

**IMPACTO DE FACEBOOK™ Y OTRAS REDES DE COMUNICACIÓN
SOCIAL EN LAS PRACTICAS DE RECURSOS HUMANOS EN EL ÁMBITO
LABORAL**

Area Temática: Talento humano, administración y ética
derecho cibernético, derecho laboral, discrimen en el empleo

Autora: Maritza Soto, Ph.D

Institución: Universidad de Puerto Rico- Recinto de Río Piedras

Domicilio: Urb. Quinta del Río Camino del Chalet A7 Bayamón, Puerto Rico

Número de teléfono: 787-930-1968

Número de fax: 787-269-2822

Dirección electrónica: soto.maritza@gmail.com

Dirección para correspondencia: Urb. Quinta del Río Camino del Chalet A7
Bayamón, Puerto Rico 00961

IMPACTO DE FACEBOOK™ Y OTRAS REDES DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN LAS PRACTICAS DE RECURSOS HUMANOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Resumen

Uno de los fenómenos mas conocido hoy día en el campo del Internet son las redes de comunicación social. Existen más de doscientas paginas Web dedicadas a contactos, entre ellas, Facebook™, Hi5™ y MySpace™.

Ante estos avances tecnológicos, se han comenzado a utilizar las redes de comunicación social con diferentes finalidades como por ejemplo, herramientas para la búsqueda de posibles candidatos a empleo, referencias sobre conducta fuera del empleo que pueda afectar el desempeño de los empleados, aparte de que el uso demesurado de las redes sociales puede afectar la productividad del empleado.

Ello nos conduce a las siguientes interrogantes: ¿Es legal utilizar las redes de comunicación social como criterio para evaluar el desempeño de un empleado? ¿Hasta donde llega el uso de la información que aparece en esta red para uso patronal, gubernamental o personal sin el conocimiento del dueño del mismo? ¿Puedo tomar medidas en contra del empleado por tal conducta?

En este documento analizaremos estas controversias utilizando criterios de aspecto constitucional, estatutos de la legislación laboral, normativas jurisprudenciales y recomendaciones que se le brindan a los patronos para controlar el uso de estos sitios que son aplicables en Estados Unidos de America y Puerto Rico.

PALABRAS CLAVES: Talento humano, administración, ética, derecho cibernético, derecho laboral, discrimen en el empleo,

Impacto de Facebook™ y otras redes de comunicación social en las prácticas de recursos humanos en el ámbito laboral

I. Introducción

Uno de los fenómenos más conocidos hoy día en el campo de la informática y el Internet son las redes de comunicación social y la utilización de parte de los empleados de la navegación en el Internet. Según una encuesta realizada en Estados Unidos¹, los empleados de una empresa utilizan más de 18 horas semanales para navegar en Internet; 90% de los empleados reconocen haber utilizado Internet para uso personal; de 30 a 40% del uso de Internet en el trabajo no está relacionado con el trabajo; el 70% de los empleados admiten haber enviado o recibido emails personales de fuerte contenido para adultos en horas laborales; el 60% de las compras por Internet se hacen en horas laborales y hasta el 32.6% de los empleados han admitido haber navegado en el Internet sin ningún motivo aparente. Dentro de todas estas estadísticas, estamos claros que mucha de la actividad en el Internet se hace en las redes sociales o “social networking sites”.

Por el otro lado, es interesante ver que ya existen empresas que han establecido una red social de empresas diseñadas para facilitar la comunicación entre compañías y organizaciones, siendo una de ellas Yammer™.² Este es solo un creciente número de servicios que permite a los usuarios compartir breves actualizaciones. También contiene una mezcla de contenido, opción de compartir fotos y video además de permitir comentarios de personas que integran la red social del usuario, entre otras cosas. La ven como una nueva forma de comunicación; no es correo electrónico pero es más liviano y más tiempo real con un empuje editorial.

Existen más de doscientas páginas Web dedicadas a contactos, entre ellas, Facebook™, Hi5™ y MySpace™. La nueva moda de navegación se centra en la búsqueda e inclusión de amigos y contactos, compañeros de estudio, grupos de interés general, agrupaciones sin fines de lucro y hasta afiliaciones política en la Web. Se trata de una nueva dimensión de las relaciones personales que antes solo se podía lograr por mercadeo profesional.

¹ Webspay, Internet Use Statistics 2008

² BBC Ciencia, Web: la mayor conexión,
El Nuevo Día, 17 de marzo de 2009.

Es importante considerar que estas paginas almacenan datos que sirven para obtener datos de perfil personal y psicológico hasta datos personales como fecha de nacimiento, que pueden ser utilizados por individuos interesados en robo de identidad para acceder cuentas bancarias, tarjetas de crédito y otros servicios en línea que resultan un problema serio para los dueños de esa información.

Otro aspecto que tiene que tenerse en cuenta es que al inscribirse en sitios como Facebook o MySpace™, se incluye información real para poder ser ubicados fácilmente por amigos o allegados. Sin embargo, compañías líderes en seguridad informática y de sistemas de control advierten a los usuarios de redes sociales sobre los peligros de permitir a extraños el acceso a sus perfiles en línea.

Ante estos avances tecnológicos, se han comenzado a utilizar las redes social, tales como Facebook™, y MySpace™, con diferentes finalidades como por ejemplo, herramientas para la búsqueda de posibles candidatos a empleo, para buscar referencias y/o “background checks” al momento de seleccionar los candidatos y tomar la decisión del reclutamiento y tomar decisiones referentes al empleo utilizando información obtenida a través de estas redes.

Ello nos conduce a las siguientes interrogantes: ¿Es legal utilizar las redes de comunicación social como criterio para evaluar el desempeño de un empleado? ¿Hasta donde llega el uso de la información que aparece en esta red para uso patronal, gubernamental o personal sin el conocimiento del dueño del mismo? ¿Puedo tomar medidas en contra del empleado por tal conducta?

En este documento analizaremos estas controversias utilizando criterios de aspecto constitucional, estatutos de la legislación laboral, normativas jurisprudenciales y recomendaciones que se le brindan a los patronos para controlar el uso de estos sitios que son aplicables en Estados Unidos de America y Puerto Rico. Para poder llevar a cabo un análisis correcto, es necesario presentar los aspectos legales ya que la prohibición del uso de esta información o la utilización de la misma usualmente es retada como ser “ilegal”; por lo tanto es importante entender porqué sería o no “ilegal” las prácticas ya sea desde el punto de vista patronal o del empleado.

II. ¿Qué son Sitios de Redes de Comunicación Social (*Social Networking Sites*)

a. Facebook™, MySpace™ y otros

Las redes de comunicación social es la actividad que mas rápidamente crece en la red, el termino corto para la Internet centrada en el usuario, donde cada quien modifica públicamente el trabajo de los demás, sea una enciclopedia o un álbum de fotos. El crecimiento de las redes de comunicación social es impresionante y contiene sitios de todos los tamaños, que se van inter-relacionando a medida que las plataformas se van abriendo.³

El poder de Facebook™, por ejemplo, se deriva de lo que Joff Rothschild, su vicepresidente de tecnología, llama el “social graph” (gráfico social), la suma de las variadas conexiones entre los usuarios del sitio y sus amigos; entre la gente y eventos; entre fotos y gente; y entre un inmenso numero de objetos discretos conectados por metadata que los describe a ellos y a sus conexiones.⁴ Muy importante en Facebook™ es la popularidad adquirida. O mejor dicho, me hago más popular cuando muchos otros hacen “clic” en mi perfil.

¿Que es un perfil? Un perfil es la presentación en la red. En el perfil se colocan los datos personales, los gustos, preferencias, la red de amigos, y las fotos. Las personas mas populares son las que colocan mas fotos de si mismo atrayendo así que sus amigos coloquen fotos, y así sucesivamente.

III. Asuntos a considerar en cuanto a la utilización del Internet, especialmente las redes sociales

a. Derecho de los Empleados

Usualmente cuando surgen los temas de la restricción a la utilización de los sitios de redes sociales o la utilización de la información de parte del patrono, los empleados se molestan indicando alguno de los siguientes puntos: 1) que se le está invadiendo su privacidad y confidencialidad en el lugar del trabajo; 2) que se le está coaccionando su libertad de expresión; 3) que establecer las conexiones en las redes

³ <http://realidadalternativa.wordpress.com/tag/facebook>

⁴ *ibid*

sociales puede beneficiar a la empresa; 4) que los breves recesos para esta utilización aumenta la concentración en el trabajo.

b. Derechos de los patronos

El patrono, por el otro lado, alega ciertos puntos muy válidos también referente al mismo tema. Estos indican: 1) que la utilización de parte de los empleados del Internet lleva a pérdida de tiempo y recursos; 2) que la imagen de la empresa representada por un empleado con información comprometedor en Facebook™ u otro similar puede afectarse negativamente; 3) que se está utilizando propiedad del patrono para fines no relacionados al negocio; 4) puede haber divulgación de información confidencial del patrono; 5) que el brindar equipo, tiempo y “software” del patrono permite la vigilancia o monitoreo electrónico de parte del patrono.

IV. Implicaciones legales más frecuentes

a. Verificaciones Pre-Empleo

Independiente del tamaño de la empresa, las verificaciones pre-empleo se considera una práctica de reclutamiento necesario para evitar reclamaciones potenciales futuras y para evitar errores en la selección. Ha pasado a la historia la utilización de una llamada sencilla para verificar el empleo de un candidato. Por el aumento en incidencias que ameritan la seguridad, escándalos corporativos, violencia en el lugar de trabajo, las verificaciones de empleo son indispensables.

Las verificaciones pre-empleo (“background screening”) pueden varias en sus estrategias: pruebas psicométricas, verificaciones a patronos anteriores, pruebas de dopaje para determinar el trasfondo del candidato y también asegurar la identidad del mismo. Uno de los métodos que se están utilizando es el de verificar el contenido del sitio de red social del candidato. Esta utilización del sitio ha provocado un sinnúmero de desacuerdos ya que se entiende que puede ser discriminatorio, invade la privacidad, viola los términos de servicio, entre otros. También se comenta que la información que se puede encontrar en la red no tiene que ver con el trabajo y por ende, que no se debe utilizar con estos fines.

i. Discrimen

Hasta el momento no han surgido casos directos relacionados a discrimen en el proceso de reclutamiento por la utilización de la red social. Sin embargo, nos

preguntamos, ¿puede un patrono legalmente decidir no reclutar a un candidato basado en la revisión del contenido de su perfil de Facebook™ o MySpace™?

En el contexto de derecho laboral, si se utiliza la información de las redes de comunicación social con el objeto de seleccionar candidatos a empleo, el patrono puede utilizar la red siempre y no este violentando legislaciones federales y estatales que protegen a los individuos contra el discrimen. El patrono podría incurrir en prácticas discriminatorias en la medida en que utilice esta información para descalificar candidatos de acuerdo a su raza, género, orientación sexual o algún otro tipo de conducta. Las leyes de Estados Unidos de America que podrían ser violentadas de esta manera son:

Título VII Acta de Derechos Civiles ⁵	Discrimen por raza, color, religión, sexo y origen nacional
“Equal Pay Act” de 1963 ⁶	Igual paga por igual trabajo
“Age Discrimination in Employment Act ”de 1967 ⁷	Discrimen por razón de edad
“Americans with Disabilities Act of 1990” ⁸	Discrimen por impedimento

En el caso de las leyes de Puerto Rico que pueden ser violadas, se encuentran:

⁵ Title VII Civil Rights Act of 1964- (*Pub. L. 88-352*) (*Title VII*), as amended, as it appears in volume 42 of the United States Code, beginning at section 2000e. Title VII prohibits employment discrimination based on race, color, religion, sex and national origin.

⁶ Equal Pay Act of 1963- requires that men and women be given equal pay for equal work in the same establishment. The jobs need not be identical, but they must be substantially equal. It is job content, not job titles, that determines whether jobs are substantially equal.

⁷ Age Discrimination in Employment Act of 1967- (*Pub. L. 90-202*) (*ADEA*), as amended, as it appears in volume 29 of the United States Code, beginning at section 621. The ADEA prohibits employment discrimination against persons 40 years of age or older.

⁸ Americans with Disabilities Act of 1990- It was originally enacted in public law format and later rearranged and published by subject matter in the United States Code. The United States Code is divided into “titles” numbered 1 through 50. Titles I, II, III and V of the ADA have been codified in Title 42 of the United States Code, beginning at section 12101. It indicates that No covered entity shall discriminate against a qualified individual with a disability because of the disability of such individual in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employee compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment

Ley 100 del 30 de junio de 1969 ⁹ (Discrimen en el Empleo)	Prohíbe discrimen en el empleo basado en edad, raza, color, origen social o nacional, condición social, ideas políticas o religiosas
Ley 3 del 13 de marzo de 1942 ¹⁰ (Protección de Madres Obreras)	Prohíbe discrimen por embarazo, aborto o adopción
Ley 44 del 2 de julio de 1985 ¹¹ (Discrimen por impedimento)	Prohíbe discrimen por impedimento físico
Ley 144 del 8 de agosto de 2000 ¹² (Enmienda a la Ley 44)	Incluye obesidad mórbida como impedimento físico
Ley 271 del 26 de diciembre de 2006 ¹³	Prohíbe discrimen por matrimonio o por

⁹ Ley contra el discrimen en el empleo del 1959 **Ley Núm. 100 Aprobada el 30 de junio de 1959, según enmendada**-*Para proteger a los empleados y aspirantes a empleo contra discrimenes de los patronos o de las organizaciones obreras, tanto en el empleo como en las oportunidades de aprendizaje y entrenamiento, por razon de edad, raza, color, sexo, origen social o nacional, condicion social, ideas politicas o religiosas; definir ciertos deberes de los patronos y las organizaciones obreras; fijar los deberes y facultades del secretario del trabajo y recursos humanos, y de los abogados del departamento del trabajo y recursos humanos e imponer responsabilidad civil y criminal por tales discrimenes.*

¹⁰ Ley de Protección de madres obreras de 1942, Según Enmendada- *para proteger a las madres obreras, establecer su derecho a un descanso que comprenda cuatro (4) semanas antes del alumbramiento y cuatro (4) semanas despues; prohibir el trabajo de las madres obreras durante dicho periodo en oficinas, establecimientos comerciales e industriales y empresas de servicio publico; estatuir la obligacion de los patronos a pagar a las madres obreras la mitad del sueldo; salario, jornal o compensacion durante el mencionado periodo de descanso; fijar penalidades por la violacion de las disposiciones de esta ley y para otros fines.*

¹¹ **Ley Núm. 44 de 2 de Julio de 1985, según enmendada**-LEY De Prohibicion De Discrimen Contra Impedidos- *Se prohíbe que cualquier persona natural o jurídica, por sí o a través de otra, impida, obstaculice, limite o excluya a otra persona con impedimentos físicos, mentales o sensoriales por el mero hecho de tales impedimentos, de participar, formar parte o disfrutar en o de cualesquiera programas o actividades organizadas, patrocinadas, operadas, implantadas, administradas o de cualquier otra forma dirigidas o llevadas a cabo por cualesquiera instituciones públicas o privadas que reciban fondos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. (Enmendado en el 1991, ley 105)*

¹² **Ley 144 8 De Agosto De 2000-** *Se enmienda el inciso (d) del Artículo 1 de la Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, según enmendada para que se lea como sigue: Se considerará también la obesidad mórbida cuando dicha condición limita sustancialmente a una persona en una o más actividades principales de la vida, personas cuyo peso sobrepasa en un cien (100%) por ciento el peso saludable y recomendable por la comunidad médica en general”.*

¹³ **Ley Núm. 271 de 26 de diciembre de 2006-** Para enmendar la Ley Núm. 100 de 1959: Ley contra el discrimen en el empleo del 1959-

Artículo 1.-Se enmienda el título de la Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, según enmendada, para que lea como sigue:

“Discrimen por razón de edad, raza, color, sexo, origen social o nacional, condición social, afiliación política, ideas políticas o religiosas, o por ser víctima o ser percibida como víctima de violencia doméstica, agresión sexual o acecho.”

(Enmienda a la Ley 100)	ser víctima o ser percibido como víctima de violencia domestica, agresión sexual o acecho
-------------------------	---

Estas leyes aperciben al patrono sobre la ilegalidad de discriminar por cualquier motivo, durante procesos laborales tales como: el reclutamiento, la selección de candidatos, el despido, la compensación, asignación o clasificación, transferencias de área, ascensos, anuncios para empleos, pruebas antes del empleo o durante el empleo, adiestramientos, beneficios marginales, planes de retiro, de incapacidad, despido o reclasificación por causa de matrimonio, o cualquier otro término en el empleo.

ii. Invasión de Privacidad

La primera reacción de muchas personas cuando se le menciona el tema del uso de Facebook para propósitos de verificaciones de empleo, es que se considera invasión de privacidad. Pero se le olvida que Facebook y sus contemporáneas redes sociales es una red social pública. Todas las redes lo son. De ahí el nombre: red social.

1. Análisis Constitucional

Desde tiempo inmemorial los pueblos han reclamado y examinado los problemas relativos a la libertad individual, la justicia y la equidad como parte de su inquietud en torno a la libertad de las personas. En nuestro sistema jurídico, estas prerrogativas del individuo están plasmadas en las Constituciones de Estados Unidos y Puerto Rico.

La Constitución de Estados Unidos en su Artículo I dispone:

“El Congreso no aprobará ninguna ley que coarte la libertad de palabra o de prensa; y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios.”

Artículo 2.- Se enmienda el Artículo 1 de la Ley Núm. 100 de 30 de junio de 1959, según enmendada, para que se lea como sigue:

"Artículo 1.-Todo patrono que despida, suspenda o discrimine contra un empleado suyo en relación a su sueldo, salario, jornal o compensación, términos, categorías, condiciones o privilegios de su trabajo, o que deje de emplear o rebúse emplear o reemplazar a una persona, o limite o clasifique sus empleados en cualquier forma que tienda a privar a una persona de oportunidades de empleo o que afecten su status de empleado, por razón de edad, según ésta se define más adelante, raza, color, sexo, origen social o nacional, condición social, afiliación política, o ideas políticas o religiosas, o por ser víctima o ser percibida como víctima de violencia doméstica, agresión sexual o acecho del empleado o solicitante de empleo..."

La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en su Artículo I Sección 1 dispone:

*“La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la Ley. No podrá establecerse discriminación alguno por motivo de **raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas.** Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnaran estos principios de esencial igualdad humana.”*

En la Sección 4 de la misma Constitución dispone::

*“No se aprobara ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y **a pedir al gobierno la reparación de agravios.**”*

En la Sección 8:

*“**Toda persona** tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos, a su honra, **a su reputación y a su vida privada o familiar.**”*

Sección 20:

*“**El Estado Libre Asociado reconoce, además, la existencia de los siguientes derechos humanos: El derecho de toda persona a obtener trabajo.**”*

Estos estatutos rigen sobre las relaciones contractuales existentes entre el patrono y el empleado, cuando es el Estado el contratante, debido a que las garantías constitucionales son dirigidas específicamente a las actuaciones del estado.

Al otro extremo se encuentran las actuaciones puramente privadas. Éstas, salvo contadas excepciones, jamás pueden servir de sostén a una alegada violación de un derecho constitucional. Para ofrecer remedios a esos actos privados, el Estado debiera legislar afirmativamente, prohibiéndolos bajo el poder básico de razón de estado o (“police power”).

La acción del Estado se determina a base de la relación que existe entre el Estado y las actividades del alegado infractor. La doctrina del nexo proclama que si existe suficiente relación entre el Estado y la acción privada se puede considerar la actividad como una estatal. Se establecerá la relación conforme a cuatro variedades de nexos o

contactos con el estado: otorgamiento de licencias a la empresa privada y su reglamentación por el Estado; beneficios mutuos de la empresa privada con el Estado; ayudas y subsidios por el Estado a la empresa privada; y uso de facilidades públicas por la empresa privada. Por tanto, podría establecerse, en algunas instancias, un cuadro fáctico que permita establecer que el empleado de una compañía privada está cobijado por las disposiciones constitucionales frente al uso de las redes de comunicación de su patrono.

Tomando en cuenta todo lo anterior pasamos a argumentar de forma general si a un candidato a empleo y/o empleado que es usuario de su página de Facebook™ se le pudiera haber violado algún Derecho Constitucional si el patrono fuera hacer uso de la misma para averiguar mas sobre el/ella.

El Internet es un espacio abierto al público, es una red de redes a la que, literalmente, todo el mundo tiene acceso.¹⁴ La red es tratada por los tribunales como un lugar público por lo tanto el Derecho Constitucional a la intimidad y/o privacidad esta reducido. El uso de Facebook™ por patronos potenciales no esta contemplado en los términos de uso. Los términos de uso (Terms of Use) no dice que esta restringido a uso personal y no-comercial. Uso “no-comercial” significa postear información para provecho personal como anuncios, y esto esta prohibido. Sin embargo, no significa que un patrono no pueda acceder tu información para propósitos comerciales, como para hacer investigación para una decisión de reclutamiento o inclusive, para mantenerte en el empleo.

Existen algunos lugares en la red que podrían catalogarse como privados porque para tener acceso a ellos hay que tener “*username*” (nombre de usuario) y “*password*” (contraseña). En estos lugares se podría argumentar que existe cierto derecho a la privacidad e intimidad porque para poder acceder tiene que tener cierto “permiso”. Habría que convencer a los jueces de que Facebook™ es uno de esos lugares en donde

¹⁴ American Civil Liberty Union v Reno (Reno I), 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa. 1996), aff'd S.Ct. 2329 (1997). Le corresponde al Congreso determinar la naturaleza de esta red, incluyendo si es o no hogar de acomodaciones públicas para que puedan aplicar violaciones a los Derechos Civiles. Access Now v. Southwest Airlines, 227 F. Supp. 2d 1312 (2002).

existen variados controles para privacidad que si se violan laceran la intimidad y privacidad del usuario.

Si al patrono se le puede probar que entró de manera ilegal al perfil de un candidato o empleado, se le podría acusar de infringir disposiciones constitucionales. Claro, esto estaría sujeto a la admisibilidad de cualquier evidencia electrónica que demostrara el tracto y las huellas del patrono al entrar a Facebook™ de manera no autorizada por el usuario principal. Esto es algo que evidenciariamente podría ser difícil de probar.

El empleado podría alegar que aún cuando Facebook™ es un lugar público, cuando el restringe el acceso a su perfil no renuncia a su intimidad ya que la renuncia al derecho a la intimidad debe ser de manera específica e inequívoca.

En Facebook™ se revelan muchas características (raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ideas políticas, religiosas) del usuario. También se revelan hábitos personales, debilidades, fortalezas y un sin número de otros aspectos de la vida privada del usuario. En la medida en que se pueda demostrar que el patrono tomó una de estas características como la decisiva para no emplearlo o tomar alguna acción negativa en torno a su empleo, podría surgir un cuestionamiento de discriminación al momento de tomar la decisión.

Mientras más limitado este el “*profile*” del usuario de Facebook™ y se demuestre que el patrono accedió a su página de manera no permitida para anotar rasgos o características constitucionalmente prohibidas de su perfil, mayor probabilidad tiene de probar una causa de acción por discriminación.

Podrían también estar infringiendo la libertad de expresión y el derecho a la asociación cuando un patrono interviene de manera no permitida en el perfil del candidato y le deja saber que debe modificar su perfil, el candidato podría levantar una causa de acción alegando violación a su libertad de expresión y/o asociación. Esto estaría sujeto a prueba mediante los procedimientos de descubrimiento electrónico.

b. Pérdida de Productividad y mal uso de equipo corporativo

Mientras estamos utilizando Facebook™ indiscriminadamente para añadir amigos e información personal, hay ciertos aspectos que debemos conocer antes de continuar añadiendo nuestra “vida” en él. Dice un consultor legal sobre Facebook™ y redes similares:

“If a social networking site is used to hold information which relates to your employment, if that information is prepared in the course of your employment you are dealing with company property.”¹⁵

“The profile, or the elements of it that are work related, would belong to the employer despite the fact that it was created and is hosted in a virtual environment primarily designed for personal interaction.”¹⁶

Por el otro lado, un artículo reciente en el Winnipeg Free Press discute como las redes sociales como Facebook™ y MySpace™ pueden causar serios problemas en el lugar de trabajo si los empleados no tienen cuidado. En este artículo, se menciona que se descubrieron unos comentarios negativos que hizo un empleado de su supervisor que había posteado en Facebook™ y este empleado fue entonces disciplinado por haber hecho tales comentarios. Los empleados tienen que saber que independientemente si están posteando los comentarios en tiempo de la compañía o en tiempo personal, si esos comentarios le hacen daño a la reputación del patrono o tiene otras repercusiones, el patrono tiene el derecho legal de arremeter con disciplina apropiado.¹⁷

Actualmente, distintos tribunales federales de Estados Unidos de America han reconocido que una persona no tiene una expectativa de intimidad de tal magnitud que impida el descubrimiento de correos electrónicos. En ese contexto, en el caso de empleados se ha resuelto que no hay una expectativa de intimidad en el correo electrónico enviado usando el sistema de la compañía para la cual trabaja, aun si se hubieran brindado garantías de que los correos electrónicos serian confidenciales.

Siendo esto así, mas aun disminuye la expectativa de intimidad cuando el usuario de Facebook™, voluntariamente y sin presión exterior alguna, accede a entregar toda su privacidad y permite, a través de los Términos de Uso, a que todo lo que contenga su red pueda ser utilizado y “das la autorización para que tus datos personales sean transferidos y procesados en Estados Unidos”¹⁸ o cualquier otro lugar.

V. Colaboración con agencias gubernamentales

¹⁵ <http://www.krishworld.com/blog/social-platform/some-facebook-legal-facts/>

¹⁶ *ibid*

¹⁷ <http://www.typepad.com/t/trackback/2594395/21584113>

¹⁸ Morales Lugo, Oscar A. Facebook como pieza evidenciaría, *Expresate*, Vol. 1, Num 2, Abril 2008

Uno de los casos más recientes del uso de Facebook™ es la noticia que la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos ha invertido 27.5 millones de dólares en Facebook™, a través de Greylock Venture Capital. De esta manera, la CIA estaría utilizando la red de Facebook™ para reclutar agentes para un servicio con un nombre muy extraño: National Clandestine Service o Servicio Clandestino Nacional. Facebook™ estará utilizando un sistema denominado “Beacon” que hace un seguimiento de actividades de todos los usuarios y sus asociados, incluyendo aquellos que desactivaron sus cuentas con este sitio Web. En los “Términos de Uso” de la red Facebook™ se especifica que “al publicar contenidos en cualquier parte del sitio Web, el usuario automáticamente cede y garantiza que tiene el derecho de otorgar a Facebook™ una licencia irrevocable, perpetua, no exclusiva, transferible, totalmente pagada e internacional para usar, copiar, publicar, reformatear, traducir, resumir, distribuir dicha información y contenidos, y para incorporarlos a otros trabajos como información y contenidos.”¹⁹

También está el caso de el servicio británico de seguridad en el extranjero, el MI6, que está acudiendo al sitio de red social Facebook™ para reclutar nuevos agentes, según el portavoz de Relaciones Exteriores. El MI6 lanzó las ofertas de empleo en Facebook durante el 2008 con el objetivo de encontrar una amplia variedad de candidatos.²⁰

V. Jurisprudencia

Debido al carácter novel de las controversias ante nos, la jurisprudencia que las trata de modo directo es mínima. La importancia de jurisprudencia con relación a las prácticas de recursos humanos son obvias: todo procedimiento o proceso que se haga con los empleados puede ser retado a través de los tribunales como ser discriminatorio, invasión a la privacidad o cualquier otro aspecto relacionado directamente con las leyes. Es por esta razón que se hace indispensable revisar las mismas a la luz de esta investigación.

Hemos identificado opiniones legales en pro y en contra de la utilización de las redes de comunicación social como un factor valorativo en las relaciones laborales. Los

¹⁹ <http://www.nocturnabsas.com.ar/forum/blogs/zhoef/facebook-cia-529/>

²⁰ http://es/noticias.yahoo.com/afp/20080929/t_t_afp_od_uk

abogados de ambos bandos posicionan su opinión con respecto a dos pilares de las prerrogativas de los individuos, la libertad de contratación vis-a-vis el derecho a la intimidad.

El 7 de febrero de 2006, Brian López de 16 años se sentó en su casa en su computadora personal, entro a su página de MySpace™ y entró comentarios sátiros sobre su escuela superior de Colorado. En su mensaje, López -con la intención de hacer reír- mencionó ciertas opiniones negativas sobre las condiciones de la escuela, los estereotipos en cuanto a comportamiento y la demografía de los estudiantes y de los maestros, los prejuicios de los maestros y administradores y la calidad pobre de enseñanza a los estudiantes. Los maestros entendían que no contenía lenguaje soez, no incitaba a la violencia y ni siquiera estaba accesible a los estudiantes en la escuela debido a los filtros. Tres días más tarde este joven fue suspendido de la escuela por 15 días con la posibilidad de ser expulsado. Lo que salvó al joven fue que el American Civil Liberties Union (ACLU) radicó una reclamación utilizando la Primera Enmienda y así la escuela eliminó la suspensión.²¹ En Canadá, la policía utilizó Facebook™ para localizar eventos universitarios extracurriculares y realizar bloqueos a la salida.²² En los Estados Unidos, la policía se ha servido de información obtenida de las páginas de Facebook™ como medio evidenciario para identificar sospechosos, testigos y personas reportadas como perdidas en sus investigaciones criminales.²³ En cuanto a las uniones, los directores de una unión del sector privado tuvieron que intervenir en salvar el trabajo de seis empleados de una planta industrial luego de estos empleados ridiculizaron un supervisor en la red de Facebook™. La compañía quería terminar el empleo de estos empleados porque entendían que el contenido en Facebook™ era “inaceptable”. Robert Ziegler, el Presidente de la Unidad 832 United Food and Commercial Workers (UFCW), indicó que la popularidad de tales redes está obligando a los individuos que tomen mayor precaución sobre lo que escriben de sus patronos, supervisores y sus compañeros de trabajo. Esto cae dentro de la categoría de comportamiento fuera del trabajo, precedente y otro tipo de

²¹ The Associated Press, *Colorado High School Suspends Teen for MySpace.com Postings*, First Amendment Center, Feb. 20, 2006, <http://www.firstamendmentcenter.org/news.aspx?id=16511>.

²² CBC News, “Facebook helping police patrol parties” <http://www.cbc.ca/canada/prince-edward-island/story/2007/06/19prom.facebook.html?ref=rss> accedido el 5 de abril de 2008

²³ Chicago Tribune, “Cop snares college pals in own Web” <http://www.nyu.edu/classes/siva/archives.html> accedido el 5 de abril de 2008

casos y puede ser tomado en contra del empleado. En Canadá, en la revista del mes de septiembre de UFCW, *Union*, se delinearon cinco situaciones en las cuales los empleados pueden ser disciplinados por sus acciones fuera del lugar de trabajo. Si la conducta: 1) lesiona la reputación o producto de la compañía; 2) lo presenta no disponible a realizar sus tareas y responsabilidades; 3) lleva a que otros empleados a que no quieran o no puedan trabajar con el/ella; 4) constituye un delito bajo el Código Criminal y la reputación de la compañía y de sus empleados se lesiona; y 5) hace difícil como la compañía lleva a cabo sus funciones eficientemente manejando sus negocios y fuerza laboral.²⁴

En otro caso del 2008, *Applause Store Productions v Grant Rápale*, involucraba dos personas que fueron amigos. Uno creó un perfil en Facebook™ sobre el otro y este perfil se entrelazaba con otra red que hacía comentarios sobre esta persona y su compañía, sugiriendo que le debían dinero. Es otro incidente donde la utilización de un “perfil” lesiona a otra persona o personas.

La Constitución de Estados Unidos y de Puerto Rico garantizan al individuo un dominio sobre su libertad personal, el cual el estado no puede violentar, a menos que se busque proteger un interés legítimo para tal intromisión. Sobre el derecho a la intimidad en el empleo, ha dicho el tribunal, que para que se violente este derecho las actuaciones del patrono tienen que ser “arbitrarias, irrazonables o caprichosas”. El patrono tiene que demostrar que lo que se quiere salvaguardar es legítimo en el desempeño del empleo.²⁵ El Estado no puede invadir la zona de intimidad personal excepto para proteger intereses públicos apremiantes.²⁶ El derecho a la intimidad es inviolable salvo que se renuncie y dicha renuncia tiene que ser patente, específica e inequívoca.²⁷

Por regla general los derechos constitucionales son protecciones del individuo frente al Estado, sin embargo, siendo nuestra Constitución de factura más ancha, ha expresado el tribunal que el derecho a la intimidad opera ex proprio vigore y que por lo tanto es oponible ante entes privados²⁸. Este derecho impone a toda persona la responsabilidad de no inmiscuirse en la vida privada o familiar de los demás seres

²⁴ <http://www.winnipegfreepress.com/local/v-printerfriendly/story/40367119p-4646750c.html>

²⁵ *Vega v. Telefónica*, 2002 J.T.S. 58 (2002)

²⁶ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. (1973)

²⁷ *Arroyo v. Rattan, Specialties* 117 D.P.R. 351 (1986)

²⁸ *Figueroa Ferrer v. E.L.A.* 107 D.P.R. 250 (1978)

humanos.²⁹ Estando involucrada una libertad fundamental, quien sostenga la validez la actuación tiene que demostrar que la misma cumple no violenta el derecho a la intimidad y el tribunal va a aplicar un escrutinio estricto. Esto es, identificar el objetivo que se persigue, determinar si es un objetivo apremiante y el balance de intereses entre el objetivo y los medios.

VI. Conclusión

A la luz del derecho anteriormente analizado, los aspectos constitucionales, la legislación laboral y la jurisprudencia aplicable, entendemos que no es ilegal el acto de utilizar las redes de comunicación social para hacer investigaciones generales sobre cualquier tema de un usuario y tampoco como criterio de evaluación para la contratación ni otras prácticas de recursos humanos en una empresa. Entendemos que dado la naturaleza pública de la información expresada en estas redes, el individuo no debe tener una gran expectativa de intimidad sobre la misma y por tanto, no debe ser cobijada por el derecho a la intimidad. Ahora bien, en la medida que el patrono utilice esta información de un modo discriminatorio entonces la práctica cobra un vicio de ilegalidad puesto que violenta las garantías constitucionales y varios estatutos federales y estatales.

Con respecto a la práctica del patrono, privado o estatal, de solicitarle a un empleado que modifique su imagen virtual so pena de ser sancionado en el empleo, entendemos que es ilegal a menos que haya sido estipulado desde el inicio de su contrato de empleo. Entendemos que esta práctica pueda violar las garantías constitucionales de libertad de expresión e intimidad, sin embargo, también entendemos que habría que evaluar el contenido de esa imagen virtual para ver si violenta derechos del patrono o de otras personas. Además dada la naturaleza de las redes de comunicación social, en las cuales, cualquier persona puede crear una página con información falsa sobre otro individuo, es imposible controlar la imagen virtual propia.

Para los usuarios de FacebookTM como red social, deben conocer que a diferencia de otros sitios Web similares, FacebookTM cuenta con algunas opciones para protegerse en el Internet y minimizar impactos legales, las cuales son:

²⁹ Morales Lebrón Mariano. *Diccionario Jurídico Según La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico*. Volumen IA. Marx Law Library. Ohio.. Págs. 230-236.

- 1) Piense bien quien quieres que sea su amigo- al permitir que alguien sean su “amigo”, esta concediéndole acceso a toda la información, incluyendo fotografías, que tenga marcada como visible para sus amigos.
- 2) Muestre versiones resumidas de su perfil- Si usted desea, puede tener solo “amigos limitados” a quienes se le permite una versión resumida de su perfil. Esto puede ser útil si tiene conocidos a los que no quiere clasificar totalmente de amigos o con los que no se sienta cómodo compartiendo alguna información
- 3) Desactive opciones y active las que le convenga- Debe pensar detenidamente como quiere utilizar Facebook™. Si solo quiere ponerse en contacto con gente, se le aconseja desactivar el resto de las opciones adicionales.

Para los patronos, la mejor manera de protegerse en el proceso de utilizar las redes sociales en los diferentes aspectos es:

- 1) Estableciendo y comunicar una política empresarial clara sobre el uso de “blogs”, portales cibernéticos sociales como “Facebook™”, “MySpace™” u otros y la utilización que tambien le da la empresa a estos.
- 2) Además creando una política sobre el uso apropiado de toda la demás tecnología, incluyendo el Internet, el “blogging”, los mensajes de texto, los mensajes de correo de voz y cualquier otro mecanismo electrónicos que se pueda rastrear
- 3) Si el patrono desea prohibir el uso de estos portales en su empresa, deber hacerlo constar en la política de manera expresa y advertirle a los empleados que el incumplimiento con la política puede conllevar acciones disciplinarias incluyendo amonestaciones, la suspensión de empleo y sueldo y hasta el despido.
- 4) Si lo va a permitir el uso durante las horas de trabajo, deberá informar a los empleados que deberán utilizar estos portales de manera razonable y proveer ejemplos a éstos de lo que es razonable para el patrono.
- 5) los empleados deben ser educados claramente sobre la política y las ramificaciones si se viola; debe recordar que la presencia y expresiones del

empleado en el portal cibernético, ej. Facebook™, podrían reflejar las de la empresa. Por lo tanto, el empleado deberá estar consciente que sus acciones capturadas mediante imágenes, expresiones, opiniones o comentarios pudieran tener consecuencias para la empresa, por ende, también para el/ella. El empleado no podrá citar o hacer referencia a la empresa, clientes, socios, u otros empleados sin el consentimiento expreso de éstos.

- 6) los patronos deben ser vigilantes para que se cumpla la política; [ara esto, todas las comunicaciones electrónicas, incluyendo correos electrónicos generados desde la empresa son propiedad de la empresa y estarán sujetos a monitoreo y/o supervisión por parte de la misma. Por lo tanto, el empleado al firmar la política reconoce que no alberga derecho alguno de intimidad sobre las comunicaciones electrónicas generadas en la empresa y releva a la empresa de cualquier responsabilidad legal por el uso de esas comunicaciones.

La mayor parte de la discusión gira alrededor de una situación que aun no tiene muchos casos específicos en los tribunales. Los pleitos toman tiempo para viajar a través del sistema de justicia. Mientras tanto, tenemos que prepararnos, tanto los empleados como los patronos para enfrentarnos ante uno de los retos que impactaran como reclutamos, seleccionamos y manejamos a nuestros empleados y como hacemos negocio en esta era de informática.

Referencias

- Anderson, Mark M., The Impact of Social Networking Sites on Executive Recruiting. <http://www.recruitingtrends.com/online/thoughtleadership/713-1.html?type=pf> Retrieved April 2, 2008.
- Berkshire, Jennifer. "Social Network" Recruiting. HR Magazine, April 2005. <http://www.shrm.org/hrmagazine/articles/0405/0405berkshire.asp> Retrieved April 2, 2008
- Cunningham, Peter. MySpace profiles affecting recruitment decisions. March 28, 2007. <http://www.growingbusiness.co.uk/069591434542640004663/myspace-profiles-affecting-recruitment-decisions.html> Retrieved March 30, 2008
- Doyle, Allison. MySpace and Job Searching. <http://www.jobsearch.about.com/od/jobsearchblogs/a/myspacejobs.htm>. Retrieved March 30, 2008
- Frauenheim, Ed. Caution advised when using social networking websites for recruiting, background checking. November 2006. <http://www.workforce.com/section/06/feature/24/58/49/245851.html>. Retrieved April 2, 2008
- Fuge, Adam. Internet Background Checks. April 17, 2007. <http://mail.google.com/?ui=1&ik=051c5fc09b&view=pt&th=119682eb18f36b72&search> Retrieved April 20, 2008
- Gupta, Vinita. Using social networks for hiring. February 2008. <http://www.expresscomputeronline.com/20080317/technologylife01.shtml> Retrieved April 2, 2008
- HR Magazine UK. Social Networking Sites- Would you hire him? January 10, 2007 <http://www.hrmagazine.co.uk/news/index.cfm?fuseaction=fulldetails&newsUID=21068487-3c5e-4e88-bb25-0ada608fa235>. Retrieved April 2, 2008
- Lama-Bonilla, Rafael. Desafio Cibernetico. *El Nuevo Dia*. 13 de abril de 2003.
- Langfitt, Frank. Social Networking technology boosts job recruiting. April 2, 2008. <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=6522523> Retrieved April 2, 2008
- Lenard, George. Employers Using Facebook for Background Checking: Is it Legal? September 1, 2006 <http://www.employmentblawg.com/2006/employers-using-facebook-for-background-checks/htm.html> Retrieved April 26, 2008
- Morales Lebrón Mariano. *Diccionario Jurídico Según La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico*. Volumen IA. Marx Law Library. Ohio.. Págs. 230-236
- Pfaff, Erin. Myspace & Facebook: When does off-campus speech warrant off-campus penalties? Spring 2006 <http://mail.google.com/mail/?ui=2&ik=051c5fc09b&view=pt&search=inbox&the=-11901b3> Retrieved March 30, 2008
- Rowe, Joslin. Employers use Facebook for further background checks. July 18, 2007 <http://mail.google.com/?ui=1&ik=051c5fc09b&view=pt&th=119683143045f354&search> Retrieved April 20, 2008
- Starnier, Tom. Creative Recruiting on the Rise. <http://www.hreonline.com/HRE/story.jspID=77275202>. Retrieved March 30, 2008.
- United States Equal Employment Opportunity Commission, May 2, 2002, Federal Antidiscrimination Policies. <http://mail.google.com/mail/?ui=2&ik=051c5fc09b&view=pt&th=119682d3946b28f4&search.html>. Retrieved April 20, 2008.
- Universia Knowledge@Wharton. La vulnerabilidad de MySpace, Facebook y otros sitios web de redes sociales. 30 de abril de 2007. <http://www.universia.net.co/cultura/destacada/la-vulnerabilidad-de-myspace-facebook-y-otros-sitios-web-de-redes-sociales/problemas-de-seguridad-y-privacia.html>. Retrieved 2 de abril de 2008.
- Vorster, Gareth. Facebook, MySpace users warned over revealing too much online. February 4, 2008. <http://mail.google.com/mail/?ui=2&ik=051c5fc09b&view=pt&search=inbox&the=-11902fl.html>. Retrieved March 31, 2008.
- Wikipedia. Use of social network websites in investigations. http://en.wikipedia.org/wiki/Use_of_social_network_websites_in_investigations.html Retrieved March 31, 2008
- Zahorsky, Darrell. Background Check Precautions for Pre-Employment Screening. September 13, 2006. <http://mail.google.com/mail/?ui=2&ik=051c5fc09b&view=pt&search=inbox&the=-119055c.html>. Retrieved March 31, 2008.