

EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR EN EL ÁMBITO DE
LAS REDES SOCIALES AL HILO DE LA JURISPRUDENCIA
ITALIANA EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y
TRANSPARENCIA

*THE IMPACT OF DIGITALIZACION ON WORKERS' FREEDOM
OF EXPRESSION IN THE FIELD OF SOCIAL NETWORKS IN THE
LIGHT OF THE ITALIAN CASE LAW ON INFORMATION AND
TRANSPARENCY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 1096-1111

Giuseppina
PENSABENE
LIONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de mayo 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: Este estudio plantea la oportunidad de examinar el proceso hermenéutico que está aún por desarrollarse en la jurisprudencia italiana en materia de información y transparencia sobre la utilización (“intra” y “extra” laboral) de las redes sociales por parte de los trabajadores, lo que podría incluso volver a modular los términos tradicionales de la relación que les une al empresario. Se destaca, en especial, el nuevo (delicado) equilibrio entre el vínculo de confianza sobre el cual se fundamenta dicha relación y los derechos de la persona garantizados a nivel constitucional como, en primer lugar, el derecho a la libertad de expresión del trabajador. La investigación trata de dar respuestas a las múltiples cuestiones que se plantean a este respecto como la posibilidad de utilizar o no las informaciones compartidas online por el trabajador, distinguiendo entre aquellas que son públicas y las que en cambio constituyen el objeto específico de un mensaje o conversación privada entre este trabajador y otra/as persona/as. Todo ello sin abandonar un enfoque crítico sobre las reglas nacionales y comunitarias vigentes en materia de privacidad y controles empresariales a distancia y a través de herramientas tecnológicas.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión; trabajador; redes sociales; digitalización; información; transparencia; privacidad; GDPR; control empresarial a distancia.

ABSTRACT: *This study provides an opportunity to examine the hermeneutic process that has yet to develop in Italian case law on information and transparency on the use (“intra” and “extra” labour) of social networks by employees, which could even re-modulate the traditional terms of the relationship between them and their employers. In particular, it highlights the new (delicate) balance between the bond of trust on which this relationship is based and the rights of the individual guaranteed at the constitutional level, such as, first and foremost, the worker’s right to freedom of expression. The research attempts to provide answers to the many questions that arise in this respect, such as the possibility of using or not using the information shared online by the worker, distinguishing between those that are public and those that are the specific object of a private message or conversation between the worker and another person. All of this without abandoning a critical approach to the national and EU rules in force on privacy and employer’s remote controls through technological tools.*

KEY WORDS: *Freedom of expression; worker; social networks; digitalisation; information; transparency; privacy; GDPR; remote corporate control.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN.- II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ITALIANO.- III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CUESTIONES CONCRETAS A ABORDAR.- 1. La postura de la jurisprudencia italiana.- 2. Perplejidades y zonas grises.- IV ¿QUÉ PROBLEMAS Y QUÉ POSIBLES SOLUCIONES?.- 1. Un enfoque sobre la prohibición de que el empresario indague sobre el trabajador.- 2. Apuntes sobre privacy y poder de control empresarial a distancia.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN.

Este estudio plantea la oportunidad de una reconsideración sistemática de la institución de la libertad de expresión del trabajador en el ámbito de los medios digitalizados de comunicación y, en especial, de las redes sociales¹.

Se trata de analizar un aspecto muy específico de las consecuencias derivadas de la difusión de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo que, por su relevancia en el plano práctico, ha llegado a ser uno de los ejes centrales en la jurisprudencia italiana de estos últimos años.

En especial, se pretende examinar el proceso hermenéutico que está aún por desarrollarse a medida que se difundan de manera capilar los “social network” en ámbito laboral, destacándose que su utilización (“intra” y “extra” laboral) por parte de los trabajadores podría incluso volver a modular los términos de la relación que les une al empresario, surgiendo un nuevo (delicado) equilibrio entre el vínculo de confianza sobre el cual se fundamenta dicha relación y los derechos de la persona garantizados a nivel constitucional, en primer lugar el derecho a la libertad de expresión (arts. 2 y 21 Cost. It.; art. 10 CEDU; art. 11 Carta de los Derechos Fundamentales; art. 19 Declaración Universal de los derechos Humanos; art. 1 Estatuto de los Trabajadores italiano).

Por otra parte, dicho aspecto no ha sido todavía objeto de profusa atención por parte de la doctrina italiana. Así pues, se pretende realizar un pormenorizado análisis de toda la problemática que básicamente deriva de la falta una precisa

¹ Vid., entre otros, MARAZZA, M.: “Social, relazioni industriali e formazione della volontà collettiva”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2019, núm. 1, p. 63; D’AVERSA, F.: “Il diritto di critica (anche sindacale) nell’epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale”, *Labour & Law Issues*, 2019, 5, núm. 2, pp. 48 ss.; TOSI, P., PUCETTI, E.: “Chat Facebook: se la riservatezza legittima la denigrazione del datore di lavoro”, *Giurisprudenza Italiana*, 2019, núm. 1, p. 137; COTTONE, M.: “Social Network: limiti alla libertà d’espressione e riflessi sul rapporto di lavoro”, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2017, núm. 4, p. 381; LAQUINTA, F., INGRAO, A.: “Il datore di lavoro e l’inganno di Facebook”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, núm. 1, p. 82; SALAZAR, P.: “Facebook e rapporto di lavoro: quale confine per l’obbligo di fedeltà?”, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, núm. 3, p. 287.

• **Giuseppina Pensabene Lioni**

Ricercatrice di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Padova. E-mail: giuseppina.pensabenelioni@unipd.it.

regulación de los límites del derecho del trabajador a la libertad de expresión, analizando los casos en los que el ejercicio de dicho derecho se manifiesta a través de las redes sociales. Se tratará básicamente de investigar sobre las posibles respuestas a las múltiples cuestiones que se plantean a este respecto como, por ejemplo: ¿es posible el despido del trabajador por haber perjudicado la imagen del empleador expresando opiniones negativas o perjudiciales a través de las redes sociales?; ¿se considera dicho despido nulo o improcedente?

Todo ello, sin perjuicio de otras cuestiones a las que habrá que encontrar una solución como la posibilidad de utilizar o no las informaciones compartidas online por el trabajador, distinguiendo entre aquellas que son públicas y las que en cambio constituyen el objeto específico de un mensaje o conversación privada entre este trabajador y otra/s persona/s.

Dentro de dichas reflexiones, también serán objeto de análisis los deberes del trabajador en clave crítica y evolutiva², teniendo en cuenta las consecuencias directas que derivan de su incumplimiento a través del uso incorrecto de las redes sociales, sobre todo en el plano de la continuidad de la relación laboral.

Dichas reflexiones se tienen que desarrollar a la luz de las nuevas reglas de conducta que han sido recientemente introducidas por el legislador italiano y comunitario en el marco de la organización empresarial (art. 4, L. n. 300/1970, reformado por el “Jobs Act”, sobre el control empresarial a distancia y a través de medios tecnológicos³; Reg. UE n. 679/2016 (GDPR)⁴ en materia de Privacy que, por lo aquí interesa, ha reforzado, en cierto modo, lo previsto por el art. 1 del Statuto dei Lavoratori sobre libertad de opinión del trabajador).

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ITALIANO.

La libertad de expresión está reconocida en general por el art. 21 de la Constitución italiana de 1948⁵, además de estar recogida en normas supranacionales de especial relevancia como:

- 2 Se alude, en especial, a la obligación de lealtad de los empleados establecida por el art. 2105 del código civil italiano. Cfr. BOSCATI, A.: “Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza”, en PERSIANI, M., CARINCI, F. (dirigido por): *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Cedam, Padova, 2011, p. 1005; MATTAROLO, M.G.: “Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro”, en SCHLESINGER, P. (dirigido por): *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 3.
- 3 TULLINI, P. (a cura de): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017.
- 4 SOFFIENTINI, M.: “Protezione dei dati personali: nuovo Regolamento UE”, *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2016, p. 26; CICCIA MESSINA A., BERNARDI N.: *Privacy e Regolamento Europeo 2016/679*, Ipsoa, Milano, 2016.
- 5 PACE A., MANETTI M.: “Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero”, en G. BRANCA (a cura de): *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, p.160.

- a) el art. 10 de la Convención Europea de los Derechos Humanos.
- b) el art. 11 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.
- c) el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con referencia específica al trabajador también se reconoce la libertad de expresión en el régimen iuslaboralista dictado por el Estatuto Italiano de los Trabajadores (la Ley n. 300/1970)⁶. En especial, según el primer artículo del Estatuto “todo trabajador, sin distinción de opinión política, sindical o de religión, tiene derecho a manifestar libremente su propia opinión en los lugares de trabajo, siempre que se respeten los principios establecidos por la Constitución y por el mismo Estatuto”.

Ahora bien, se puede afirmar que la libertad de expresión del trabajador tiene, hoy en día, una fisionomía autónoma (que por lo tanto merece una investigación “ad hoc”, aislada respecto al resto de la disciplina general), en el supuesto específico en el cual el trabajador manifiesta su opinión en el marco de las comunicaciones realizadas a través de medios digitales, electrónicos, informáticos o tecnológicos y, en especial, a través de las redes sociales.

En efecto, es la propia doctrina del Tribunal italiano que, con unas sentencias relativamente recientes⁷, acuñó el término “diritto di critica in rete” o “libertà di espressione mediatica” precisamente con la finalidad de referirse a las cuestiones peculiares que plantea el ejercicio de la libertad de expresión del trabajador en el marco de la digitalización y que deben analizarse por separado.

A este respecto, también la “Corte Costituzionale”⁸ ha afirmado que, en un sistema constitucional democrático y pluralista (como supuestamente debería ser el italiano), que fundamenta sobre el criterio de los “checks and balances”, si es verdad, por un lado, que la libertad de expresión, así como la confidencialidad de las comunicaciones y la protección de datos personales, constituyen unos derechos inviolables, garantizados incluso a nivel constitucional (respectivamente por los arts. 21 y 15 de la Constitución italiana); es verdad también, por otro lado, que dichos derechos no pueden expandirse excesivamente y convertirse en una especie de “tiranìa” (utilizando las palabras del mismo Tribunal Constitucional) respecto a otras situaciones jurídicas que, de la misma manera, merecen una tutela

6 GIUGNI, G.: *Lo Statuto dei Lavoratori*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1979.

7 *Vid.*, entre otras, Cass., sez. lav., 12 de noviembre de 2018, n. 28878.

8 Para profundizar dicho aspecto, *vid.* TENORE, V., “La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media”, *Lavoro Diritti Europa*, 25 de julio de 2019.

constitucional adecuada como, en primer lugar, la libertad empresarial garantizada por el art. 41 Cost. It.

III. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: CUESTIONES CONCRETAS A ABORDAR.

Frente a la epifanía tecnológica post industrial en el mundo del trabajo de hoy, cabe volver a plantearse la cuestión de los límites a la libertad de expresión⁹.

En especial, por un lado, cuando dicha libertad se manifiesta a través de las redes sociales o de otros medios digitalizados de comunicación, habrá que preguntarse: ¿hasta donde llega la libertad de expresión del trabajador que utiliza la web para opinar sobre su propio empleo y su propio empleador? ¿Qué es lo que abarca?

Por otro lado, también habrá que considerarse los límites existentes a los poderes empresariales; así que cabe plantearse, entre otras cuestiones si, por ejemplo, el empresario podrá despedir al trabajador por haber perjudicado su imagen expresando opiniones negativas o perjudiciales a través de las redes sociales.

Dichas cuestiones son de especial actualidad y relevancia, y están aún por resolver. Con respecto a ello, la principal problemática básicamente deriva -como ya se ha adelantado- de la falta una precisa regulación de los límites del derecho del trabajador a la libertad de expresión.

Así pues, frente al silencio de la doctrina en esta materia, por su parte, la jurisprudencia italiana empieza ya a ofrecer unas posibles soluciones a los problemas que plantea la expresión de la opinión por parte del trabajador en el ámbito de las redes sociales y, en general, en el ámbito de espacios virtuales (blog, chat y demás áreas telemáticas) 10.

Dichos problemas surgen básicamente porque los espacios virtuales son ontológicamente distintos respecto a los lugares tradicionales de interacción como, por ejemplo, la repartición de folletos (lo que en Italia se suele llamar "volantinaggio"), o los debates en las asambleas, en los foros, en las revistas, etc.

9 FIATA, E.: "Limiti al diritto di critica del lavoratore e controllo di legittimità", *Giurisprudenza Italiana*, 2019, núm. 3, p. 612; MENEGATTI, E.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2008, núm. 3, p. 20869; MUGGIA R.: "Diritto di critica e rapporto di lavoro", *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2004, núm. 2, p.105.

10 *Vid., ex plurimis*, Cass. 18 de julio de 2018, n. 19092; Cass. 6 de junio de 2018, n. 14527; Cass. 26 de septiembre de 2017, n. 22375.

La comparación con los espacios tradicionales de interacción revela las principales peculiaridades de los espacios virtuales de comunicación:

a) en primer lugar, el enorme poder divulgador de instrumentos como las redes sociales, que consenten de compartir, a través de un solo *click*, en tiempo real, cualquier tipo de contenido con un número indeterminado de destinatarios;

b) en segundo lugar, la facilidad de acceso (al ser internet una herramienta al alcance de todos);

c) en tercer lugar, el activismo especial de los usuarios de las redes sociales que nunca parece detenerse.

I. La postura de la jurisprudencia italiana.

Con respecto a las cuestiones hasta ahora planteadas, la jurisprudencia italiana más reciente sobre la materia –retomando los conceptos fundamentales de información y transparencia– ha llegado a afirmar lo siguiente.

Hasta el día de hoy, con referencia a la libertad de expresión del trabajador en general, el ejercicio de dicha libertad se ha considerado procedente y legítimo solo y exclusivamente cuando se realice respetando los límites tanto internos (de la continencia formal, sustancial y material)¹¹ como externos (del respecto de los principios legales y constitucionales), con independencia del número de los destinatarios de la propia opinión.

En cambio, recientemente¹², con referencia específica a la libertad de expresión que ejerce el trabajador en las redes sociales (o en otros espacios digitales o virtuales) la jurisprudencia ha cambiado de opinión, afirmando que hay que distinguir dos hipótesis:

a) la primera concierne los casos en los que la opinión del trabajador se expresa a través de una conversación que, pese a ser virtual, es privada, es decir destinada a uno solo o algunos determinados usuarios de la red (como puede ser un mensaje privado Facebook o WhatsApp entre amigos);

b) la segunda es relativa a los supuestos en los que el trabajador expresa su opinión públicamente, por ejemplo, en el ámbito de una conversación pública realizada a través de las redes sociales o de un contenido publicado en el facebook

11 Dichos límites han sido elaborados por la “Cassazione” a partir de la sentencia n. 1173 de 1986, y han sido reiterados en el tiempo hasta la fecha por la doctrina mayoritaria del propio Tribunal, *vid. DE Mozzi, B.: “I limiti al diritto di critica del lavoratore”, I Lavoro nella Giurisprudenza, 12/2019, pp. 1115 ss., que comenta la sentencia de la “Corte di Cassazione”, sez. lav., de 18 de enero de 2019, n. 1379.*

12 Ya partir de Cass. 10 de septiembre de 2018, n. 21965.

cuando quien lo publica tiene el perfil abierto, esto es que cualquier persona que quiera leer dicha conversación puede hacerlo simplemente accedendo a la correspondiente página web.

Así pues, en el primer caso, siendo la conversación privada, pese a que la opinión del trabajador pueda ser abusiva, vesatoria o injuriosa contra el empresario, no se aplicará el régimen de los límites a la libertad de expresión, también para proteger el derecho a mantener el secreto de las conversaciones privadas garantizado por el ya mencionado art. 15 Cost. It.

En cambio, en el segundo caso, siendo la conversación pública y abierta a número indeterminado de personas, la conducta del trabajador puede llegar a ser relevante bajo el perfil disciplinario y sancionable por parte del empresario si vulnera los límites a la libertad de expresión establecidos por la misma jurisprudencia y por la ley, es decir cuando básicamente perjudican el honor, el nombre, la imagen del empresario.

2. Perplejidades y zonas grises.

A la luz de la nueva postura de la jurisprudencia italiana que se acaba de exponer, cabe reflexionar sobre algunas zonas de sombra y algunas perplejidades que de ella derivan también en consideración de las obligaciones que impone la instauración de una relación de trabajo tanto al trabajador como al empresario.

En especial, con respecto a los deberes del trabajador (de obediencia, diligencia y fidelidad establecidos respectivamente por los arts. 2104 y 2105 del Código Civil Italiano del 1942) se deben tener en cuenta las consecuencias directas que, en clave crítica y evolutiva, derivan de su incumplimiento a través del uso incorrecto de las redes sociales, sobre todo en el plano de la continuidad de la relación laboral.

Todo ello sin abandonar el enfoque sobre las nuevas reglas de conducta que han sido recientemente introducidas por el legislador italiano y comunitario en el marco de la organización empresarial.

Piénsese, como se ha dicho, al art. 4, L. n. 300/1970, reformado por el *Jobs Act*, sobre el control empresarial a distancia y a través de medios tecnológicos y también al Reg. UE n. 679/2016 (GDPR) en materia de Privacy¹³.

Ahora bien, las mayores perplejidades surgen en relación a algunos aspectos en especial, que se exponen a continuación.

13 Con respecto a esta materia, *vid.*, recientemente, PISANI, C., PROIA, G., TOPO, A.: *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022.

a) En primer lugar, cabe preguntarse como se puede distinguir realmente una conversación privada de una conversación pública en el ambito de las redes sociales.

De hecho, no siempre es facil hacerlo. Piénsese, por ejemplo, a una conversación de whatsapp que, aunque inicialmente esté limitada solo a un numero restringido de usuarios, es potencialmente abierta a un numero extensible de conversadores, sin poderlo controlar. Además, el contenido de dicha conversación puede ser reproducido un numero ilimitado de veces y, al mismo tiempo, dirigido a un numero indeterminado de destinatarios¹⁴. Así pues, al tratarse de una conversación que se puede definir, en este sentido, "en continua evolución", será el juez que, frente al caso concreto, deberá elegir (arbitrariamente) si se trata de una conversación que tiene caracter privado o público y, en consecuencia, si se aplicará o menos el régimen de los límites a la libertad de expresión del trabajador. Se trata de una zona gris porque conlleva inevitablemente a un examen excesivamente subjetivo del propio juez.

b) En segundo lugar, otra perplejidad surge en relación a un límite en especial a la libertad de expresión en el ambito de las redes sociales: el de la continencia formal¹⁵. En efecto, no se puede esconder que, hoy en día, nos estamos enfrentando, cada vez con mayor frecuencia, a la tendencia general hacia la utilización, sobre todo en el ambito de las redes sociales, de un lenguaje progresivamente mas agresivo y violento lo que hace necesario volver a plantearse hasta donde llega el límite de la continencia formal con respecto a la opinión expresada en la *web*, puesto que ya no siempre se considera ofensiva según la sensibilidad y la conciencia comunes¹⁶, debiendose pues en este caso también dejar la solución de dicha cuestión a abordar a la valoración personal del juez ante el caso concreto.

c) En tercer lugar, otra cuestión que habria que plantearse es si (y dentro de cuales límites) el empresario puede adquirir y utilizar las informaciones que el trabajador pone dentro de las redes sociales sin vulnerar la normativa de protección vigente en la materia de información y *privacy*.

En efecto, hay que conseguir el equilibrio adecuado con las reglas sobre protección de datos personales. Se alude en especial a las normas de matriz europea sobre *privacy* y al reglamento 679/2016 y sucesivas modificaciones. Sin

14 D'AVERSA, F.: "Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale", *Labour & Law Issues*, 2019, vol. 5, núm. 2, pp. 48 ss, cit.

15 Según la consolidada doctrina de la jurisprudencia de la Cassazione, a parti de la mencionada sentencia n. 1173 de 1987, el límite de la continencia formal se puede definir como la corrección y civilización de la forma expresiva utilizada como vehiculo de la comunicación. Por su parte la continencia "sustancial" consiste en la verdad objetiva de los hechos objeto de la comunicación, y la continencia "material" es que el interes que persigue el trabajador a través de la expresión de su propia opinión merezca ser protegido jurídicamente.

16 DE LUCA, A.: "Diritto di critica del lavoratore", *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2008, núm. 10, p. 938.

embargo, se alude también a los principios constitucionales sobre protección de la confidencialidad de las conversaciones privadas establecidos por el art. 15 Cost. it. y a las normas estatutarias que, por un lado, protegen el trabajador frente al control del empresario (sobre todo cuando este control se realiza a distancia o a través de medios tecnológicos, según lo previsto por el art. 4 del Estatuto) y, por otro lado, siguen protegiéndole estableciendo la prohibición de la investigación por parte del empresario de sus opiniones personales con fines a tomar decisiones en lo profesional (según lo establecido por el 8 del Estatuto).

IV. ¿QUÉ PROBLEMAS Y QUÉ POSIBLES SOLUCIONES?

I. Un enfoque sobre la prohibición de que el empresario indague sobre el trabajador.

El art 8 del Estatuto de los Trabajadores Italiano, en su primer apartado, prohíbe al empresario de realizar investigaciones sobre las opiniones personales (políticas, religiosas o sindicales) del trabajador con fines a contratarle o a sancionarle durante el desempeño de la actividad laboral¹⁷.

Con respecto a dicha prohibición cabe preguntarse si el mero hecho de acceder a la página web de una red social por parte del empresario puede realmente considerarse una investigación prohibida por la ley o no.

Es otros términos, cuando el empresario conoce y obtiene cierta información personal sobre un dependiente porque se ha enterado o ha leído algo que, de forma voluntaria el propio trabajador ha puesto en las redes sociales, lo que ocurre es que el empresario aprende dicho contenido al igual que un número indeterminado de otros usuarios. Así pues, un problema que podría surgir en relación con este asunto consiste en comprender si, en casos como este, estamos o no estamos ante un supuesto de investigación prohibida por la ley.

A este respecto, cabe señalar que no han faltado sentencias del Tribunal Supremo Italiano que han considerado posible la vulneración del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores por el mero hecho de que el empresario visualice la página facebook de un trabajador¹⁸.

Sin embargo, dicha postura podría correr el riesgo de que, paradójicamente, el empresario aun sabiendo que el dependiente está perjudicando públicamente la

17 SCIARRA, S.: "Commentario all'art. 8 della legge 300 del 1970", en GIUGNI, G. (dirigido por): *Lo Statuto dei Lavoratori, Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 88.

18 Vid., por ejemplo, Cass., 19 de septiembre de 2016, n. 18302.

imagen de su empresa en las redes sociales, se encuentre “con las manos atadas” y no pueda sancionarle o adoptar otras medidas disciplinarias de ningún tipo.

Una posible solución jurídica a cuestiones como estas, podría probablemente encontrarse, centrando el enfoque no tanto sobre el primer apartado del art. 8 del Estatuto (que -como se ha dicho- prohíbe al empresario realizar investigaciones sobre las opiniones personales del trabajador), sino sobre la segunda parte del mismo artículo que prohíbe al empresario realizar investigaciones sobre “los hechos no relevantes con fines a la apreciación de la aptitud profesional del trabajador”¹⁹.

Sin embargo, incluso bajo esta diferente perspectiva podrían surgir algunas criticidades hermenéuticas, puesta la naturaleza ontológicamente inseparable de las informaciones compartidas en las redes sociales. Fijense, por ejemplo, en todas las informaciones que podemos encontrar a la vez en una única página personal de facebook de un trabajador: fotos, informaciones sobre su aspecto personal, sobre su familia, sobre sus costumbres y también sobre su trabajo y sobre lo que opina con referencia a la empresa en la que trabaja. Es decir, destaca una heterogeneidad de informaciones acumulativamente compartidas que hace complicado separar los hechos que se refieren a lo personal de aquellos hechos, que, en cambio, “no son relevantes con fines a la apreciación de la aptitud profesional del trabajador” ex art. 8 del Estatuto.

Otro aspecto que cabe considerar concierne la relación entre el art. 8 del Estatuto y el Reglamento europeo sobre protección de datos personales (REG 679/2016/UE)²⁰. La mayoría de los autores suelen relacionar el art. 8 con el art. 9 del Reglamento según el cual “queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones personales, políticas, religiosas, sindicales así como el tratamiento de datos genéticos o relativo a la salud o a la vida sexual dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física”.

Sin embargo, no es menos cierto que estas dos normas se solapan en parte, pues es un poco “la pescadilla que se muerde la cola” porque vuelven a plantearse los problemas de que se ha hablado anteriormente: es decir, es difícil determinar exactamente cuáles son las opiniones del trabajador que pueden ser guardadas por el empresario que les aprende a través de las redes sociales. No obstante, es importante relacionar la norma interna con la comunitaria para diferenciar las

19 Vid. Art. 8, L. n. 300 de 1970, que literalmente establece: “*i fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore*”.

20 OGRISEG, C.: “Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente”, *Labour & Law Issues*, n. 2, 2016; PIZZETTI, F.: *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016.

informaciones que pueden ser objeto de investigación o de tratamiento por parte del empresario de aquellas que no pueden serlo.

Así pues también en este caso, se podría proponer de relacionar no tanto y no solo el art. 8 del Estatuto con el art. 9 del Reglamento; sino el art. 8 con el art. 22 del mismo Reglamento que establece “el derecho de todo interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, que produzca efectos jurídicos en él”.

De esta manera, se podría centrar el enfoque no solo en la obtención de la opinión personal del trabajador por parte del empresario a través de las redes sociales, sino además en el uso posterior de dicha opinión por el empresario que, de acuerdo al art. 8 del Estatuto (leído a la luz del art. 22 del Reglamento sobre protección de datos personales de 2016), no puede considerarla objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado.

En todo caso, en espera de que la jurisprudencia se pronuncie en la materia, es deseable que el legislador introduzca unas normas que puedan actualizar el contenido del art. 8 del Estatuto, armonizándolo con las nuevas reglas europeas sobre protección de datos personal. Desde luego, una intervención legislativa aclaradora nos ayudaría a arrojar luz sobre estas zonas de claroscuro que conotan la libertad de expresión del trabajador en las redes sociales.

2. Apuntes sobre *privacy* y poder de control empresarial a distancia.

El art. 4 del Estatuto, recientemente reformado en Italia por el *Jobs Act* (Dlgs 151/2015)²¹, prohíbe el control empresarial a distancia a través de instrumentos tecnológicos o equipos audiovisuales salvo que dicho control se realice:

- a) por exigencias organizativas o productivas;
- b) por razones de seguridad;
- c) por razones de tutela del patrimonio empresarial.

21 ALVINO, I.: “I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell’intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy”, *Labour Law Issues*, 2016, , núm. 2, I, p. 513; DEL PUNTA, R.: “La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. 151/2015)”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016, p. 77.

Cabe pues preguntarse: ¿cómo afecta el control empresarial a distancia sobre móviles y ordenadores de empresa a la expectativa de intimidad del trabajador que se encuentre consultando a unas redes sociales²² a través de dichos instrumentos²³?

A este respecto, la jurisprudencia, en varias ocasiones, ha considerado procedente el despido del trabajador que utiliza ordenadores o móviles de empresas para conectarse a las redes sociales durante las horas de trabajo, afirmando que, en este caso, no se trata de un control empresarial a distancia prohibido por la ley, sino que se consiste en una conducta del trabajador lesiva del patrimonio empresarial y por ello sancionable incluso con el despido.

Sin embargo, aunque sea así, sería razonable por lo menos introducir un proceso de información para evitar una intromisión excesiva del empresario en la esfera personal del trabajador²⁴ para que este pueda saber con anterioridad y certidumbre cuales son las modalidades y los tiempos a través de los cuales el empresario puede controlar (incluso a distancia) la actividad que desarrolla con su ordenador o y con los móviles de empresa.

Todo ello se hace cada vez mas necesario, sobre todo en relación con algunas nuevas tipologías de trabajo que se desempeñan precisamente a través de las redes sociales. Piénsese, por ejemplo, en los llamados “social media marketing” o en los “influencer” que se están expandiendo hasta tal punto que algunos ya los consideran trabajadores por cuenta ajena²⁵.

A la luz de lo dicho, resulta finalmente verdaderamente complicado poder aplicar correctamente el art. 4 del Estatuto al caso específico de la libertad de expresión en el ámbito de las redes sociales por varias razones:

a) ante todo, por la ausencia de un previo acuerdo sindical o autorización administrativa;

b) en segundo lugar, por la especial mezcla entre datos personales y laborales que caracteriza a los espacios de interacción virtual;

c) por último, por una cuestión de interpretación literal del art. 4 que expresamente habla de la prohibición de instalar “equipos audiovisuales”,

22 INGRAO, A.: “Il controllo a distanza realizzato mediante Social network”, *Labour Law Issues*, vol. 2, núm. 1, 2016.

23 MARESCA A.: “Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2016, p. 513.

24 BARRACO E., SITZIA A., *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, Milano, 2016.

25 D'AVERSA, F.: “Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale”, *Labour & Law Issues*, vol. 5, núm. 2, 2019, cit. pp. 59-60.

refiriéndose pues al lugar físico de la empresa. En cambio, en un espacio virtual, no hay nada que se instale físicamente, sino que es suficiente un *click* para que todo el mundo se entere de las noticias compartidas en la web.

V. CONCLUSIONES.

Encontrar soluciones más ciertas en este ámbito es importante porque están en juego valores y derechos fundamentales que tienen que ver directamente con la dignidad de la persona y el derecho a expresar libremente la propia opinión en un espacio democrático y pluralista, ya sea real o virtual²⁶. Sin embargo, el análisis realizado hasta ahora muestra que las respuestas a las cuestiones planteadas todavía no se dan en el derecho laboral viviente.

No cabe duda de que es necesario encontrar parámetros de interpretación inequívocos en el escenario de inseguridad jurídica descrito anteriormente, ante la extraordinaria penetración de la digitalización en nuestra vida personal, social y laboral.

Todo ello es esencial en el mundo del trabajo para proteger a ambas partes de la relación laboral. A este respecto, además de las fundamentales cuestiones relativas a la privacidad y a la información de los empleados que se han comentado anteriormente, tampoco hay que olvidar la protección del empresario. En efecto, la naturaleza y el tipo de espacio virtual (cerrado o abierto) que, según la jurisprudencia italiana más reciente, se convierte en un criterio selectivo para considerar legítimo o no el comportamiento del trabajador y, en consecuencia, aplicable o no el régimen jurídico de los límites a su libertad de expresión, podría acompañarse por otros criterios que fundamenten, por ejemplo, sobre la valoración de la gravedad de la conducta del trabajador y el posible daño que dicha conducta puede generar a la empresa y a su imagen.

26 DEL PUNTA, R.: "Social Media and Workers' Rights: What Is at Stake?", 2019, *JCLLIR*, núm. 1, p. 79.

BIBLIOGRAFÍA

ALVINO, I.: "I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy", en *Labour Law Issues*, 2, 1, 2016.

BARRACO E., SITZIA A.: *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Milano Wolters Kluwer, 2016.

BOSCATI, A.: "Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza", en PERSIANI, M., CARINCI, F. (dirigido por): *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 2011.

CICCIA MESSINA A., BERNARDI N.: *Privacy e Regolamento Europeo 2016/679*, Milano, Ipsoa, 2016.

COTTONE, M.: "Social Network: limiti alla libertà d'espressione e riflessi sul rapporto di lavoro", en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 4, 2017.

D'AVERSA, F.: "Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei Social Media e dagli altri sistemi di interazione sociale", en *Labour & Law Issues*, 5, 2, 2019.

DEL PUNTA, R.: "La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. 151/2015)", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2016.

DEL PUNTA R.: "Social Media and Workers' Rights: What Is at Stake?", en *JCLLIR*, 2019.

DE LUCA A.: "Diritto di critica del lavoratore", en *Lavoro nella Giurisprudenza*, 10, 2008.

DE MOZZI, B.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 12/2019.

FIATA E.: "Limiti al diritto di critica del lavoratore e controllo di legittimità", en *Giurisprudenza Italiana*, 3, 2019.

GIUGNI, G.: *Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979.

IAQUINTA, F., INGRAO, A.: "Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1, 2015.

INGRAO, A.: "Il controllo a distanza realizzato mediante Social network", en *Labour Law Issues*, 2, 1, 2016.

MARAZZA, M.: "Social, relazioni industriali e formazione della volontà collettiva", in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2019.

MARESCA, A.: "Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori", in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2016, p. 513.

MATTAROLO, M.G.: "Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro", in Schlesinger P. (dirigido por), *Commentario al codice civile*, Milano, 2000.

MENEGATTI, E.: "I limiti al diritto di critica del lavoratore", in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3, 2008.

MUGGIA R.: "Diritto di critica e rapporto di lavoro", in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2, 2004, p.105.

OGRISEG, C.: "Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente", in *Labour & Law Issues*, 2, 2016.

PACE, A., MANETTI, M.: "Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero", in BRANCA, G. (a cura de): *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

PISANI, C., PROIA, G., TOPO, A.: *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022.

PIZZETTI, F.: *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016.

SALAZAR, P.: "Facebook e rapporto di lavoro: quale confine per l'obbligo di fedeltà?", in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 3, 2015, p. 287.

SCIARRA, S.: "Commentario all'art. 8 della legge 300 del 1970", in GIUGNI, G. (dirigido por): *Lo Statuto dei Lavoratori*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1979.

SOFFIENTINI, M.: "Protezione dei dati personali: nuovo Regolamento UE", in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2016.

TENORE, V.: "La libertà di pensiero tra riconoscimento costituzionale e limiti impliciti ed espliciti: i limiti normativi e giurisprudenziali per giornalisti, dipendenti pubblici e privati nei social media", in *Lavoro Diritti Europa*, 25 de julio de 2019.

TULLINI, P. (a cura de): *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, Giappichelli, 2017.