

Diciembre, 2022

INFORME

Jurídico

USO DE REDES SOCIALES EN Y FUERA DEL ÁMBITO LABORAL, Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Índice

1. INTRODUCCIÓN.	3
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS.	4
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES. ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS.	5
4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	6
5. libertad de empresa y conflicto de derechos.	7
6. REDES SOCIALES.	10
7. POTESTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR.	13
8. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ANTE CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y POTESTAD DISCIPLINARIA.	15
9. BIBLIOGRAFIA Y WEBGRAFIA CONSULTADA.	27

1. INTRODUCCIÓN.

Sostener en la actualidad la importancia de las redes sociales en la vida y el trabajo de las personas es referirse a algo obvio.

Desde la masificación de la red internet, las comunicaciones y la difusión de ideas u opiniones ha tenido un cambio drástico, por la velocidad en que las mismas pueden propagarse sin control por parte de quién la emite.

También ha significado el demarcamiento de nuevos límites entre la vida privada y la pública, ya que se ha vuelto “normal” que las personas opinen sobre cualquier aspecto de la vida de la sociedad, de personas públicas pero también sobre la vida privada de terceros y fundamentalmente de la propia.

Esto ha llevado en muchos casos a una suerte de confusión entre la vida privada y la pública, donde se expresan opiniones en muchos casos hirientes, injuriosas, insultantes, imputando a terceros conductas dolosas o directamente criminales, sin tapujos y menos aún pruebas. Muchas de estas publicaciones refieren a compañeros de trabajo o empleadores, lo que ha desatado importantes conflictos en el ámbito laboral.

Sobre este aspecto, el punto central desde la masificación de este fenómeno ha sido determinar si el empleador está habilitado o legitimado para actuar disciplinariamente en función de las publicaciones que sus dependientes realizan en redes sociales. Si el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión ceden ante el derecho a la libre empresa o al honor del empleador agraviado por la publicación de un dependiente.

Incluso, se ha llegado a cuestionar la publicación de fotos en determinadas circunstancias, por entender que, aún cuando fueran tomadas en la esfera privada, su difusión puede afectar la imagen de la empresa ya que los clientes de la misma pueden acceder a dichas publicaciones.

En el presente trabajo analizamos todos estos puntos e intentamos dejar algunas pautas de “manejo” para trabajadores/as y operadores del derecho, a fin de conocer de antemano los efectos que las publicaciones en redes sociales pueden tener en el trabajo, en función de lo que

opina la doctrina y fundamentalmente de las opiniones de los jueces laborales, en definitiva quienes pueden llegar a valorar y decidir en caso que los conflictos lleguen a la justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya destacamos que, aun cuando se pueden detectar ciertas pautas utilizadas por los jueces, el tema es terreno fértil para el “activismo judicial” y el análisis de cada caso puede ser diferente, incluso entre los propios jueces.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 2º establece que *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”*

Se entiende por derechos humanos aquellos que corresponden a todas las personas por el hecho de serlo, son el pilar básico sobre el cual se erige la convivencia social, y dada tal característica forman parte de la conciencia jurídica universal, el acuerdo mínimo aplicable a toda sociedad, por lo cual no requieren estar incluidos en una norma concreta para tener vigencia.

Los términos derechos humanos y derechos fundamentales son utilizados en muchos casos como sinónimos¹ aunque presentan algunas diferencias.² Los primeros no requieren su positivización o inclusión en un instrumento jurídico para su vigencia, mientras que los segundos requieren dicha condición. Sin perjuicio de ello, la positivización o inclusión de estos derechos en normas constitucionales o instrumentos de derechos humanos, han contribuido a despejar el debate sobre su vigencia.

Por su parte los derechos fundamentales son el pilar básico sobre el que se asienta una sociedad dada, y se encuentran establecidos en la Constitución o bloque de constitucionalidad, teniendo una preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico. *“(…) la doctrina y la jurisprudencia constitucional han llegado también a aceptar la integración de todos los principios y normas sobre*

¹Pasco Cosmópolis, Mario. Los derechos laborales inespecíficos. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social., Vol. 3, N° 5, 2012, pág. 14.

²Sanguinetti, Wilfredo – Carballo, Cesar A. Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa. Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Págs. 19-23.

derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional.”³

La doctrina del bloque de constitucionalidad reconoce jerarquía constitucional a normas que no están incluidas explícitamente en la Constitución. Dicha inclusión constitucional determina que las normas que integran dicho bloque, predominan sobre la legislación interna y no pueden ser derogados por estas. Asimismo, una ley posterior que contradiga lo establecido en normas incluidas en el bloque de constitucionalidad, puede ser declarada inconstitucional.⁴

De acuerdo a las características mencionadas, los derechos fundamentales no requieren de una ley interna para adquirir validez y eficacia, aunque si pueden ser reglamentados o restringidos por razones de interés general, debiendo ser tal reglamentación o restricción compatible con el ejercicio del derecho, el cual es oponible tanto frente al estado como frente a particulares. En definitiva, puede ser oponible por quienes trabajan antes sus empleadores.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES. ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS.

Los derechos fundamentales en las relaciones laborales, también identificados como derechos humanos laborales, son inherentes al estado social, el cual a diferencia del estado tradicional, no solo busca la igualdad formal de los ciudadanos sino garantizar también la igualdad material y la justicia social.⁵

Tal como expresáramos en capítulos anteriores, los derechos fundamentales son inherentes a todas las personas sin distinguirse su condición, por el mero hecho de serlo, y los mismos rigen también dentro de las relaciones de trabajo. Por otra parte, acompaña el nacimiento del estado social de derecho, un elenco de derechos fundamentales aplicables a las personas que trabajan. A estos se los identifica como derechos laborales específicos, aplicables solamente dentro de una relación de trabajo, y a los nombrados en primer término, inespecíficos, derechos humanos aplicables a todas las personas en toda situación, también en el ámbito de la relación de trabajo.

La constitución uruguaya en su artículo 54 establece que “ *La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.*” Los derechos fundamentales enumerados en la disposición constitucional podemos catalogarlos como derechos humanos laborales

3BARBAGELATA, Héctor Hugo. "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales", en: VV.AA. El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Madrid, España: AIDTSS, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 365. Citado por Pasco Cosmópolis, Ob. Cit. pág. 15.

4Góngora Mera, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitucionale commune latinoamericano. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

5Pasco Cosmópolis, Mario. Ver nota 1. pág. 15.

específicos, ya que requieren la existencia de una relación de trabajo. A los enumerados en el artículo constitucional transcrito, debemos agregarle los que ostentan dicha característica y adquieren rango constitucional en aplicación del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.

Por su parte, el elenco de derechos fundamentales inespecíficos, acompañan a las personas a lo largo de su vida, y son aplicables también en el ejercicio de su actividad laboral, por lo cual quién trabaja en régimen de subordinación es titular de los mismos, como *“el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad, a las libertades de pensamiento y de cultos, a la libre expresión del pensamiento, etc.”*⁶

4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Existe consenso en el mundo respecto a que la libertad de expresión es un pilar del estado de derecho, así como que dicha libertad está indisolublemente asociada a la libertad de conciencia.

Dada su importancia, se le otorga un carácter preferente en el elenco de derechos, lo que no significa que sea ilimitada, ya que como todo derecho reconoce límites.⁷

Tanto en su faz individual como colectiva el ejercicio de este derecho fundamental permite la emisión de opiniones, “incluso aquellas que puedan herir, molestar o disgustar”, quedando fuera de la protección “las opiniones ultrajantes u ofensivas” en virtud que se reconoce el derecho a opinar pero no a insultar.⁸

Una sociedad libre es aquella en la cual los ciudadanos tienen la posibilidad de opinar y de recibir información de calidad para emitir dichas opiniones. La calidad en el ejercicio de este derecho, mide la salud democrática de una sociedad. Dichos conceptos y “unidad de medida” es trasladable al ámbito de las relaciones de trabajo. Un ambiente laboral libre y donde quienes trabajan reciben información de calidad que permite emitir opiniones fundadas, genera relaciones seguras y saludables.

Por otra parte es importante resaltar la función socializadora del trabajo, los vínculos que en el se generan y que en la mayoría de los casos es el ámbito en el cual se producen mayores relaciones entre las personas, por lo cual la calidad del derecho en dicho ambiente, sin dudas se traslada al resto de la sociedad.

⁶Ermida Uriarte, Óscar. "Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo", en: Barreto Ghione, Hugo. Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2006, p. 14. Citado por Pasco Cosmópolis, Mario. Ver nota 1. pág. 22.

⁷Valdez Dal Re, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de Informes Generales. Págs.138-139

⁸Ver cita 7. Pág. 139.

En definitiva en el mundo no se discute la vigencia de dicho derecho incluso en el ámbito de las relaciones de trabajo, aún cuando los límites a su ejercicio no surjan en forma tan clara, fundamentalmente en relación a las potestades de organización y dirección de la empresa, así como de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo y su ejecución en base al principio de buena fe.

Sin perjuicio de no existir parámetros establecidos a efectos de establecer los límites del derecho, la jurisprudencia ha utilizado como primera medida la naturaleza y el tono en que las expresiones son emitidas, descartando de plano las que resulten insultantes tanto al empleador como a terceros. Asimismo, se ha medido la difusión que las expresiones hayan tenido, el contexto y el ambiente en el que las mismas son proferidas e incluso la ubicación jerárquica de quién las emite, lo que ha significado un atenuante o agravante según el caso.⁹

5. LIBERTAD DE EMPRESA Y CONFLICTO DE DERECHOS.

El nacimiento del derecho del trabajo se produce ante el reconocimiento de que regula relaciones de poder desiguales, y mediante el establecimiento de garantías aplicables a la parte trabajadora, busca la protección de la parte más débil, generando un mayor equilibrio.

Por otra parte, la libertad de empresa de la que se extrae la potestad de organización y disciplinaria en el seno de la misma, también tiene origen constitucional, por lo que en muchos casos estamos ante un conflicto de derechos de igual rango, y en ambos casos debiendo reconocer límites a su ejercicio.

Como plantea el autor Wilfredo Sanguinetti Raymond¹⁰, la aplicación absoluta de los derechos que asisten a las partes en la relación de trabajo, en algunos casos llevan a la imposibilidad de su compatibilización. Cita a modo de ejemplo el conocido caso del trabajador que en virtud de sus convicciones religiosas no trabaja los sábados en una empresa que si realiza tareas dichos días. El respeto absoluto a las convicciones religiosas del trabajador implica desconocer la potestad de organización de la empresa. Y en sentido contrario, hacer primar dicha potestad lleva a desconocer el derecho de quién trabaja a respetar los mandatos de la fe que profesa, violando la libertad religiosa en el seno de la relación de trabajo.

Este problema, - el choque de derechos fundamentales -, genera la necesidad de establecer mecanismos que permitan dirimir los conflictos de aplicación de los mismos, en situaciones concretas en las cuales la compatibilización no surge en forma clara.

⁹Ver cita 7. Pág. 147.

¹⁰Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Derechos Fundamentales del Trabajador y Libertad de Empresa. Un juicio de ponderación. Fundación Electra. F.C.U. pág. 54

En la actualidad se ha expandido y puede decirse que es la teoría dominante, el juicio de ponderación de derechos mediante la aplicación del test de proporcionalidad a ser aplicado en cada caso concreto. Dada esta característica, el mecanismo no brinda soluciones generales, sino una especie de medición ante cada caso concreto que se presenta.

A efectos de realizar dicho “test”, se utilizan tres mecanismos de valoración, “a) juicio de idoneidad, encaminado a establecer su aptitud para satisfacer el interés protegido por el derecho que se pretende ejercer; b) juicio de necesidad, dirigido a determinar si es la más benigna de todas las medidas afectantes capaces de conseguir esa satisfacción con un nivel equivalente de eficacia; y c) juicio de proporcionalidad en sentido estricto, verdadero núcleo del razonamiento, cuyo objeto es determinar cual de los dos intereses ha de prevalecer – si el del sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental limitando el de otro o el de quien sufre una limitación – mediante una ponderación entre ambos, dirigida a establecer si la importancia de la satisfacción de uno justifica la afectación o la no satisfacción del otro...”¹¹

Sin perjuicio del avance de la formulación teórica, la aplicación práctica del test de proporcionalidad sigue generando dificultades importantes, determinadas básicamente por el problema planteado previamente, que en la mayoría de los casos estamos ante derechos de igual origen, por lo que inevitablemente lleva a la restricción del derecho de una de las partes.

Sobre esta base se avanzó en criterios de aplicación que miden la “imprescindibilidad” de la medida tomada, o sea, que solamente se admite la limitación del derecho fundamental de la parte trabajadora, cuando esto es imprescindible para satisfacer un interés legítimo del empleador y no exista otro camino apto para ello.¹²

El mecanismo señalado parte de la base que el poder de dirección emanado de la libertad de empresa no prima sobre el derecho fundamental de la parte trabajadora, salvo casos en los que afecta dicho poder de dirección. Dicha herramienta ha sido fuertemente criticada por la doctrina especializada¹³, en virtud que bajo el fundamento de medir la proporcionalidad, termina otorgando una desmesurada amplitud a la libertad de empresa, en definitiva obviando el necesario test de proporcionalidad.

A efectos de superar las limitaciones de la doctrina citada, se propone la aplicación del mecanismo llamado ley de la ponderación, lo que permite realizar el test de proporcionalidad en sentido estricto.¹⁴ Para ello es necesario medir o determinar la importancia de cada derecho aún dentro

¹¹Ver cita 10. Pág 56.

¹²Ver cita 10. Pág. 58.

¹³Ver cita 10. Pág. 59.

¹⁴Ver cita 10. Págs. 62-72. El autor basa su razonamiento en lo expuesto por los autores C. Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3a. Edición 2007 y R. Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2a. Edición. 2007.

de la categoría de los derechos fundamentales. Se propone por un lado priorizar los derechos que mas contribuyan al sostén de los principios democráticos de una sociedad, los que mas afecten o protejan al individuo y su dignidad, que mas satisfagan necesidades esenciales, sin las cuales peligran la persona y por otro lado, los que se apliquen a un mayor número de personas.

Dicha ponderación debe realizarse de manera concatenada con el grado de afectación a cada derecho en juego, en función del sacrificio de derechos que se le está exigiendo a cada parte.

Bajo el escrutinio del mecanismo reseñado, el autor citado divide los casos en fáciles y difíciles de ponderar. En el primer grupo señala el ya citado ejemplo del trabajador cuyos preceptos religiosos le impiden trabajar los sábados, realizando la distinción según la situación del empleador y la afectación a la libertad de empresa. En un pequeño comercio que trabaja los sábados y cuenta con un solo dependiente, el respeto al derecho del trabajador implica anular la posibilidad de que el emprendimiento trabaje dicho día. En cambio, una empresa con un número importante de trabajadores, puede realizar los cambios que permitan no afectar el funcionamiento del emprendimiento y respetar la libertad religiosa del trabajador. La ponderación efectuada se basa en el derecho en juego, pero también en el nivel de afectación de una u otra parte.

En el mismo sentido, y siguiendo con lo que considera “casos fáciles”, señala la ponderación del derecho a la intimidad y la imagen de los trabajadores ante requerimientos del empleador, respecto al largo del cabello, barba o la utilización del uniforme o determinado tipo de vestimenta.

En el primer caso, largo del cabello o uso de barba, ponderando el derecho a la imagen y la intimidad, la afectación de la persona que trabaja es permanente y afecta su imagen no solamente en el ámbito del trabajo sino también fuera de el, ya que nadie puede usar barba fuera del trabajo y no usarla en el mismo, En este caso entiende que el fundamento de la “imagen de la empresa” es un bien cuya satisfacción genera una afectación mucho mas importante en la parte trabajadora.

En cambio entiende que el uso de uniforme no implica una afectación a la imagen o la intimidad de entidad suficiente como para que pueda primar sobre el derecho a organizar el trabajo de acuerdo a los cánones en que se desempeña la empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, se señala que el criterio en algunos casos “difíciles” puede ser insuficiente, por lo que es necesario aplicar un factor correctivo, la concurrencia de otros derechos que se vean afectados. Señala como ejemplos la imposición de test de alcoholemia o análisis para detectar consumo de drogas, cuando la actividad puede entrañar riesgos no solo para la persona objeto de escrutinio, sino también para terceros.

Finalmente señala que el criterio sustentado permite avances importantes en la ponderación de derechos, sin perjuicio de seguir siendo un mecanismo perfectible.

6. REDES SOCIALES.

Los medios de comunicación humana han tenido grandes etapas que han modificado los hábitos y tuvieron implicancias fundamentales, tanto en la vida privada como en la pública.

Como primer evento fundamental podemos señalar el surgimiento de la escritura y de la imprenta lo que permitió la difusión y permanencia de los escritos, las comunicaciones, la propaganda y las ideas.

En el año 1930¹⁵ se pone en funcionamiento el teletipo, lo que favorece la difusión siendo la primer herramienta de distribución remota de mensajes, seguido por la invención del teléfono y el fax, ya en tiempos mas cercanos.

Y en la década de 1960¹⁶ se publican los primeros memorandos sobre la idea de la creación de una red capaz de transmitir datos. Su evolución lleva a que en el año 1985 se encontraba establecida internet, la que era utilizada por una importante comunidad de investigadores y comenzaba a usarse para actividades diarias de comunicación.

Es ocioso señalar que internet revolucionó la forma de comunicarse y que impactó en la vida y el trabajo diario de toda la humanidad, siendo hoy un componente indispensable para la gran mayoría de las actividades humanas, con la utilización del correo electrónico, los sistemas de mensajería instantánea, la comunicación a cualquier parte del mundo y el advenimiento de las redes sociales.

“Las redes sociales son lugares en Internet donde las personas publican y comparten todo tipo de información, personal y profesional, con terceras personas, conocidos y absolutos desconocidos”, afirma Celaya (2008).”¹⁷

15Hütt Herrera, Harold Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión. Reflexiones, vol. 91, núm. 2, 2012, pp. 121-128 Universidad de Costa Rica San José, Costa Rica

16Leiner, Barry M., - Cerf, Vinton G., - Clark, David D., - Kahn, Robert E., - Kleinrock, Leonard, - Lynch, Daniel C., Postel, Jon, - Roberts, Larry G., - Wolff, Stephen. Breve historia de Internet.

<https://www.internetsociety.org/es/internet/history-internet/brief-history-internet/>. Visitado Diciembre 2022.

17Ver cita 15.

Con el paso del tiempo han ido evolucionando y especializándose, por lo que en la actualidad tenemos prácticamente un tipo de red para cada actividad. Profesionales, generalistas, que promueven interacción para cuestiones determinadas, específicas para personas según su orientación sexual, etc.

Desde la aparición de esas redes se ha reflexionado y escrito sobre el impacto que las mismas tendrían, y como en tantos otros debates hubieron diferencias de opinión sobre su influencia futura.

Algunas corrientes sostenían que iríamos hacia una sociedad más libre, en la cual toda persona podría expresar su opinión sin trabas, lo que hasta ese momento solo lo podían realizar quienes tenían acceso a un medio de comunicación. En los hechos, y sin perjuicio de que el tema genera grandes controversias, todo parece indicar que las redes sociales se han transformado en potentes herramientas para la manipulación de masas, y que están sujetas al control, ya no de los estados, sino de los propietarios de las mismas.

Son varios los ejemplos de movimientos sociales que nacieron al influjo de estas herramientas, difundiendo muy rápidamente convocatorias, ideas, noticias, de las cuales una enorme cantidad son falsas, conocidas como fake news. Se han difundido también mensajes que incitan al odio hacia personas o grupos de personas determinadas.

Esta práctica, llevó a que los propietarios de dichas redes tuvieran reclamos tanto de los gobiernos como del público para que realizaran un control sobre el tenor de las publicaciones. En definitiva, los propietarios de dichas redes sociales, están en la actualidad marcando pautas de que se puede publicar y que no, en muchos casos fuera de la posibilidad de control de las autoridades. Por lo cual, como se vaticinó en los inicios, cada ciudadano cuenta con un medio de difusión a su alcance, pero este dista mucho de ser democratizador y libre, tanto por la manera en que se usa, como por estar sujeto al control de entidades privadas, que a su vez, están cada vez más lejos de los controles estatales.

Por otra parte el advenimiento de dichas redes generó una suerte de confusión y difusión de límites entre la vida privada y la pública, ya que muchas de ellas permiten la divulgación de contenido limitado a quienes tienen una “cuenta” en la red social, y también permiten la opción de que lo publicado sea accesible solamente a quienes el titular de la publicación admite. Aunque esta última variante no ha impedido que la publicación sea “copiada” y difundida, señalando o no el autor de la misma, lo que en definitiva, ha estirado el concepto de intimidad o privacidad a niveles desconocidos previamente.

Asimismo las exigencias o requisitos para tener una “cuenta” en la mayoría de las redes sociales son muy laxos, bastando con llenar un formulario de datos que no se comprueban y se agrega un correo electrónico que pudo haber sido creado en las mismas condiciones. Esto ha determinado que en muchos casos se publique a través de perfiles anónimos o incluso “falsos”, o sea utilizando

el nombre de otra persona, en muchos casos de alta exposición pública, atribuyéndole opiniones con el cometido de generar reacciones en contra de la misma.

También es moneda corriente el uso de “trolls”. Perfiles falsos que mediante programas se utilizan para atacar o defender en particular alguna situación, idea o persona, llenando de opiniones una determinada red. Esto da al público la sensación de que una opinión o idea es generalizada, y la interacción o respuesta de perfiles verdaderos a lo publicado por dichos trolls, impone un determinado tema en la conversación pública.

Estos mecanismos han servido para realizar manipulaciones muy importantes, y fundamentalmente la difusión de noticias total o parcialmente falsas y la viralización de ideas conspirativas, como sucedió por ejemplo con la pandemia provocada por el Covid-19.

La mayoría de estas redes sociales son de “uso gratuito”, siendo el “negocio” de los titulares de las mismas el uso de los datos que, consciente pero en la gran mayoría de los casos “inconscientemente” le brindan los propios usuarios. Edad, estado civil, hábitos, preferencias partidarias, inclinación por ciertas ideas, creencias religiosas, etc. Estos datos son utilizados y vendidos por las redes sociales para quienes quieren comercializar productos o servicios, difundir ideas o realizar campañas de todo tipo, incluso electorales.

Mediante el uso de estos datos (big data) se identifica las preferencias de las personas, por ejemplo electores en una campaña electoral y se le sugiere o proveen publicaciones favorables o desfavorables a sus preferencias. En el caso que algún candidato realice una campaña, puede aparecer acompañando las ideas que esta persona ha dicho compartir, o, puede visualizar como sugerencia, publicaciones del candidato competidor señalando su discrepancia con las preferencias del titular de la cuenta.

En lo que nos ocupa, el impacto de estas redes en el trabajo y su vinculación con la libertad de expresión, es importante destacar que los empleadores utilizan dichas redes para varios fines, tanto lícitos como ilícitos. En el plano lícito, como un medio de publicidad y de conexión entre las personas que trabajan en la empresa, proveedores y clientes.

Pero también son utilizadas con fines ilícitos, como verificar las publicaciones y seleccionar a las personas a contratar en función de las ideas y preferencias que expresan en dichas redes, tanto en el plano personal como político o sindical.

Dicho control, se verifica también durante el desarrollo de la actividad laboral, en que los empleadores han despedido o sancionado a trabajadores/as por sus publicaciones, sosteniendo que las mismas afectan la buena fe y la confianza en que deben desarrollarse las relaciones de trabajo o que afectan la imagen de la empresa.

Por su parte las personas que trabajan en muchos casos han alegado que el uso de dichas redes sociales encuadran en el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, siendo un medio por el cual expresan sus ideas fuera del ámbito laboral y por tanto en un terreno en que el empleador no podría inmiscuirse, ya que de lo contrario, además de tener control sobre la forma de ejecutar el contrato de trabajo, lo tendría sobre la vida misma de sus dependientes.

7. POTESTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR.

La potestad o poder disciplinario del empleador se señala como una proyección del poder de organización o de dirección que éste ostenta en ejercicio de su libertad de empresa. Esta potestad o poder se manifiesta en el establecimiento de reglas de funcionamiento y de conducta en el ejercicio de la actividad.

Se lo vincula asimismo con el concepto de subordinación, por el cual la persona que trabaja se encuentra sujeta a directivas de quién organiza el trabajo y se beneficia del mismo, soportando también las pérdidas, las que no afectan a la parte trabajadora en aplicación del principio de ajenidad.

Dicha potestad no es ilimitada, y está sujeta a revisión judicial en cuanto a la forma, la motivación y la graduación de las sanciones aplicables en ejercicio de la misma.

El derecho uruguayo no ha definido la potestad disciplinaria, previendo solamente la notoria mala conducta como eximente del pago de la indemnización por despido y la cuota parte de aguinaldo. (art. 10 de la Ley 12.597).

Sin perjuicio de ello, dicha potestad se encuentra ampliamente reconocida, y a lo largo del tiempo tanto los jueces como la doctrina laboral han ido elaborando una serie de pautas con las cuales se juzgan los límites de la citada potestad.¹⁸

Se define la potestad disciplinaria como: *“(...) la facultad patronal de sancionar los actos del trabajador que constituyen faltas intencionales en la prestación de los servicios. Tales faltas pueden consistir en acciones u omisiones, perjudiciales para el régimen de la producción, perturbadoras de la organización interna o corrosivas de la disciplina de la empresa.”*¹⁹

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia sobre el punto ha dicho *“ de un concepto de base normativa con elementos, por ende descriptivos y a la par que deben ser determinados por el decisor. Doctrina y jurisprudencia han entendido que la notoria mala conducta es la*

¹⁸Castello, Alejandro; Criterios Jurisprudenciales sobre la Potestad Disciplinaria del Empleador,

En: “Temas prácticos de Derecho Laboral”, Montevideo; Ediciones FCU.; 2001: Tomo 2 - 25-48p.

¹⁹Cabanellas de Torres, Guillermo; Compendio de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2002: Tomo 1 - 544p.

justa causa que de acuerdo a nuestro derecho libera al empleador de la obligación de indemnizar el despido. 'En nuestro derecho positivo solamente el trabajador con sus actos puede provocar la pérdida de la indemnización, razón por la cual, la eximente es también la justa causa, pero motivada' (cf. De Ferrari, Derecho del Trabajo T. II, pág. 510), (cf. S. TAT. 1er. Turno. 125/2009). Se requiere que el hecho perturbe gravemente la relación laboral de modo tal que no pueda subestimarse ni pasarse por alto. En la medida en que se trata de una causal excepcional merece, para que reciba amparo, una prueba indubitable, así, si se plantean dudas, la cuestión debe resolverse como expresa Plá Rodríguez, a favor del operario, dado que el no pago de la indemnización por dicha causal, es de carácter excepcional (cfm. Pérez del Castillo, Manual Práctico de Normas Laborales, págs. 116/117). Y continúa la sentencia 'razones elementales de lógica jurídica y de hecho, impiden establecer un criterio inflexible sobre la contingencia de una notoria mala conducta, de modo, que según el comportamiento del trabajador el juzgador la valorará de acuerdo a las reglas de la experiencia, y teniendo en cuenta los muy diferentes factores que inciden para cada caso. Así, se tomará en cuenta la antigüedad en el trabajo, la naturaleza de éste, jerarquía de las funciones desempeñadas, conducta antecedente y aún la propia importancia y giro de la empresa' (Anuario cit. c. 414 pág. 261 y 262)>> (Cfme: Sentencia No. 203/2017, dictada por el T.A.T. 3er. Turno, extractada en A.J.L., c. 421, pág. 432).²⁰

La especialidad del instituto, el juzgamiento de conductas humanas en este caso en el ámbito de la relación de trabajo sumado a la ausencia de regulación, dan al instituto un amplio espacio para el activismo judicial. Si analizamos las sentencias en períodos de tiempo relativamente extensos, podemos ver que los criterios no se han mantenido inmutables, sino que conductas que en un momento se consideraron aceptables, en otros momentos no lo fueron. La variación de las ideas o concepciones que la sociedad puede tener respecto a las conductas y su admisibilidad, sin dudas se ven reflejadas en los fallos judiciales, sin perjuicio del grado de subjetividad que inevitablemente impacta sobre quién este llamado a decidir.

En el caso que nos ocupa, ejercicio de potestad disciplinaria ante manifestaciones de los trabajadores en redes sociales, el grado de subjetividad debería verse fuertemente acotado por varias razones. En primer lugar porque estamos ante la afectación o limitación de un derecho humano fundamental "cardinal" como es la libertad de expresión. En segundo lugar, porque tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera han establecidos criterios lo suficientemente detallados, como para acotar dicha subjetividad.

Como expresáramos en capítulos anteriores, los criterios señalados están lejos de ser herramientas infalibles y predecibles para afrontar todos los casos que se presentan, pero sin dudas deben operar como un elemento delimitador de la subjetividad de quién está llamado a decidir.

²⁰Suprema Corte de Justicia. Sentencia 286/2020. 28/09/2020. Base de Jurisprudencia Nacional Pública.

8. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ANTE CONFLICTOS ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y POTESTAD DISCIPLINARIA.

A los efectos del análisis de los diversos casos planteados ante la justicia laboral uruguaya, realizaremos en primer lugar una descripción del hecho y luego los elementos tomados en cuenta por los jueces para emitir su fallo.

Asimismo dividiremos los casos en función de los derechos y elementos tomados en cuenta por los tribunales para emitir sus dictámenes.

Concepto y límites a la libertad de expresión. Manifestaciones agraviantes o insultantes.

Sentencia 20/016 de 20/04/2016. Juzgado Letrado de Trabajo de 2º turno.

Hechos.

La empresa determina que en virtud de las fechas en que debía pagarse el salario se otorgaría un vale de adelanto, el cual no estuvo disponible en la cuenta de los trabajadores en los plazos prometidos, por errores del banco.

Al constatar la situación, dos trabajadores plantean su disconformidad con el hecho realizando publicaciones en sus redes sociales, siendo ambos despedidos, uno de ellos con el pago de la indemnización por despido y el actor en este juicio por notoria mala conducta.

“Que vergüenza (...) prometen un mísero vale y vamos a cajero y no hay nada no se juega con los empleados que nunca lo dejan tirado vergüenza me dan muchas gracias y felices reyes-me siento furioso..”. Frente a esa publicación se generaron varios comentarios, entre ellos de empleados que le explicaban que la situación había sido un error en el banco y que se podía ir a cobrar a caja. El actor comentó lo sgte.: “Leo querido A no amargarse, vos sos un privilegiado. A mi no tuvieron ni la amabilidad, ni la delicadeza de avisarme de tal situación. Esta empresa es así. Hay que ir a buscar el dinero, robarles la plata e irse. No le sirve la gente buena y laboradora. Les sirven los que usan rodilleras abundantes y les pagan dos mangos. Por lo menos (...) es así. Yo hablo con muchísimo fundamento y tengo más que prueba de que sirven poco. Son una manga de elitistas y muchos llegan por otros medios que obviamente no son precisamente por su talento. Si quieres por MP te paso más datos jajajaja.”.²¹

La sentenciante no fundamenta ni menciona el derecho a la libertad de expresión, sino que analiza el punto desde la óptica de la configuración de la notoria mala conducta. *“Las expresiones del actor en un medio público no solo hacia su empleadora la cual afirma que hay que robarla, sino*

²¹Sentencia 20/016 de 20/04/2016. Juzgado Letrado de Trabajo de 2º turno.

también hacia sus compañeros de trabajo a los que acusa de “usar rodilleras” y de “llegar por otros medios y no por su talento” dando a entender que tiene pruebas de esto, hace que se configure la NMC.”²²

Sin perjuicio de la ausencia de mención a la definición y al derecho en cuestión, es claro que la sentenciante entiende que el tenor de la publicación es clave para definir la situación, ya que el trabajador sostiene que a su empleadora “hay que robarla” y además, insulta al resto de sus compañeros y compañeras de trabajo al sostener que quienes ascienden no lo hacen por talento sino por favores sexuales.

En definitiva, sin decirlo expresamente está ubicando las manifestaciones vertidas fuera del derecho a la libertad de expresión, por su carácter injurioso e insultante no solo al empleador sino también a sus compañeros y compañeras de trabajo.

Sentencia 27/019 de 29/05/2019. Juzgado Letrado de Trabajo de 2º Turno.

Hechos.

“..todo el mundo sabe en el transporte que la gente es sucia no me pagan en mi trabajo para limpiar la mugre de la gente..(00:06:48 a 00:07:12). También agravia a C afirmando: “..así como la empresa le lame el trasero al Intendente y a todo este gobierno” (00:14:48 a 00:14:51 y 00:18:07 a 00:18:13) o “..a lamerle el culo porque ustedes estén en negociaciones no sé con qué me chupa tres huevos..” (00:29:33 a 00:29:50) y agravia al Presidente del Directorio cuando realiza afirmaciones sin fundamento (00:29:38 a 00:29:50). El actor dañó la imagen y la reputación de C y sus integrantes, a quienes atribuyó conductas reprobables, ilícitas, afirmando en más de una oportunidad que la empresa “apaña” al gobierno que le roba su trabajo (00:27:36 a 00:27:43). Y realiza amenazas contra la empresa.”²³

A raíz de la publicación mencionada el trabajador es sancionado con 4 días de suspensión sin goce de sueldo, exigiéndole además que bajara la publicación, lo que el trabajador acata.

Posteriormente, otra funcionaria de la empresa denuncia que durante un viaje el trabajador conversa con un pasajero expresándose en términos soeces y agraviantes contra la empresa y en particular su directiva. Lo hace con una estridencia tal que todo el pasaje pudo oírlo.

²²Ver cita 21.

²³Sentencia 27/019 de 29/05/2019. Juzgado Letrado de Trabajo de 2º Turno.

Ante dicha denuncia y sumada a la conducta anterior, la empresa lo despide invocando la causal de notoria mala conducta.

El trabajador alega que la empresa al despedirlo está violando su derecho a la libertad de expresión, y por su parte el empleador sostiene que *“con conciencia y voluntad, en un breve lapso se dedicó a agraviar a los usuarios de C, a la empresa y a sus integrantes, violando de manera reiterada y grave la obligación de respeto y consideración hacia los usuarios de C, el empleador y las jerarquías de la empresa, en particular el Presidente del Directorio de C. También el actor violó la obligación de no causar perjuicios al empleador que impone al trabajador no realizar durante o fuera del horario de labor, actos que causen daño a las personas que trabajen, a la maquinaria o deterioren el prestigio o buen nombre del empleador. Que integra la obligación de fidelidad, lealtad que implica no dañar al empleador, no desprestigiar a la empresa, no realizando comentarios negativos de la empresa ante clientes y proveedores(...)”*²⁴

La sentenciante entiende que el trabajador incurrió en notoria mala conducta al violar los deberes emanados del contrato de trabajo, en particular las obligaciones de colaboración, fidelidad y actuar de buena fe.

Luego de citar doctrina y jurisprudencia relacionadas con estos conceptos concluye *“ En el caso la decisión de despedir al actor es la consecuencia natural del incumplimiento de obligaciones esenciales derivadas del contrato de trabajo, ya que el actor luego de haber sido sancionado con 4 días de suspensión por una publicación en Facebook (18/10/2017) en la que se dirige al Intendente Daniel Martínez tratando a los usuarios de la empresa de sucios, publica un video (11/2017) agravando a los usuarios, a la empresa y sus autoridades, continuando el daño a la imagen de la empresa el 27/12/2017 con los comentarios realizados en el desempeño de su trabajo y oídos por todos los pasajeros refiriéndose de manera agravante contra la empresa y sus autoridades. El accionar del actor se desplegó con abuso de la lealtad y buena fe depositada en él por la empresa y encarta en la figura de la NMC.”*²⁵

En ningún momento hace referencia al derecho humano a la libertad de expresión, ni tampoco sostiene, - como se hace en sentencia anterior citada - , que el lenguaje y el insulto no son conductas que encuadren en el ejercicio de dicho derecho.

El fundamento radica exclusivamente en el contrato de trabajo y las características que la ejecución del mismo debe observar, lo que tal como desarrolláramos en capítulos anteriores, la doctrina laboral considera ampliamente insuficiente.

²⁴Ver cita 23.

²⁵Ver cita 23.

Y tal consideración también fue realizada el Tribunal de Apelaciones, el cual revoca la sentencia, sin perjuicio de la opinión de la Suprema Corte de Justicia en sede de casación.

Sentencia 391/2019 de 21/10/2019. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er. Turno.

En párrafos anteriores señalamos que mas allá del esfuerzo de la doctrina y jurisprudencia para establecer criterios con los que juzgar las situaciones, en definitiva los jueces terminan midiendo caso a caso, y existe una alta dosis de subjetividad y activismo judicial.

En el presente caso se presenta con toda crudeza el razonamiento.

Para la juez de primera instancia las publicaciones del trabajador son claramente agraviantes y dañan la imagen de la empresa imputándole conductas reñidas con la moral.

Ante los mismos hechos el tribunal de apelaciones llega a la conclusión contraria, expresando que *“no surge de los términos del video expresiones que puedan perjudicar la imagen o reputación de la empresa o sus directores, puesto que el actor por un lado cuestiona el procedimiento administrativo que concluyó con la suspensión por 4 día, cuya devolución y pago de daños colaterales, que no identifica, reclama, lo cual no tiene potencialidad para dañar la imagen y reputación de la empresa; el hecho de que haya mencionado la vinculación del Presidente del Directorio de la demandada con el gobierno y vínculo entre los mismos, tampoco tiene relevancia en la imagen y reputación de la empresa; y el hecho de que haya manifestado que tiene prueba de la amenaza que le habrían hecho, que tiene mucho para decir, sin identificar hecho alguno, y que va a subir otros videos, sin identificar posible contenido de los mismos, tampoco puede incidir en la imagen de la empresa.”*²⁶

Por tanto para el tribunal, los dichos del trabajador estarían tutelados por el derecho humano a la libertad de expresión y en tal carácter deben ser ponderados con los derechos del empleador.

Sentencia No. 70/020 de 3 de Abril de 2020. Suprema Corte de Justicia.

Finalmente, el mismo caso es sometido a la Suprema Corte de Justicia la cual revoca lo dictaminado por el tribunal de apelaciones, entendiendo que fue correctamente calificada la notoria mala conducta.

El máximo órgano jurisdiccional recuerda que el derecho humano a la libertad de expresión, - al igual que todos los derechos-, se encuentra limitado y que las expresiones soeces y agraviantes emitidas por el trabajador no se encuentran protegidas por el derecho.

²⁶Sentencia 391/2019 de 21/10/2019. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er. Turno.

Para fijar dichos límites, se basa en el voto emitido por el Juez Ramírez en sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004 en el caso del periodista Herrera ULLOA “ *La proclamación de los derechos básicos como estatuto radical del ser humano - proclamación que marca el advenimiento del hombre moderno: ya no vasallo, sino ciudadano, titular de derechos en su simple condición de ser humano- se hizo conjuntamente con otra manifestación enfática recogida en los mismos documentos: la frontera que aquellos encuentran en los derechos de los otros hombres. Bien que se tenga y ejerza un derecho, a condición de que esa titularidad y ese ejercicio no despojen a los conciudadanos de la titularidad y el ejercicio de sus propios derechos. Este lindero, anunciado por las declaraciones clásicas y retenido por los instrumentos modernos, se expresa en diversos conceptos: sea el derecho subjetivo ajeno, sea la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático (...) se acepta la posibilidad y la necesidad de echar mano de ciertas reacciones que permitan mantener a cada quien en el ámbito de sus libertades y derechos, y sancionar, en consecuencia, los desbordamientos que impliquen atropello de las libertades y los derechos ajenos. Sobre este fundamento se construye el sistema de responsabilidades (...) En la prudente selección de las opciones legítimas se halla el equilibrio que disuade tanto la anarquía como el autoritarismo...*”²⁷

Sobre la base del razonamiento transcrito, la suprema corte de justicia analiza las expresiones del trabajador, concluyendo sin lugar a ninguna duda que las mismas dañan los derechos de la empresa, por lo que no están protegidas por el derecho.

Entiende que el trabajador le imputa a su empleador conductas delictivas como haber sido amenazado para retirar la publicación, que tiene pruebas de las mismas aunque no las agrega. Posteriormente sostiene que la empresa tendría acuerdos inconfesables con el gobierno departamental, imputándole una conducta corrupta. “*En suma: el trabajador le atribuyó a la empleadora conductas reñidas con el buen proceder y la buena fe (como amenazar a sus empleados), pagar bajos sueldos, apañar a gobernantes, ser obsecuente con un gobierno con el que realiza negociaciones espurias que advierte, en tono extorsivo, que está dispuesto a revelar si no se le reintegra el pago de los días en que estuvo suspendido. El relato de imputaciones contra la empresa, sin especificar los comportamientos que se reprochan, sino tan solo vertiendo calificaciones ofensivas y zaheridoras, constituyen una transgresión grave del principio de la buena fe en que debe desarrollarse el vínculo laboral (cf.: Américo PLA RODRÍGUEZ, en “Curso de Derecho Laboral”, Ed. Idea, Mdeo., año 1990, págs. 69 y ss.)*”²⁸

En definitiva, la suprema corte de justicia entiende que las expresiones del trabajador son claramente ofensivas y dañan la imagen de la empresa por las conductas inmorales e incluso

²⁷Sentencia No. 70/020 de 3 de Abril de 2020. Suprema Corte de Justicia.

²⁸Ver cita 27.

delictivas que le imputa, concordando con lo expresado por el tribunal de primera instancia y en contradicción con lo expresado por el tribunal de apelaciones.

En particular llama la atención que la suprema corte de justicia entienda que sostener que la empresa paga bajos sueldos es una conducta reñida con el buen proceder y la buena fe, ya que en primer lugar, la consideración respecto a si un salario es acorde o no a la tarea es una apreciación notoriamente subjetiva, y sostener que la remuneración es escasa, no se aprecia como una expresión de mala fe o reñida con el buen proceder.

La libertad de expresión en ejercicio de la actividad sindical.

Sentencia 49/022 de 01/04/2022. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º. Turno.

Hechos.

La presidenta y el secretario de la organización sindical de la empresa son despedidos por realizar publicaciones ofensivas hacia la misma en la red social Facebook.

La presidenta realizó una publicación que estuvo pocos minutos activa en la que se señaló que la empresa ofrecía una “miseria” de dinero a efectos de cerrar los temas reclamados (feriados y ticket alimentación) condicionado el pago a la firma de transacciones, debiendo los trabajadores renunciar a cualquier tipo de reclamo. Que dicha publicación hubo de ser compartida por un par de trabajadores de la empresa tanto integrantes como no integrantes del sindicato.

Presidenta y secretario también realizaron otra publicación en Facebook en la que se consigna, *“Explotador y verdugo de su personal. EE. Dueño de BB y FF. Con una miseria de plata. Quiere comprar el sindicato. Y cayarnos. Una vez más vemos la clase de tráunfuga y mala persona que es. Quedó rico a costilla del personal. Poniendo las manos en el Bolsillo de los funcionarios. El sindicato no se vende... El está acostumbrado que con su sucia plata arregla todo” “EE dueño de FF jodedor del personal.”*²⁹

Ambos trabajadores son despedidos tres días después de las publicaciones.

La libertad de expresión en ejercicio de la actividad sindical.

El Tribunal sostiene que no puede analizarse la situación sin tomar en cuenta la condición de dirigentes sindicales de ambos trabajadores, en virtud que no puede concebirse la libertad sindical sin libertad de expresión.

²⁹Sentencia 49/022 de 01/04/2022. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º. Turno.

Para ejemplificar realiza abundantes citas entre las que cabe señalar la referente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 5/85 del 13/1/1985 “ *La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.*”³⁰

Sustenta también su razonamiento en fundamentos del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er. Turno en Sentencia 208/2019: “*Específicamente en materia laboral y en cuanto a la interrelación de la libertad sindical y la libertad de expresión cabe acudir a las decisiones del Comité de Libertad Sindical que ha establecido que: “los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles*”.³¹

Por su parte agrega que “ *la libertad de opinión y expresión constituye uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales (Informe de la OIT de 1994 titulado “Libertad sindical y negociación colectiva: Derechos sindicales y libertades civiles y políticas*”).”³²

En definitiva el tribunal entiende que en el caso de dirigentes sindicales, no solamente debe tenerse en cuenta el derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que este debe analizarse a la luz del derecho a la actividad sindical, ya que el segundo no es posible ejercer sin el primero.

A efectos de definir la libertad de expresión y realizar la ponderación de derechos, el Tribunal recurre a los criterios de OIT.

“*Entre los principios generales relativos a la libertad de opinión y de expresión figuran los siguientes: «154. El ejercicio pleno de los derechos sindicales requiere la existencia de una corriente libre de informaciones, opiniones e ideas y, con este fin, tanto los trabajadores y los empleadores como sus organizaciones deberían disfrutar de libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y otras actividades sindicales. No obstante, en la expresión de sus opiniones, las organizaciones sindicales no deberían sobrepasar los límites admisibles de la polémica y deberían abstenerse de excesos de lenguaje. (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 152; 304.º informe, caso núm. 1850, párrafo 210; 306.º caso núm. 1885, párrafo 140; 309.º informe, caso núm. 1945,*

30Ver cita 29.

31Ver cita 29.

32Ver cita 29.

párrafo 67; 324.º informe; caso núm. 2014, párrafo 925 y 336.º informe, caso núm. 2340, párrafo 652.) (Palomo y otros c /España TEDH sent def del 12/9/2011).³³

Posteriormente agrega que de los hechos surge que la publicación fue realizada fuera de un ámbito de negociación y que incluso en dicho momento se estaba analizando una propuesta, por lo que la publicación fue meditada y no realizada “al fragor de la negociación”.

Sin perjuicio que no menciona expresamente que dicha situación hubiera justificado la publicación, la mención al punto indica que si esa hubiera sido la situación, lo publicado habría sido valorado de otra manera.

Finalmente termina concluyendo que *“los miembros de un sindicato deben poder expresar ante el empresario sus reivindicaciones tendentes a mejorar la situación de los trabajadores en el seno de su empresa. Pero ello, no significa que pueda asimilarse crítica a insulto, debiendo tener presente el punto 154 de los principios generales relativos a la libertad de opinión y de expresión a los que hicimos referencia en cuanto a los excesos verbales.”³⁴*

Por tanto, el Tribunal entiende que los términos insultantes se encuentran fuera del concepto de libertad de expresión, sin realizar una ponderación con otros derechos hipotéticamente vulnerados al empleador. Su fundamento final es que la forma de expresión, insultante, agravante, y sin que se hubieran vertido “al calor de una discusión”, vulnera la confianza y buena fe que debe regir las relaciones laborales.

Entendemos que el punto es sumamente relevante por varias razones.

En primer lugar el Tribunal no está midiendo la hipótesis de una notoria mala conducta, sino la justa causa para despedir a un dirigente sindical. Expresa que dicho concepto es mas amplio que la notoria mala conducta, haciendo referencia incluso al Convenio Internacional de Trabajo 158 no ratificado por Uruguay, que dispone las causas justificadas para un despido.

En segundo lugar, no llega a realizar una ponderación de derechos, ya que no hace un análisis respecto a si en sentido estricto el empleador se ha visto vulnerado en algún derecho fundamental que justifique la limitación del derecho de expresión, sino que sencillamente entiende que los trabajadores, con el tenor de su publicación se colocan fuera del derecho a la libertad de expresión.

En definitiva, la forma de la crítica - insultante y agravante - no tiene protección jurídica en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo ni en el ejercicio de la actividad sindical.

³³Ver cita 29.

³⁴Ver cita 29,

Obligación de colaboración, fidelidad y buena fe emanadas del contrato de trabajo.

Sentencia 346/2016 de 23/09/2016. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno.

“Y sobre el hecho mismo de la publicación, el Tribunal entiende que la irrupción en la redes sociales y muy especialmente su expansión, sin lugar a dudas ha modificado las formas de comunicación y también ha tenido impacto en el ámbito laboral, a partir de la confrontación de dos grandes principios, el derecho a la intimidad del trabajador de raigambre constitucional (art. 28 Constitución) y la responsabilidad de la empresa por la conducta de sus empleados en el trabajo y su poder de dirección y control, los que como bien se refiere en la sentencia citada por la demandada al contestar, se encuentran sometido entre sí a relaciones de coordinación y no de subordinación.”³⁵

A diferencia de la justicia extranjera y gran parte de la nacional, en el presente caso el Tribunal coloca en el mismo plano el derecho a la intimidad de quienes trabajan y la responsabilidad de la empresa por la conducta de sus empleados en el trabajo.

A su vez resulta llamativo que el tribunal haga mención al derecho a la intimidad y no a la libertad de expresión.

La viralización de las publicaciones y su potencial efecto dañino.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha debatido el efecto que pueden tener las publicaciones en redes sociales y su viralización, en definitiva, la cantidad de personas que real o potencialmente pueden ser alcanzadas por la publicación.

El punto es medular, ya que para poder alegar un daño al derecho a la imagen, la publicación debe ser conocida, vista o leída por terceros, que se forman una “imagen” de la empresa o persona objeto de la publicación.

Sentencia 20/016 de 20/04/2016. Juzgado Letrado de Trabajo de 2º turno.

“Varios dependientes de la demandada vieron la publicación del actor en la red social y fotografiaron la misma (...) Frente a esa publicación se generaron varios comentarios, entre ellos de empleados que le explicaban que la situación había sido un error en el banco y que se podía ir a cobrar a caja (...) Las expresiones del actor en un medio público no solo hacia su empleadora la cual afirma que hay que robarla, sino también hacia sus compañeros de trabajo a los que acusa de “usar rodilleras” y de “llegar por otros medios y no por su talento” dando a entender que tiene pruebas de esto, hace que se configure la NMC.(...) Lo publicado por el actor fue visto por muchos dependientes de la demandada.

³⁵Sentencia 346/2016 de 23/09/2016. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno.

Luego de lo acontecido, que se agrava al haber tomado estado público es inviable continuar con la relación laboral.”³⁶

El tribunal no analiza la viralización o no de la publicación, sino que hace hincapié en la difusión entre las personas que se desempeñan en la propia empresa, las que se encontraban “conectadas” a través de las redes sociales utilizadas por el actor. Por lo tanto claramente en este caso no se entiende que sea la difusión masiva lo que afecta, sino que llega al conocimiento de las restantes personas que integran el grupo de las agraviadas, ya que se les imputa ascender o mejorar en la empresa en base a favores sexuales.

Sentencia 391/2019 de 21/10/2019. Tribunal Apelaciones de Trabajo de 3er Turno.

En sentido contrario a lo expresado por el Juzgado de primera instancia, en el mismo caso el tribunal de apelaciones desestima el argumento de la “potencialidad dañina” de la publicación, sosteniendo que una red social no tiene el mismo efecto viralizador, o no puede alcanzar a la cantidad de personas que si alcanza por ejemplo la publicación en un medio de prensa masivo.

“En efecto, el actor admite haber efectuado la publicación en Facebook el 18 de octubre de 2017 y del video posterior a la sanción aplicada por la publicación anterior, la que admite en el escrito recursivo haberla realizado tanto en su Muro de Facebook como en del grupo de "Cutcsa Interdiferencial". Ambas publicaciones al ser efectuadas en una Red social toman estado público con alcance relativo.”³⁷

Basado en dicho razonamiento, el tribunal sostiene que la empresa debió probar el daño, que un conjunto de personas hubieran cambiado o tuvieran por primera vez una imagen negativa de la empresa en virtud de la publicación, a lo que agrega que una red social tiene un alcance limitado a quienes la utilizan y no encuadran dentro de medio masivo de comunicación.

En conclusión, el Tribunal entiende que las expresiones del trabajador encuadran dentro del ejercicio de su libertad de expresión. Llega a dicha conclusión luego de razonar que las mismas no son ofensivas, por lo que sin perjuicio de no avalar la notoria mala conducta, también comparte el criterio de que el insulto y el agravio no entran dentro de la protección del derecho.

Asimismo fundamenta que las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, como la colaboración, la buena fe y la lealtad, no son derechos en si mismo sino estándares de cumplimiento del contrato y que estos no alcanzan el rango de derechos fundamentales. Solo deben ser valorados en referencia a un derecho fundamental, cuando mediante su transgresión se viola un derecho del empleador que ostente dicha jerarquía, como lo es el derecho a la imagen, cuya afectación debe ser probada y no simplemente alegada.

³⁶Sentencia 20/016 de 20/04/2016. Juzgado Letrado de Trabajo de 2º turno.

³⁷Sentencia 391/2019 de 21/10/2019. Tribunal Apelaciones de Trabajo de 3er Turno.

Sentencia No. 70/020 de 3 de Abril de 2020. Suprema Corte de Justicia.

En este aspecto la suprema corte de justicia tampoco coincide con el tribunal de apelaciones, ya que equipara las redes sociales a los medios masivos de comunicación. *“La irrupción de los medios masivos de comunicación (de las redes sociales, etc.), al alcance de todos, con el consecuente impacto mediático y potencialidad lesiva que su mal uso trae aparejado, pide -hoy más que antes-, una mirada especialmente rigurosa en torno a exigir un mutuo respeto que han de mantener las personas que conviven por razón de la relación laboral y en defensa de la disciplina indispensable para la organización y desenvolvimiento del trabajo en la empresa.”³⁸*

A diferencia de lo sostenido por el tribunal de apelaciones no exige que se deba verificar y menos aún probar el daño, sino que la publicación en la red social por si misma tiene una “potencialidad lesiva”.

El presente caso en sus tres instancias guarda un innegable interés, ya que muestra palmariamente las dificultades para establecer reglas o estándares de actuación en estos casos. Lo que para dos tribunales fue una clara notoria mala conducta, para el tribunal de apelaciones no lo fue.

Si el monto del juicio hubiera sido menor, la sentencia del tribunal de apelaciones habría quedado firme y el trabajador habría sido indemnizado por el despido.

Sin perjuicio de ello, entendemos que podemos extraer algunas conclusiones básicas.

En primer lugar, la justicia mayoritariamente entiende que el lenguaje y el contenido de la publicación es clave para definir si estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión o se está transgrediendo la misma. Por tanto, toda publicación referida al empleador debe ser realizada en términos respetuosos y no imputando conductas que puedan causar un daño a la otra parte. El imputar un delito o una conducta inmoral, configura claramente un daño y no existe justificativo para ello, tanto en el plano jurídico laboral, como del respeto mínimo que debemos observar en cualquier relación, dentro o fuera del ámbito de trabajo.

En segundo lugar, el argumento respecto a la no viralización de la publicación, así como la necesidad de medición del alcance de la misma, parecería estar perdiendo terreno en la consideración judicial. En lo personal entendemos que la asimilación que realiza la suprema corte de justicia, - medio masivo de comunicación con red social - es claramente exagerada, pero en toda publicación debe tomarse en cuenta que las redes sociales hoy pueden provocar una difusión importante en escaso tiempo. Por otra parte, es importante resaltar que una publicación puede

³⁸Sentencia No. 70/020 de 3 de Abril de 2020. Suprema Corte de Justicia.

generar daño aún si limita a un grupo de personas, siempre y cuando las mismas compartan un ámbito de vinculación en común, como puede ser la empresa.

En tercer lugar, se debe tomar especialmente en cuenta el contexto en que se producen las manifestaciones, particularmente cuando estamos ante dirigentes o militantes sindicales ejerciendo actividad sindical, o sea, en ejercicio del derecho a la libertad sindical. En dichos casos, la justicia puede llegar a considerar con mayor amplitud los términos, si los mismos son vertidos en el medio de una negociación, o sea, el “fragor” de la misma puede permitir un límite mas amplio en el uso de algunos términos. Esto claramente no es una patente para agraviar o insultar, pero, la rectificación en tiempo breve, parecería ser un elemento que la justicia toma en cuenta. En el mismo sentido, debe considerarse que una publicación realizada luego de finalizada una negociación, en la tranquilidad del hogar o fuera del ámbito de negociación, no se considera al amparo “del fragor” de la misma, ya que quién la realiza tuvo el tiempo y la tranquilidad necesaria para meditarlo, en definitiva, se considera que lo realiza con intención de provocar un daño.

9. BIBLIOGRAFIA Y WEBGRAFIA CONSULTADA.

Arese, Cesar. Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo. Segunda edición ampliada y actualizada. Rubinzal-Culzoni editores. 2022.

Barretto Ghione, Hugo. Proyecto Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en el contexto de la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos. Investigación sobre la aplicación de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en Uruguay. Lima, OIT, 2006. 84 p. (Documento de trabajo, 205)

Barbagelata, Hector Hugo. El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales. F.C.U. 2a edición ampliada y actualizada. Marzo de 2009

Cuzquén Carnero, Jaime. Redes sociales, libertad de expresión y facultad disciplinaria del empleador. Revista Laborem N.º 16. Págs. 41-58. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Fernández Fernández, Roberto y González Vidales, Cristina. El control empresarial del uso de las redes sociales en el lugar de trabajo: alcance y confines. www.cielolaboral.com

Giuzio, Graciela. La vida privada del trabajador en tiempos de facebook. RDL. Tomo LV- N° 247. Julio-Setiembre 2012. Págs. 535-544

Góngora Mera, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Grover Dorado, John (h). El uso de las redes sociales en el ámbito laboral. www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF130056

Hütt Herrera, Harold Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión. Reflexiones, vol. 91, núm. 2, 2012, pp. 121-128 Universidad de Costa Rica San José, Costa Rica

25

Leiner, Barry M., - Cerf, Vinton G., - Clark, David D., - Kahn, Robert E., - Kleinrock, Leonard, - Lynch, Daniel C., - Postel, Jon, - Roberts, Larry G., - Wolff, Stephen. Breve historia de Internet.

<https://www.internetsociety.org/es/internet/history-internet/brief-history-internet/>. Visitado Diciembre 2022.

Pasco Cosmópolis, Mario. Los derechos laborales inespecíficos. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social., Vol. 3, N° 5, 2012, págs. 13-26

Ramírez Colina, Sulmer Paola. La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, ISSN: 1870-2147. Año VII N°. 31, Enero-Junio de 2013, PP. 48-66

Sanguinetti, Wilfredo – Carballo, Cesar A. Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa. Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria.

Siqueira Netto, José Francisco. Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de Informes Generales. Págs. 161-186.

Valdez Dal Re, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador. XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro de Informes Generales. Págs. 37-186.