H.B 3184

- **Estado:** Fallido - Aplazado.

se relaciona con crímenes y castigos; crea la Ley de Protección de los Medios Sociales de los Estudiantes; provee para la no codificación; proporciona una fecha efectiva

Virginia

S.B 438

- **Estado:** 1 de abril de 2016; Firmado por el Gobernador, Cap. 597.

Se relaciona con las instituciones públicas de educación superior; se relaciona con cuentas de redes sociales; prohíbe que una institución pública o privada de

educación superior exija que un estudiante divulgue el nombre de usuario o la contraseña a cualquiera de las cuentas de dichos medios sociales de los estudiantes.

Virginia del Oeste

- H.B 4364

- **Estado: 13 de mayo de 2016, Firmado por el Gobernador, Ley 143.**

Se relaciona con el empleo y la protección de la privacidad; prohíbe que un empleador solicite o requiera que un empleado o solicitante divulgue cualquier nombre de usuario, contraseña u otro medio para acceder a una cuenta o servicio personal a través de ciertos dispositivos de comunicación electrónica; prohíbe a un empleador tomar o amenazar con tomar, ciertas acciones disciplinarias por la negativa de un empleado a revelar cierta contraseña e información relacionada

4.2 Proyecto de Ley año 2013

El Gobernador de Washington, Jay Inslee, el 21 de mayo de 2013, firmó la ley de privacidad de las redes sociales de Washington, que prohíbe a los empleadores solicitar nombres de usuario y contraseñas de las cuentas de redes sociales personales actuales o futuras de los empleados.

El proyecto de ley ([SB 5211](#))⁹⁴ fue aprobado por unanimidad por la Legislatura del Estado de Washington en abril de 2013. Otros afirman que han promulgado leyes como Arkansas, California, Colorado, Illinois, Maryland, Michigan, Nuevo

⁹⁴ Translate.googleusercontent.com. (2017). *Traductor de Google*. [online] Available at: https://translate.googleusercontent.com/translate_c?act=url&depth=1&hl=es&ie=UTF8&prev=_t&url=translate.google.com&sl=en&sp=nmt4&tl=es&u=http://apps.leg.wa.gov/documents/billdocs/2013-14/Pdf/Bills/Session%2520Laws/Senate/5211-S.SL.pdf&usg=ALkJrhgvm6ArWKA2x8lltnCiy5pbgQyPfg [Accessed 4 Dec. 2017].

México, Oregón y Utah. La nueva ley de Washington entró en vigencia el 28 de julio de 2013.

La nueva ley define ampliamente a los “empleadores” para incluir a cualquier persona, firma, corporación, sociedad, fideicomiso comercial, representante legal u otra entidad comercial que participe en cualquier negocio, industria, profesión u otra actividad en Washington y emplea a uno o más empleados. La ley cubre el estado, las agencias estatales y las subdivisiones políticas.

La nueva ley establece que los empleadores *no* pueden:

1. Solicitar información de inicio de sesión (incluido el nombre de usuario y la contraseña) para la cuenta de redes sociales personales de un empleado o solicitante;
2. Participar en “navegación de hombro” (lo que significa que los empleadores tienen prohibido solicitar, exigir o obligar a un empleado o solicitante a acceder a su cuenta de red social personal en presencia del empleador de manera que el empleador pueda observar el contenido de la cuenta);
3. Obligar o obligar a un empleado o solicitante a agregar a una persona, incluido el empleador, como amigo o contacto asociado con la cuenta de la red social del empleado o del solicitante; o
4. Solicitar, exigir o hacer que un empleado o solicitante modifique su configuración, lo que puede afectar la capacidad de un tercero para ver el contenido de la cuenta.

Además, la ley prohíbe que los empleadores tomen medidas adversas contra un empleado o solicitante debido a que el individuo se niega a proporcionar la información o participar en alguna de las conductas prohibidas. “Acción adversa” significa: despedir, disciplinar o penalizar de algún otro modo a un empleado; amenazando con despedir, disciplinar o penalizar de algún otro modo a un empleado; y fallar o negarse a contratar a un solicitante.

Excepciones

El estatuto proporciona una excepción para las investigaciones del empleador en ciertas circunstancias. La ley no se aplica a la solicitud o requisito de un empleador de que un empleado comparta el contenido con su cuenta personal de redes sociales si se cumplen todas las condiciones siguientes:

1. El empleador solicita o requiere que el contenido haga una determinación objetiva en el curso de la realización de una investigación,
2. El empleador lleva a cabo la investigación en respuesta a la recepción de información sobre la actividad del empleado en su contabilidad personal de redes sociales,
3. El propósito de la investigación es
 - i. garantizar el cumplimiento de las leyes aplicables o prohibiciones contra la mala conducta de los empleados relacionados con el trabajo o
 - ii. Investigar una alegación de transferencia no autorizada de información patentada de un empleador, información confidencial o datos financieros a la cuenta personal de la red social del empleado, y
4. El empleador no solicita ni requiere que el empleado proporcione su información de inicio de sesión.

La ley no se aplica a las redes sociales, intranets y otras plataformas tecnológicas *“que [están] destinadas principalmente a facilitar el intercambio de información relacionada con el trabajo, la colaboración o la comunicación entre empleados u otros trabajadores”*. Además, no prohíbe que un empleador solicite o que requiera que un empleado divulgue la información de inicio de sesión para acceder a una cuenta o servicio provisto en virtud de la relación laboral del empleado con el empleador, o a un dispositivo de comunicación electrónica o cuenta en línea pagada o provista por el empleador.

Si, mediante el uso de un dispositivo de comunicaciones electrónicas provisto por el empleador o un dispositivo o programa electrónico que monitorea la red de un empleado, un empleador inadvertidamente recibe la información de inicio de sesión de un empleado, el empleador no es responsable por la simple posesión de dicha información. Sin embargo, el empleador no puede usar esta información para acceder a la cuenta de redes sociales personales del empleado.

Remedios

Esta ley contiene recursos y sanciones significativos. Un empleado o solicitante puede iniciar una acción civil alegando una violación de esta ley. Un tribunal puede otorgar una indemnización legal de \$ 500, medidas cautelares u otras medidas equitativas, daños reales y honorarios y costos razonables de abogados a un empleado o solicitante prevaleciente. Si un tribunal considera que la acción fue frívola y se adelantó sin una causa razonable, puede adjudicar gastos razonables y honorarios de abogados a cualquier parte que prevalezca, incluidos los empleadores.

Problemas con la legislación:

¿Es esto realmente un problema que merece atención legislativa?

En primer lugar, no está claro si los empleadores incluso participan en la práctica de solicitar el acceso a los perfiles privados de posibles empleadores con regularidad. La mayoría de los abogados adversos al riesgo recomendarían a sus clientes que se abstengan de conocer los detalles de la vida personal de sus futuros empleados por motivos ajenos a la cuestión de la privacidad (por ejemplo, aprender sobre una condición médica o creencia religiosa, esto constituiría una violación de los términos de servicio de la mayoría de las redes sociales). Dada la mala publicidad que genera algo como esto, tampoco parece una buena práctica

comercial. Sorprendería que los empleadores se involucren en esta actividad en masa.

Problemas de definición:

Si bien la definición de “sitio web de redes sociales” no adolece de los mismos defectos que el estatuto de California (ese estatuto se aplica al contenido digital, incluido el contenido que se almacena localmente), la definición sigue siendo vaga. Tampoco está claro qué significa el estatuto por “contraseña u *otra información relacionada con la cuenta*”. ¿Intenta conseguir algo así como una cuenta de Twitter protegida en la que el titular de la cuenta debe aceptar una solicitud subsiguiente? ¿Es esta la “otra información de la cuenta” que el estatuto tiene en mente?

Quizás lo más importante es que el estatuto no distingue efectivamente entre cuentas privadas y públicas, que es una distinción clave que el estatuto debería hacer. Esto es probablemente lo que está logrando el lenguaje del “dominio público” del estatuto, pero el “dominio público” no es la elección óptima de las palabras aquí.

Efecto inadvertido en las preguntas sobre la propiedad:

Se ha escrito sobre diversos casos⁹⁵ en los que el empleador y el empleado lucharon por la propiedad de los activos de las redes sociales. Debido a que el estatuto propuesto de Washington no distingue entre empleados potenciales y existentes, el estatuto podría afectar inadvertidamente los problemas de propiedad de las cuentas de redes sociales. Las disputas judiciales no han producido ningún estándar definitivo, pero señalan el hecho de que las cuentas a menudo se usan

⁹⁵ (PhoneDog v. Kravitz ; Eagle v. Morgan ; Maremont v. SF Design Group ; Ardis Health v. Nankivell).

con propósitos mixtos. Al restringir el acceso del empleador a “un empleado”. . . cuenta o perfil en un sitio de redes sociales, “la regla podría prohibir que los empleadores soliciten contraseñas para las cuentas de redes sociales utilizadas por el empleado para el beneficio tanto del empleador como del empleado. Idealmente, el estatuto dejaría en claro que no tiene la intención de afectar ningún problema de propiedad entre el empleador y el empleado y solo tiene la intención de abordar una situación en la que un empleador busca acceso a una cuenta de redes sociales para realizar una verificación de antecedentes antes de haciendo una oferta de empleo.

Sin excepciones:

El estatuto tampoco adopta un enfoque muy flexible y no contiene exclusiones para escenarios en los que los empleadores legítimamente necesitarían acceder a la información de una cuenta de redes sociales utilizada por el empleado. Estos podrían incluir el acceso a la información para realizar investigaciones o investigar la mala conducta. El estatuto de California contiene una amplia excepción, pero la legislación propuesta de Washington no contiene una.

Causa de acción privada:

La ley propuesta también establece una causa de acción privada y autoriza a los tribunales a otorgar daños estatutarios. Lo más probable es que esta disposición dé lugar a que el estatuto sea solo otra causa de acción rutinaria que un ex empleado descontento afirma contra un empleador, en lugar de un control significativo sobre la intromisión del empleador.

El estatuto tiene “consecuencias involuntarias” escritas por todas partes. Dada la incertidumbre acerca de si esto es realmente una práctica rampante que necesita atención legislativa, junto con las dificultades para hacer que el estatuto sea

razonablemente preciso, esto parece ser un gran candidato para adoptar un enfoque de esperar y ver, en lugar de apresurarse.

4.3 Proyecto de Ley año 2017

El 27 de abril del año 2017, se aprobó en el Senado del Estado de Washington un proyecto de ley denominada “**Employer Social Media Password Bill**” algo así como la “Ley para Empleadores sobre el Uso de Claves de Redes Sociales”.

Actualmente esta norma se encuentra a la espera de la firma del Gobernador de dicho Estado para entrar en vigencia y regula el acceso de los empleadores a las cuentas privadas de los trabajadores en redes sociales. A continuación se darán a conocer las principales regulaciones de esta norma:

1. La ley prohíbe a los empleadores:

- A. Solicitar a sus trabajadores o postulantes a puestos de trabajo la entrega de sus claves de acceso a redes sociales.
- B. Obligar a los trabajadores a ingresar a sus cuentas en redes sociales delante de ellos, es decir, de forma y manera que permita al empleador tener acceso al contenido de la cuenta del trabajador.
- C. Obligar al trabajador a agregar al empleador, o a cualquier otra persona indicada por el empleador, como contacto en cualquier red social.
- D. Obligar al trabajador a modificar la configuración de su cuenta en alguna red social de modo que se eliminen restricciones al acceso de terceras personas.
- E. Aplicar sanciones o tomar cualquier medida en contra del trabajador o postulante que se niegue a realizar alguna de las actividades señaladas precedentemente.

La información que se ingresan a las redes sociales y que se pretende que se mantenga en un ámbito privado o con alguna restricción de acceso debiera mantenerse así. No se puede imaginar que alguien pretenda obligar a otra persona a revelar información que no desea que salga de su círculo personal. Claramente, es una afectación a la privacidad de las personas. Lamentablemente, al menos en los Estados Unidos, esta costumbre está alcanzando poder ya que las legislaturas estatales se están viendo forzadas a regular estas prohibiciones mediante leyes expresas. Las legislaturas de California, Illinois, Maryland, Michigan, New Jersey, New Mexico y Utah han promulgado normas que protegen las claves de acceso a redes sociales de los trabajadores y ya empieza a circular la pregunta de si es necesario dictar una norma Federal al respecto.

Otras disposiciones de la norma bajo comentario permiten a los empleadores acceder a la información contenida en las cuentas de sus trabajadores en redes sociales cuando se cumplan (todas) las siguientes condiciones:

- A. Cuando resulte necesario para obtener información requerida en una investigación.
- B. Cuando la investigación derive de una denuncia acerca de las actividades del trabajador en redes sociales.
- C. Cuando el propósito de la investigación sea: (i) asegurar el cumplimiento de leyes, regulaciones o prohibiciones relacionadas con la actividad del trabajador o (ii) determinar la transferencia ilegal de información confidencial del empleador, información propiedad del empleador o información financiera del empleador.
- D. Que el empleador no hubiera solicitado la clave de acceso a la cuenta del trabajador en la red social.

Hasta ahora pareciera que todo va bien y que el trabajador podría vivir tranquilo pues el propósito de la norma sería básicamente limitar el acceso a la información de las redes sociales del trabajador únicamente aquellos casos cuando se sospeche de actos ilegales que pudieran afectar gravemente al empleador. No

obstante ello, existen algunas otras disposiciones que preocupan y que tienen que ver con las herramientas (software y hardware) proporcionados por el empleador.

En efecto, según esta norma las protecciones mencionadas líneas arriba no serán aplicables cuando se trate de redes sociales internas, intranets, herramientas colaborativas o mecanismos de comunicación proporcionadas por el empleador. Tampoco se aplican a cuentas o equipos pagados o proporcionados por el empleador ni cuando se trata de cumplir disposiciones contenidas en políticas de recursos humanos del empleador o normas legales que le resulten aplicables independientemente del lugar en donde se usó la red social (en el trabajo o fuera de el).

CONCLUSIÓN

Nunca se estuvo tan conectado a los demás como en este momento de la historia. Los vínculos que unen a las personas se han multiplicado gracias al nacimiento de una tecnología, las páginas de redes sociales, que ha abierto posibilidades impensables hace años.

Internet ha revolucionado al mundo. Es un paradigma de enorme magnitud en el mundo de las comunicaciones humanas. Internet permite un sin fin de posibilidades de comunicación, es un espacio social, en el cual se desarrollan actividades personales, comerciales, educacionales, laborales, de ocio y entre otras actividades que pueden ser lícitas o no. Se ha abierto una revolución cultural más importante y sobre todo con la llegada de las redes sociales, que claramente es el fenómeno que ha llegado a instalarse, ha magnificado e incrementado el uso de éstas en todo momento, en todo espacio y en todo ámbito de la vida de las personas.

El uso de las redes se ha vuelto tan cotidiano, se piensa que no se podría volver a vivir sin ellas. A pesar de que ya son parte de la vida de cada uno, su regulación frente a problemas y la posibilidad de otorgar respuestas aun no es tan claro. Frente a este fenómeno, hay una ausencia notoria de regulación que solucionen las problemáticas legales que conlleva, y que sin duda deben ser atendidas con urgencia. Si bien, Estados Unidos, se ha encargado de enfrentar este conflicto, en donde diversos estados se han encargado de presentar diversos proyectos que regulan el uso de las redes sociales en cuanto a la prohibición de éstas en el lugar de trabajo, muchos de éstos no se encuentran en estados pendientes, o fallidos. Son muy poco los estados que a la fecha, tienen una clara regulación. Estos son los estados de Washington, Illinois, Nebraska, Virginia y Virginia Occidental.

Respecto al problema en cuestión, los empleadores han limitado el uso de las redes sociales, que se han traducido en diversos mecanismos de protección en los

aparatos tecnológicos, y bloqueos al acceso de páginas en particular como Facebook, Twitter, o Youtube. A pesar de que eso no se traduzca en una vulneración a los derechos de los empleados, es deber del empleador tener una política clara al respecto a las conductas que se encuentran prohibidas o no, y que en el capítulo de jurisprudencia, se pudo apreciar que la ambigüedad y la amplitud de las políticas establecidas fue lo que generó más problemas a la hora de solucionar el conflicto.

A raíz de lo anterior, la Junta Nacional Laboral, órgano de gran relevancia y que ha tomado un rol fundamental para resolver los problemas suscitados en torno a los comentarios que los empleadores han realizado en sus redes sociales privadas, la Junta ha fallado a favor y en contra del empleado, al amparo de distintas normas y el contexto de cada situación. Ante esta realidad, los empleadores deben detenerse a ponderar con cautela el verdadero impacto que tuvo o tiene el comentario.

Para la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo, esto es un territorio nuevo. Es por ello que este tipo de escenario presenta un reto para empleadores, empleados y abogados. A pesar de que el uso de las redes es cotidiano, su norma y la respuesta ante posibles escenarios aún no lo es.

El estigma de las redes sociales como una actividad de pérdida de tiempo definitivamente parece dominar las percepciones de la mayoría de las empresas. Muchas empresas bloquean o vigilan de cerca los sitios de redes sociales. ¿Es realmente necesario tanto control por parte del empleador? Varios estudios han demostrado que la navegación web personal puede aumentar la productividad y así aumentar las ganancias. Por otra parte, están los empleadores preocupados de que sus empleados estén perdiendo el tiempo en comprobar sus actualizaciones de Facebook y Twitter. Probablemente lo mejor que pueden hacer es centrarse en la eficacia de un trabajador, capacitarlo en el uso útil de las redes

sociales como herramientas y hacer de conocimiento público las políticas de la empresa al respecto.

En cuanto al si existe una afectación a la libertad de expresión, a mi parecer en primer lugar, el ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales debe garantizar la posibilidad de que el individuo, el empleado en este caso exprese sus ideas de manera libre y que el resto de la comunidad con quien convive en el espacio virtual, tenga la oportunidad de conocerlas y evaluarlas sin afectar los derechos de terceras personas. Pero, que en la práctica exista un respeto tanto del empleador como del empleado para evitar los conflictos reflejados en los casos expuestos.

En resumen, las redes sociales se han convertido en el refugio ideal para que las personas expresen sus opiniones de manera inmediata, pero también conllevan el beneficio o riesgo de que estas se propaguen exponencialmente, las más de las veces sin control de quien la emite. Las nuevas tecnologías de información y comunicación ofrecen medios alternativos para que los individuos puedan manifestar sus ideas, emociones, opiniones sin embargo es necesario e indispensable que se cuente con un marco legal que garantice el libre acceso a estos nuevos medios y más aún que no haya restricciones en su uso, con excepción de las que los límites y excepciones imponen.

Las redes sociales parecen haber llegado para quedarse y hace rato que ingresaron a las oficinas de trabajo, ¿cierto?

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS

1. Álvarez Undurraga, Gabriel. Curso de Investigación Jurídica. Santiago de Chile, Lexis Nexis, segunda edición, 2009.
2. Bravo, Mario. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 1050, 7º P. (C1175ABT) Buenos Aires. www.palermo.edu/cele.
3. Bertoni, E. (2008). Libertad de expresión en el Estado de derecho. Buenos Aires: Editores del Puerto.
4. Cotino, Hueso Lorenzo. Libertades de expresión e Información en Internet y redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia 2011. Disponible en: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

2. PÁGINAS WEB

1. Alison Diana, Social Media Up 230% Since 2007, InformationWeek (June 28, 2010), available at http://www.informationweek.com/news/software/web_services/showArticle.html?articleID=225701600&subSection=News; 2010 Social Networking Report.
2. Anon, (2017). [online] Available at : <https://definicion.mx/autorregulacion/>
3. AREVALO Lucía, “Modelos de Regulación Jurídica de Las Redes Sociales Virtuales. Revista Via Furis número 11, Julio-diciembre 2011, pp.109-135. Fundación Universitaria, Los Libertadores [online] Available at: <https://www.scribd.com/document/230828786/Modelos-de-Regulacion-Juridica-de-Las-Redes-Sociales-Virtuales>
4. Boyd Ellison. “Social Network Sites. Definition, history and scholarship”. Journal of Computer-Mediated communication 13, núm.1 (2007).

5. Centros Virtuales. (2017). El Uso De Redes Sociales En El Trabajo. [online] Available at: <http://www.centrosvirtuales.com/el-uso-de-redes-sociales-en-el-trabajo/>.
6. DiMicco J., y Millen D. (2007) Identity Management: Multiple Presentations of Self in Facebook, recuperado el 18 de Marzo de 2015 de http://onemvweb.com/sources/sources/multiple_presentation_facebook.pdf
7. Elche Detectives. (2017). Las Redes Sociales en el trabajo del detective privado » Elche Detectives. [online] Available at: <https://www.elchedetectives.com/las-redes-sociales-en-el-trabajo-del-detective/>
8. Escobar Sanz-Dranguet, B. (2014). Redes Sociales empresariales como factor de productividad. Capital Humano, 27(290), 100-102. Recuperado el 18 de Marzo de 2015, <http://www.directivoscede.com/es/conocimiento/articulos/redes-sociales-empresarialescomo-factor-productividad>
9. Fernández, L. A. (2008). "Investigar en tiempos de crisis... y redes". Análisis Madrid. ISSN: <http://www.madrimasd.org/informacionIdi/analisis/opinion/opinion.asp?id=37289>
10. Jacoby, M. (2015). Add socialmedia policy to employee handbook. HR Specialist: Compensation & Benefits, 10 (1), 5.
11. Kriptopolis.com. (2017). kriptopolis.com at Directnic. [online] Available at: http://www.kriptopolis.com/more.php?id=123_0_1_0_M1.
12. Manpowergroup.com.mx. (2017). Cite a Website - Cite This For Me. [online] Available at: https://www.manpowergroup.com.mx/uploads/estudios/El_Impacto_de_Red_Sociales_en_el_Mundo_del_Trabajo_Mexico.pdf
13. Nlrb.gov. (2017). The NLRB and Social Media | NLRB. [online] Available at: <https://www.nlrb.gov/news-outreach/fact-sheets/nlrb-and-social-media>.

14. Nuevarevista.net. (2017). La libertad de expresión en Internet | Nueva Revista. [online] Available at: <http://www.nuevarevista.net/articulos/la-libertad-de-expresion-en-internet>
15. Palermo.edu. (2017). CELE Facultad de Derecho. Universidad de Palermo. [online] Available at: <http://www.palermo.edu/cele>.
16. Primera Hora. (2017). Las redes sociales y el trabajo ¿mezclan?. [online] Available at: <http://www.primerahora.com/tecnologia/nota/lasredessocialesyeltrabajomezclan-569350/>
17. Plusesmas.com. (2017). ¿Qué es y cómo funciona Facebook?. [online] Available at: https://www.plusesmas.com/nuevas_tecnologias/articulos/internet_email_que_es_y_como_funciona_facebook/
18. Observatorio, E. (2017). Justicia y redes sociales: una propuesta de regulación. [online] El Observatorio. Available at: <http://oiprodat.com/2014/05/25/justicia-y-redes-sociales-una-propuesta-de-regulacion/>.
19. Richard Raysman and Peter Brown, Behavioral Ads: Social Networks' Latest Legal Pitfall?, Law Technology News (March 25, 2008), available at <http://www.law.com/jsp/lawtechnologynews/PubArticleLTN.jsp?id=900005506762>.
20. Requena Santos, Félix. "El Concepto de Red Social". Universidad de Málaga. P.139. http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_048_08.pdf
21. Sedano, G. (2017). Prohibir o no el uso de redes sociales en el trabajo. [online] Websespacio. Available at: <https://www.webspacio.com/prohibir-o-no-redes-sociales-trabajo/>
22. Sharon Gaudin, Study: Facebook use cuts productivity at work, ComputerWorld (July 22, 2009), available at http://www.computerworld.com/s/article/9135795/Study_Facebook_use_cuts_productivity_at_work

JURISPRUDENCIA

1. Nlrb.gov. (2017). NLRB. [online] Available at: <https://www.nlrb.gov/>

