
Redes sociales y el despido sanción

Dra. Ma. del Rocío Carro Hernández
Lic. Gabriel Espinoza C.

1. Delimitación temática

2. Antecedentes

- a. Caso Kimberley Swann.
- b. Caso Virgin Atlantic.

3. Derecho comparado

- a. Estados Unidos de América. I. Caso Dawnmarie Souza.
II. Caso Ortiz vs. Hispanics United Of Buffalo, Inc. Resolución n.º 3-CA-27872 b.

Canadá.

c. España

- I. Sentencia 3636/2007 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social. II.
Sentencia 2300/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social.

4. Sobre el derecho a la privacidad

- a. ¿Qué es privado y qué no es privado?
- b. Situación actual de Costa Rica en cuanto a la intimidad de la persona trabajadora.

5. Causal de despido y principio de proporcionalidad

6. Conclusiones

Para nadie es un secreto que las redes sociales han entrado a la vida de las personas de todo el mundo y lo han hecho para quedarse. En la medida en que estos medios de socialización masiva se introducen en las rutinas diarias de la gente, se han incorporado, no solo en el ámbito privado de cada persona, sino también en las relaciones jurídicas que se desarrollan a lo largo de nuestras vidas. Herramientas tales como los blogs, Facebook, Twitter, entre muchas otras, nos afectan, directa e indirectamente, de ahí que su estudio resulta elemental.

En el este artículo, presentamos nuestras sugerencias sobre el tratamiento que debería dársele al uso de estas redes en nuestro país, en un ámbito específico del mundo del derecho, el ámbito de las relaciones de trabajo y, más aún, en el campo del poder disciplinario patronal.

Aun cuando parece sencillo a *prima facie*, el tema del uso de las redes sociales se ve rodeado de una serie de aristas que complican la forma en que debe manejarse, pues deben tenerse en cuenta desde derechos constitucionales como el de privacidad o de libertad de expresión, hasta el principio de proporcionalidad en las sanciones laborales.

1. Delimitación Temática

Como el lector y la lectora se podrán imaginar, desde el punto de vista laboral, este tema resulta de gran importancia. Estas herramientas son utilizadas mayoritariamente por las personas usuarias como

parte de actividades de recreación y ocio que le permiten a la persona en el fondo la formación y sostenimiento de relaciones –de cualquier naturaleza– con sus semejantes, de forma sorprendentemente exitosa. La persona trabajadora, como ser humano, no deja de lado el uso de estos espacios virtuales.

Debe tenerse claro que el presente artículo no tiene por objetivo estudiar la sanción establecida para el abandono de trabajo, en caso de que una persona trabajadora decida utilizar en sus horas laborales este tipo de redes, dejando de lado sus obligaciones contractuales.

El debate que la presente investigación quiere enfocar representa aquel que se genera cuando, por medio las redes sociales, se constata que un empleado o una empleada ha cometido una falta que amerite una sanción disciplinaria. Este supuesto trae consigo por lo menos estas tres interrogantes de gran trascendencia:

- ¿Puede el patrono utilizar como justa causa de despido hechos conocidos a través de las redes sociales?
- ¿Resulta esto una violación a la privacidad y/o a la libertad de expresión de la persona trabajadora?
- ¿Qué causal debe utilizarse para proceder al despido en estos casos?

2. Antecedentes

A modo de ilustración, decidimos enumerar dos de los casos más comentados en los medios de comunicación internacionales, los cuales representan de forma precisa el tipo de falta que este artículo estudiará en sus próximas líneas.

a) Caso Kimberley Swann

Esta joven, originaria del Reino Unido, de 16 años de edad, expresó en la página Facebook sus impresiones sobre su nuevo trabajo. “¡Qué aburrido!”, en un principio, y días más tarde anunció en la red social, “todo lo que hago es desmenuzar y escanear papel”, y añadió, “estoy totalmente aburrida”.

Estos comentarios le costaron a la joven su puesto de trabajo, puesto que sirvieron de base para su despido.

b) Caso Virgin Atlantic

Virgin Atlantic Airways Ltd., una compañía de viajes aéreos, despidió a trece tripulantes de cabina debido a comentarios inapropiados en Facebook.

Las trece personas participaron en un debate en Facebook donde se hicieron referencia a los motores de las aeronaves, a la higiene en los aviones, así como a insultos proferidos contra algunos pasajeros, lo que llevó a la empresa a despedirlas con base en el descrédito causado a la compañía.

3. Derecho comparado

Lo inédito del tema nos lleva a un callejón de difícil salida. La existencia tanto de doctrina como de jurisprudencia es escasa. La mayoría de casos no llegan a las Cortes, y si han llegado, la morosidad de los tribunales generalizada en varios países del mundo hace sumamente difícil el establecimiento actual de líneas jurisprudenciales. No obstante, el desarrollo del tema a nivel internacional, aun cuando es exiguo, ha proporcionado una guía interesante para su posible trato en el derecho laboral costarricense.

a) Estados Unidos de América

Debido a que la aparición de una de las redes sociales de mayor impacto fue en Estados Unidos (Facebook), es lógico suponer que este país hubiera sido el primero en ofrecer alguna perspectiva sobre este tema. Sin embargo, y como se mencionó líneas arriba, el bajo número de casos de este tipo ha impedido, hasta el momento, la creación de jurisprudencia judicial norteamericana al respecto.

A pesar de esto, existen casos recientes, a nivel administrativo, mediante el cual se puede empezar a notar la toma de posiciones en este singular debate.

I. Caso Dawnmarie Souza

Como ejemplo de esto, el primer caso que llamó la atención de los abogados, litigantes y prensa de este país fue el apodado "Facebook Firing Case". Este, sin duda alguna, generó una gran cantidad de expectativas respecto al tema de los comentarios realizados en Internet.

Como causal de despido, el empleador de Dawnmarie Souza, American Medical Response of Connecticut Inc., utilizó una serie de comentarios negativos que la trabajadora realizó, sobre un supervisor, en su página de Facebook. Como confrontación a tal actuación, se planteó una queja ante la Junta Nacional de Relaciones Laborales¹ por medio del sindicato representante de la señora Souza.

La Junta decidió iniciar un proceso con base en la 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 con la Internet y la publicación de blogs, y debido al despido de su empleada por menospreciar a un supervisor mediante Facebook².

A pesar de lo anterior, el caso no llegó a tener una decisión final, debido al arreglo al cual llegaron las partes del proceso.

1 La Junta Nacional de Relaciones Laborales es una agencia federal independiente facultada para salvaguardar los derechos de las personas trabajadoras y determinar la existencia de prácticas laborales injustas.

2 <http://www.nlr.gov/news/settlement-reached-case-involving-discharge-facebook-comments>

I. **Caso Ortiz vs. Hispanics United Of Buffalo, Inc. Resolución n.º 3-Ca-27872**

Al igual que en el caso anterior, **Hispanics United of Buffalo, Inc. (HUB)**, despidió a cinco trabajadores debido a comentarios negativos sobre una compañera de trabajo, publicados en su página de Facebook. 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 patronal, era irrelevante que los comentarios se hicieran en esta red social o *alrededor del dispensador de agua*, ya que los resultados eran 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 del juez administrativo Arthur J. Amchan, analizó la naturaleza de los comentarios y decidió que, bajo la legislación estadounidense, los trabajadores tenían 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 protegida¹.

Asimismo, se expresó en la resolución:

Los empleados tienen el derecho a discutir entre ellos los asuntos que afecten su empleo².

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 se decidió este caso tomando como base las leyes norteamericanas de protección al trabajador (las cuales guardan gran distancia con las costarricenses), la singularidad del hecho que fue utilizado como causal de despido aporta significativamente al estudio que realizamos con este ensayo.

¹ “I conclude that their Facebook communications with each other, in reaction to a co-worker’s criticisms of the manner in which HUB employees performed their jobs, are protected”.

² Employees have a protected right to discuss matters affecting their employment amongst themselves”.

b) Canadá

En términos de organización a su homólogo estadounidense, la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica³ muy similar emitió una determinación de grandes repercusiones para el derecho laboral canadiense al sentar un precedente en este tipo de casos.

En el caso *Lougheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union*, la empresa decidió despedir a dos de sus empleados por diversos comentarios insultantes, agresivos y ofensivos en sus páginas de Facebook. Por esta situación, su sindicato planteó una queja ante la Junta antes mencionada.

Parte de las argumentaciones esgrimidas por la parte trabajadora fue la de la violación a la privacidad de los empleados, debido a la naturaleza íntima que para ellos Facebook tenía.

Como parte del razonamiento expuesto en la decisión final, la Junta determinó:

Los comentarios formulados por los reclamantes en Facebook fueron los comentarios perjudiciales sobre el negocio del Empleador [...]. Estos comentarios fueron hechos para Facebook a casi 100 o 377 personas, incluyendo empleados. Me parece, con base en los hechos y el análisis en Leduc v. Romana, que los reclamantes no podían tener una expectativa seria de privacidad cuando publicaron comentarios en sus sitios web de Facebook y por lo tanto los comentarios son perjudiciales para el negocio del empleador”⁴.

Del estudio de las resoluciones norteamericanas (Estados Unidos y Canadá), se extraen guías importantes, el derecho de los trabajadores de comentar sobre sus condiciones laborales y el derecho a la privacidad, las cuales no son ajenas al derecho laboral costarricense, y las analizaremos líneas adelante.

c) España

Si bien es cierto el estudio de casos en el Common Law resulta de gran ayuda para la formulación de tesis y opiniones, es importante también analizar los casos que se lleven dentro de un sistema legal similar al de Costa Rica.

³ La Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica es un tribunal independiente, administrativo, con el mandato para mediar y solucionar las cuestiones relacionadas con los asuntos laborales, y trabajo en los lugares de trabajo sindicalizados.

⁴ Carro, C. (1992). *Las justas causas del Despido en el Código de Trabajo y Jurisprudencia*. San José: Editorial Juritexto.

De acuerdo con lo anterior, dos antecedentes resultan ser fundamentales para este artículo, los cuales se dieron en la región de Cataluña, España, emitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

I. Sentencia 3636/2007 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social

En el primero de ellos, la sentencia 3636/2007, se discutió la procedencia del despido de una trabajadora, con base en sus comentarios en su blog personal.

Mucho se discutió entre las partes sobre la libertad de expresión y sobre sus límites con respecto a otros derechos, situación por la cual el tribunal destacó:

La Sala está de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que a través de un blog informático personal un trabajador, también desde su domicilio, puede incurrir en faltas disciplinarias laborales si, a través de esta forma escrita, pública y abierta, insulta y trata de forma vejatoria, clara y explícita, directivos o compañeros de trabajo o su empresa empleadora. Efectivamente el derecho fundamental a la libertad de expresión no es absoluto y queda limitado por el ejercicio de otros derechos fundamentales, también en el ámbito de la empresa⁵.

Asimismo, se discutió brevemente el aspecto de la privacidad del trabajador, y el tribunal se refirió al respecto:

Estamos de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o utiliza. La Web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido .⁶

⁵ . La Sala està d'acord amb els arguments de l'empresa recurrent de què a través d'un blog informàtic personal un treballador, també des del seu domicili, pot incórrer en faltes disciplinàries laborals si, a través d'aquesta forma escrita, pública i oberta, insulta i tracta de forma vexatòria, clara i explícita, directius o companys de treball o la seva empresa ocupadora. Efectivament el dret fonamental a la llibertat d'expressió no és absolut i queda limitat per l'exercici d'altres drets fonamentals, també en l'àmbit de l'empresa.

⁶ . Estem d'acord amb els arguments de l'empresa recurrent de què la utilització d'un mitjà accessible i obert com és el blog, al qual pot accedir qualsevol persona aliena, implica la voluntat de difondre o publicar el seu contingut per part de qui el promou o utilitza. La Web-blog no va dirigida a cap persona en concret i comporta que qualsevol persona hi tingui accés, perquè és un espai obert, de manera que es renuncia a la privacitat del seu contingut.

No obstante, una situación volcó el juicio a favor del trabajador. La falta de comentarios de forma directa en contra de la empresa o sus representantes, o en contra de compañeros de trabajo, indujo al tribunal a fallar a favor del expleado:

Los escritos imputados como vejatorio e insultantes no se refieren de forma clara a ningún directivo ni trabajador o compañero, ni siquiera se cita el nombre de la empresa recurrente. Las expresiones descalificadoras son escritas de forma general y por tanto no podemos entender que constituyan ofensas e insultos dirigidos de forma concreta a la empresa, los directivos o los trabajadores, tal como requiere la tipificación de la falta disciplinaria contemplada en el artículo núm. 54 del Estatuto de los Trabajadores (RD. Legislativo 1 / 1995), aunque la recurrente se considere razonablemente al aludida como empleadora del trabajador cuando trata temas laborales en la forma transcrita⁷.

I. Sentencia 2300/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social

El siguiente fallo n.o 2300/2010, también del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, analiza de forma más profunda el derecho a la libertad de expresión establecido en la Constitución española, versus las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y de la relación laboral. En este caso concreto, el tribunal estableció:

Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE no esté sometido a límites derivados de la propia relación laboral, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de Derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, el ejercicio del derecho, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo, necesariamente en el ámbito de dicha relación, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (TCSS 120/1985, 6/1988, 126/1990 y 4/1996), aunque ello no supone, ciertamente, la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial (TCSS 120/1983, 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 134/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996 y 186/1996). En este sentido, es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial (TCS 99/1994, antes citada)».

⁷. “Els escrits imputats com a vexatoris i insultants no es refereixen de forma clara a cap directiu ni treballador o company, ni tan sols es cita el nom de l’empresa recurrent. Les expressions desqualificadores són escrites de forma general i per tant no podem entendre que constitueixin ofenses i insults dirigits de forma concreta a l’empresa, els directius o els treballadors, tal com requereix la tipificació de la falta disciplinària contemplada en l’article núm. 54 de l’Estatut dels Treballadors (RD. Legislatiu 1/1995), encara que la recurrent es consideri raonablement al ludida com a ocupadora del treballador quan tracta temes laborals en la forma transcrita”.

En este caso ya se ha dicho que el trabajador vinculado laboralmente con el Ayuntamiento demandado publicó una serie de opiniones e imputaciones dirigidas al consistorio que si bien pueden tener un trasfondo político exceden sin duda de lo constitucionalmente permisible.

El tribunal estimó procedente el despido del trabajador, revirtiendo la sentencia de primera instancia, con base en los comentarios que él mismo publicó en su blog personal:

Lo expuesto y razonado supone pues la estimación del recurso exclusivamente por la actuación señalada en relación con el **blog** personal a que venimos aludiendo y ello comporta la declaración de procedencia del despido del actor acordado por el Ayuntamiento demandado.

4. Sobre el Derecho a la Privacidad

Actualmente en Costa Rica no existe jurisprudencia sobre casos similares a estos, y de los cuales se pueda obtener una línea de pensamiento, como sí la hay en otros países.

Sin embargo, a partir de criterios de la Sala Constitucional y de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, podemos ir formando una idea que ilumina el camino. Por un lado, la Sala Constitucional ha desarrollado su pensamiento en relación con el derecho a la intimidad del ser humano en general. Por otra parte, la Sala Segunda ha profundizado en el concepto de la intimidad del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales. Ambos criterios, precisamente, nos permiten forjar una idea de cómo tratar situaciones donde un colaborador expresa opiniones, comentarios o hechos en alguna red social que podrían ser tomados como una causal de despido. **a) ¿Qué es privado y qué no es privado?**

Además del derecho a comentar sobre las condiciones laborales, uno de los puntos fundamentales del tema acá estudiado resulta ser qué puede considerarse como parte del ámbito privado de la vida de la persona trabajadora, y qué no debe considerarse como privado.

Si bien es cierto, muchas de las redes sociales tienen niveles de privacidad, permitiendo a sus usuarios y usuarias controlar quién puede o no leer lo que se publica en ellas, lo cierto del caso es que también estas redes contienen en sus formatos, aplicaciones que permiten la comunicación entre las personas usuarias de manera absolutamente privada.

Esto quiere decir que, dentro de las comunicaciones que pueden realizarse, la persona usuaria puede escoger que el mensaje sea observado por la totalidad de sus “amigos” virtuales o que el mensaje sea leído solo por una o varias personas determinadas que no estén relacionadas del todo con su ambiente laboral.

El derecho a la intimidad tiene como pilar fundamental el deseo de que la información de esa persona no sea divulgada, y cuando esta es publicada para que una cantidad de personas la vean, se está renunciando en realidad a este derecho, y las consecuencias legales de tales manifestaciones pueden ser negativas para su remitente.

En este sentido, en el voto n.º **2008-017086** de las diez horas y once minutos del catorce de noviembre de dos mil ocho, la Sala Constitucional señaló concretamente:

*El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, tal y como lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia esta Sala. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, **a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento**. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito. (El énfasis es suplido).*

De este modo, y desde nuestro punto de vista, considerando que al realizar manifestaciones o “publicaciones” en una red social, estas tienen un carácter de cierta publicidad, **lo ahí exteriorizado o publicado no puede verse cobijado por el derecho a la intimidad y podría estar sujeto a sanciones disciplinarias.**

a) Situación actual de Costa Rica en cuanto a la Intimidad de la persona trabajadora

En su voto **2011-000172** de las once horas cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil once, la Sala Segunda reafirma un claro límite entre el poder de dirección que un empleador puede tener y los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad que la persona trabajadora tiene. Así, establece que debe ejercerse este poder patronal de manera afín a las garantías fundamentales de la persona trabajadora.

No obstante, resulta fundamental observar cómo la misma Sala establece un portillo donde es válido el control patronal sobre la esfera privada de la persona trabajadora, y citando un voto precedente (**voto 2010-0124 de las 10:00 horas del 22 de enero de 2010**), este tribunal estableció:

*En este orden de ideas, el derecho de intimidad de la persona trabajadora emanado del ordinal 24 constitucional, se sitúa como un óbice para el ejercicio del poder del empresario, es decir, sirve para imposibilitar que se realicen controles de la vida personal del trabajador que estén disociados de la prestación personal pactada. El derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. **Por esa razón, el control de la esfera privada del trabajador, únicamente será válida en la***

hipótesis que el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas. (El énfasis es suplido).

Como es posible observar del extracto resaltado, la Sala Segunda ha dejado muy claro lo siguiente: cuando la conducta del trabajador choque frontalmente con sus labores, aun cuando se encuentre dentro de los límites de su privacidad, su patrono puede tomar las medidas que considere pertinentes.

5. Causal de Despido y Principio de Proporcionalidad

Ahora bien, una vez que hemos establecido la posibilidad de que este comportamiento justifique una sanción disciplinaria, debemos analizar si es posible establecer una sanción como el despido, en este tipo de casos.

Como uno de los límites al poder disciplinario, el llamado principio de proporcionalidad se levanta. Tal principio establece un necesario *equilibrium*⁸, entre la sanción aplicada y el hecho que generó esta sanción. El despido sanción o despido sin responsabilidad patronal ha sido denominado la *ultima ratio* en el derecho laboral, motivo por el cual su aplicación nunca debe darse a la ligera, y de proceder con este, debe hacerse porque así la conducta de la persona trabajadora lo ameritó.

Desde nuestro punto de vista, los incisos c), e), f) y l) nos presentan hipótesis que permiten el despido sanción en estas situaciones, según las determinadas circunstancias del caso. Pero por motivos de precisión, se analizarán las hipótesis de los incisos c) y l).

Estos incisos indican respectivamente:

Artículo 81.- *Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:*

c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;

l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Con base en estas causales, es necesario entender que debe realizarse el justo despido tomando en cuenta las particularidades que las redes sociales otorgan. Por lo tanto, una serie de elementos entran a esta balanza, en aras de determinar la proporcionalidad del despido:

⁸. Carro, C. (1992). Las justas causas del Despido en el Código de Trabajo y Jurisprudencia. San José: Editorial Juritexto.

1) Vinculación directa entre lo publicado y su autor

No escapa a la redacción de este artículo el hecho de que siempre podrá existir como argumentación de defensa que los comentarios publicados no fueron realizados por la persona trabajadora.

Es criterio de quienes escriben que en el mundo actual donde vivimos, en el cual todo lo que nos rodea tiene su lado tecnológico, los seres humanos nos hemos acostumbrado a vivir con la existencia de claves o *passwords* de seguridad que nos dan la posibilidad de manejar de forma individual y absoluta –si se decide de esta manera– ciertos aspectos de nuestras vidas (por ejemplo: cuentas bancarias, correos electrónicos, inclusive el acceso a nuestros teléfonos celulares).

El inicio de sesiones de las redes sociales funciona con este sistema de claves, ya que uno de los objetivos de estas es que las comunicaciones que se publican en ellas sean manifestaciones directas de quien ostenta la única clave que permite el ingreso a la cuenta, es decir, su usuario.

Desde nuestro punto de vista, en virtud de esta presunción, el *onus probandi* de la persona trabajadora será desvirtuar su autoría en cuanto a la publicación de comentarios en su red social.

2) El número de gente que se puede haber enterado de los comentarios por publicidad en la red social

De la lectura, tanto del inciso c) como en el inciso l), es fácil discernir que la causal no establece si mucha o poca gente se enteró de los comentarios realizados. No obstante, tomando como base lo planteado en el caso *Lougheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union* supra citado, debemos realizar una aproximación de fondo.

Si bien es cierto, las redes sociales son espacios mediante los cuales la información puede circular de forma pública, nuestra opinión es que existe la necesidad también de tomar en cuenta la cantidad de personas, quienes podrían haberse enterado de los comentarios realizados.

Cabe destacar que tanto las características de la red social, las configuraciones de privacidad y la cantidad de “amigos” virtuales que el autor o la autora de los comentarios mantenga son aspectos esenciales, en vista de realizar un análisis de la proporcionalidad del hecho con la sanción.

En síntesis, no será lo mismo que dos personas se enteren de comentarios realizados por la persona trabajadora, a que cien personas usuarias de la red social lo hagan, claro, tomando en consideración los aspectos casuísticos de la situación.

3) Veracidad y magnitud de lo publicado

Debemos tomar en cuenta, dependiendo de las circunstancias del caso, que aun cuando se realicen divulgaciones de cierta índole a nivel público, con base en el voto 2010-1031 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la veracidad de los comentarios emitidos debería ser analizada. Esta cámara

expresó, en un estudio de la manifestación de un trabajador de ciertos hechos a un diario de circulación nacional, como causal de despido:

No cabe duda que lo denunciado por el trabajador [...] ante el periódico La Extra en cuanto a los rebajos del salario no era un hecho falso, sino que en realidad, la empresa accionada procedía de manera ilegal. En la contestación de la demanda, la empresa alegó que el actuar del recurrente violentó el principio de buena fe presente en el contrato de trabajo, pues se apersonó a un centro noticioso y mintió, pero, lo cierto del caso es que los hechos denunciados estaban ocurriendo. Cabe mencionar que los mecanismos normales y legalmente autorizados por el ordenamiento jurídico para el reclamo de los derechos laborales lo constituyen la instancia administrativa, a través de la respectiva denuncia ante la Inspección General de Trabajo; o bien, directamente la judicial. Sin embargo, debido al hecho público y notorio de la morosidad que enfrentan los procesos judiciales, es razonable entender que los trabajadores o trabajadoras, ante una violación flagrante de un derecho fundamental como es el salario, tal y como sucedía en este caso, recurra a otros mecanismos también legales que a manera de un medio de presión, le permitan acceder al reconocimiento de ese derecho. Esa fue la finalidad inserta en la noticia periodística del 17 de junio de 2005 publicada por el diario La Extra (folio 107).

Por otro lado, la magnitud o gravedad de los comentarios también debería ser analizada, puesto que dependerá de estos y del impacto que causen, la determinación de la pérdida de armonía y convivencia, necesaria en toda relación laboral que se menciona en el inciso c).

Asimismo, a nuestro juicio, y según la jurisprudencia de la Sala Segunda y de la Sala Constitucional, la magnitud de los comentarios debe analizarse en aras de establecer si el daño causado tendrá como efecto la imposibilidad de continuidad de la relación laboral que se necesita para la aplicación del inciso l).

4) Que los comentarios sean dirigidos de manera absoluta al patrono o compañeros de trabajo.

Tomando en consideración los fallos de la Sala de lo Social de la región de **Cataluña, España, es importante comprobar que los comentarios publicados sean a su vez dirigidos (directa o indirectamente) al patrono o compañeros de trabajo, y no por el contrario, que sean comentarios realizados de forma general o correspondientes a circunstancias que no atañen al ámbito laboral de ninguna forma.**

Si en alguno de estos casos, no es posible relacionar los comentarios con el patrono o compañeros de trabajo, la justa causa se verá diluida y se podría incurrir en un despido sin justificación.

6. Conclusiones

Como bien el lector o la lectora podrá haber analizado, el despido como la sanción a establecer por publicaciones realizadas en las redes sociales no es un procedimiento que sea de sencilla aplicación. En ella una gran diversidad de factores juegan y, sin duda alguna, deben ser tomados en cuenta, antes de tomar cualquier determinación al respecto. Lo cierto del caso es que el derecho laboral no puede quedarse atrás de los avances tecnológicos y debe ir de forma paralela a estos.

El análisis realizado en este artículo pretende iluminar el camino, tanto para los operadores jurídicos en el ámbito privado, como el judicial. No obstante, se entiende que queda mucho camino por recorrer, en cuanto a la vida de las redes sociales y su vínculo con las relaciones obrero-patronales, y las demás relaciones jurídicas en general.

Esperamos ansiosamente que las resoluciones judiciales se realicen en este sentido, no solo a nivel internacional, sino también **a nivel interno, en aras de construir una línea jurisprudencial concreta, estable y en consonancia con los principios del Código de Trabajo y la realidad tecnológica actual en la que vivimos.**