

EL IMPACTO DE LA PRUEBA ILÍCITA DERIVADA DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO: ¿IMPROCEDENCIA O NULIDAD?

RODRIGO MIGUEL BARRIO

Profesor ayudante doctor de Derecho procesal (acreditado a profesor contratado doctor)

Universidad de Burgos

EXTRACTO

Palabras clave: prueba ilícita; despido improcedente, despido nulo

El despido de una persona trabajadora puede tener su justificación en distintas causas, pero ¿qué sucede cuando la prueba utilizada para fundamentar dicha decisión es obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental de la persona empleada? En el presente artículo se analiza la improcedencia o nulidad del despido basado en pruebas ilícitas, considerando las distintas calificaciones que pueden derivarse conforme se adopte la tesis de la nulidad o la tesis de la improcedencia. Se examinan tanto los criterios jurisprudenciales como las normas legales y se reflexiona sobre las implicaciones prácticas que tiene para el personal empleador la propuesta de pruebas ilícitas en el ámbito laboral. Se discute así la necesidad de no aplicar únicamente una de las tesis expuestas para todos los supuestos conocidos, puesto que el órgano jurisdiccional debe de amoldarse a cada caso concreto. Así, se proponen cuatro supuestos en los cuales la prueba ilícita tiene mayor o menos afectación, y por tanto, ha de aplicarse la improcedencia o nulidad del despido conforme las propias características del supuesto.

ABSTRACT

Keywords: *illicit evidence; Unfair dismissal; null dismissal*

The dismissal of an employee may be justified for various reasons, but what happens when the evidence used to support such a decision is obtained by violating a fundamental right of the employee? This article analyzes the impropriety or nullity of dismissal based on illicit evidence, considering the different qualifications that may arise depending on whether the nullity or invalidity thesis is adopted. Both jurisprudential criteria and legal norms are examined, and the practical implications for employers who propose illicit evidence in the workplace are reflected upon. Thus, the need to not apply only one of the exposed theses for all known cases is discussed, since the jurisdictional body must adapt to each specific case. Four cases are proposed in which illicit evidence has a greater or lesser impact, and therefore, the invalidity or nullity of dismissal must be applied according to the characteristics of the case.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL
 - 2.1. Breve aproximación al concepto de medios y fuentes de prueba
 - 2.2. Diferencias entre fuentes y medios de prueba
 - 2.3. Concepto y caracteres de la prueba ilícita
3. TESIS DE NULIDAD VS TESIS DE IMPROCEDENCIA
 - 3.1. Una primera aproximación a la situación
 - 3.2. La tesis de nulidad: motivos que sustentan la calificación del despido como nulo ante la existencia de una ilicitud probatoria
 - 3.3. La tesis de improcedencia: motivos que sustentan la calificación del despido como improcedente ante la ilicitud probatoria
 - 3.4. La STC 61/2021, de 15 de marzo y la tesis de la desvinculación
 - 3.5. Entre la improcedencia y la nulidad: una propuesta para la calificación del despido
4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

El despido es una acción unilateral por la cual se pone fin a la relación contractual entre la persona empleada y la empresa. Puede tener su fundamento en múltiples causas, lo que conlleva que su catalogación sea objetivo o disciplinario. Es este último el que se torna de interés en el presente trabajo, puesto que el despido es una de las sanciones disciplinarias más graves adoptadas por el empresario contra el personal trabajador. Queda inicialmente claro y plenamente aceptado que la persona empleadora, en base a las disposiciones de control y dirección que le reconoce el art. 20.3 ET, puede adoptar medidas de control sobre las personas empleadas. Derivadas de las mismas obtendrá evidencias de la comisión de irregularidades sobre las que asentar y basar las hipotéticas sanciones impuestas sobre las personas autoras de las mismas.

En principio no existe controversia alguna a tal situación. Empero el asunto se torna en un camino fangoso cuando las pruebas se han obtenido bajo una acción vulneradora de los derechos esenciales inherentes a la condición de trabajador como ser humano¹. Son muchas las variables que aquí se vienen a la mente de la persona lectora, pues son muy variadas las posibilidades existentes para que

¹ Antes de adentrarse en el análisis del trabajo, resulta imprescindible hacer una precisa delimitación del objeto de estudio. En este sentido, se debe señalar que el presente artículo parte de una concepción de prueba ilícita que encuentra su origen en una vulneración de un derecho fundamental, y más específicamente, de aquellas pruebas que han sido obtenidas en contravención de los derechos fundamentales de la persona trabajadora en la cual se adopta la medida disciplinaria. Por lo tanto, es importante destacar que cualquier referencia a la prueba ilícita en este estudio debe ser entendida dentro de esta concepción, que se enfoca específicamente en las pruebas obtenidas por las empresas vulnerando los derechos fundamentales de la persona trabajadora en cuestión. Estas situaciones se presentan cuando la parte empleadora ejecuta una medida de control y dirección empresarial que implica una intrusión injustificada en la esfera privada de la persona trabajadora.

pueda producirse una intromisión injusta en la esfera de la persona trabajadora, y más aún con el actual impulso y uso de la tecnología. Esta última otorga una amplia gama de instrumentos que permiten llevar a cabo las labores contractuales de una manera más ágil y eficiente. A su vez, facilita ejercer un exhaustivo control en las dependencias de la empresa, tales y como a través de la instalación de mecanismos de captación de imagen y sonido, sistemas de geolocalización, acceso a los ordenadores de la empresa y/o cuentas institucionales de correo electrónico, o incluso, deviniendo de interés en los últimos tiempos, el acceso a las redes sociales de las personas trabajadoras. Tantos nuevos instrumentos llevan a una amplia posibilidad de violar un derecho fundamental. Cada método de control tiene una finalidad muy distinta, y a su vez todos ellos permiten una intromisión rápida en todos los niveles de intimidad de la persona trabajadora mientras ejerce sus labores contractuales. La tecnología se convierte en un fuerte aliado de la parte empleadora en su interés de dirección del seno empresarial, pero a su vez en un peligroso arma contra los derechos de la parte empleadora, puesto que facilitan el ejercicio de estas labores de control en todos los niveles.

Es de interés efectuar un estudio en aras de llevar a cabo un análisis sobre las consecuencias existentes cuando una prueba es declarada ilícita en un proceso por despido, y consecuencia de tal valoración probatoria, determinar cómo ha de ser calificado el mismo. Una cuestión bastante común, y que los órganos jurisdiccionales no han mostrado excesiva clarividencia, llegando a aplicar tesis contrarias al propio enunciado de la normativa procesal laboral conforme las necesidades y caracteres subyacentes del litigio conocido. Ello genera a su vez una insatisfacción de los diferentes operadores jurídicos y contractuales ante el muy variado maremágnum de pronunciamientos judiciales no unánimes. En estos supuestos, en los cuales el despido se basa en una prueba ilícita, la jurisprudencia ha venido aplicando dos opciones para la calificación del despido: improcedencia o nulidad. Las consecuencias son muy dispares. En el primer supuesto se permitirá a la parte empresarial optar entre la readmisión de la persona trabajadora y el abono de los salarios de tramitación o, en caso de no desear que continúe en el organigrama de la compañía, proceder a la indemnización por la cuantía legalmente fijada (art. 56 ET). Por su parte, en el segundo de los supuestos, la consecuencia jurídica derivada de la adopción de esta medida disciplinaria basada en una violación de derechos fundamentales será la readmisión obligatoria de la persona trabajadora en su puesto de trabajo (art. 55.5 ET) y el abono de los salarios de tramitación. En este último supuesto ha de exceptuarse los supuestos de imposibilidad (por ejemplo, por desaparición de la empresa), o por motivos de acoso laboral, sexual, por razón de género o violencia de género, en los cuales sea más conveniente la extinción de la relación laboral que la reincorporación al puesto de trabajo.

Por tanto, y ante estas dos posibles consecuencias dispares que están siendo aplicadas por la jurisprudencia ante un mismo hecho (prueba ilícita justificadora de la adopción de una medida disciplinar como es el despido), es necesario

llevar a cabo un análisis de las diferentes líneas jurisprudenciales existentes y de su conexión con la norma para, y a modo conclusivo, valorar la influencia que la prueba ilícita ha ocasionado en el proceso, y la posibilidad de determinar la declaración de improcedencia o nulidad del despido. Así, el objeto del presente trabajo se centra en otorgar una respuesta en la cual se finalice el eterno debate existente acerca de qué calificación otorgar al despido.

2. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL

Antes de adentrarnos en el examen de la clasificación del despido en aquellos casos en los que se obtiene prueba de forma contraria a los derechos fundamentales de los trabajadores, es necesario realizar una breve aproximación a los conceptos de prueba y su carácter ilícito.

2.1. Breve aproximación al concepto de prueba

El término “prueba” tiene su origen en las expresiones latinas *probus* y *probatio*, las cuales enfocaban su interés en la idea de demostrar una realidad que había sucedido². De este plano, se puede entender que la nomenclatura “prueba” se basa en un instrumento de verificación de hechos ocurridos en un momento específico y entre un grupo de personas determinado. Igualmente podría ser entendido como una actividad para valorar aquellos hechos que son controvertidos y que permite al órgano judicial poder resolver acerca de las pretensiones interpuestas por las partes del proceso³. La prueba se transforma así en un conjunto de medios utilizados para demostrar la verdad o falsedad de los hechos objeto de prueba. De aquí surge una cuestión a tener en cuenta, ¿qué es el término “verdad”? Hay que plantear la presente pregunta desde un prisma exclusivamente judicial, por el cual la relación llevada a cabo se sustente entorno a la aplicación de la ley y los hechos controvertidos alegados, obteniéndose así un resultado en el cual es el órgano judicial quien se pronuncia acerca de qué hechos han sido comprobados y cuales no han podido demostrarse.

Se entiende así que el objetivo de la práctica probatoria no es más que verificar una serie de hechos⁴, o igualmente una realidad que ha sido percibida y sentida por los litigantes en el momento de la confrontación o inicio de la disputa. De esta

² Cornejo Aguiar, J. S. y Piva Torres, G. E., *Teoría general de la prueba*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2020, p. 14.

³ Sobre tal cuestión, manifiesta Carnelutti, F., *La prueba civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 43, que la prueba debe de limitarse a los “procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos controvertidos”.

⁴ Sentís Melendo, S., *La prueba*. Ediciones Ejea, Buenos Aires, 1947, p. 12.

forma, las partes acuden ante los órganos jurisdiccionales a defender esta realidad, su propia perspectiva del conflicto. Las pruebas sirven como un instrumento o medio de verificación de las afirmaciones de hechos que alegan en sede judicial⁵. Así, la “verdad” no es realmente el objetivo por el cual las personas litigantes acuden ante el tribunal, sino que su objetivo tiende a la búsqueda de un resultado formal⁶ que se acomode respecto a las pretensiones buscadas.

De las líneas expuestas se han podido advertir una serie de características que engloban a la institución de la prueba (o también evidencia si se torna a la utilización de vocablos con orígenes en el derecho anglosajón, y más exactamente a la locución *evidence*). Para Muñoz Sabaté⁷ “todo lo que es prueba, es prueba, aunque dogmáticamente no sea prueba”. Esta definición conduce una interpretación excesivamente amplia y abstracta que no termina de ofrecer una solución real a la problemática derivada de la búsqueda de un concepto lo más uniforme posible. Que cualquier elemento propuesto como prueba en sede judicial sea tenido como tal, sin entrar en sus requisitos formales o materiales, no supone una real definición del término aquí estudiado, aun cuando pueda llegar a tener relevancia procesal. Se tiende en mayoría a ofrecer una idea de prueba que enlaza la misma al procedimiento⁸ para la acreditación de los hechos afirmados. Entenderlo como un resultado⁹ ofrece un paso que va más allá, permite la apertura de un camino hacia las virtualidades del proceso probatorio y la idea de convencimiento intelectual del órgano juzgador. Esto se lleva a cabo a través de un conjunto de percepciones sensoriales que son expuestas por las partes a través de la práctica probatoria y percibidas por el órgano judicial a través de la lectura de los escritos, la escucha de los interrogatorios y la visualización y observación directa de los objetos o imágenes que le sean allí reproducidas.

En esta línea basa su planteamiento Abel Lluch¹⁰, quien entiende que la prueba debe equipararse a actividad desarrollada en el ámbito judicial, tanto por los litigantes como por el juez, y su propósito consiste en comprobar las aseveraciones

⁵ Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 38.

⁶ Cortés Domínguez, V., “Concepto y objeto de la prueba”, en M.I. González Cano (dir.) y M.I. Romero Pradas (coord.), *La prueba. Tomo I. La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19-55, esp. p. 21.

⁷ Muñoz Sabaté, L., *Curso superior de probática judicial, cómo probar los hechos en el proceso*, La Ley, Madrid, 2012, p. 57

⁸ Guasp Delgado, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 320-321.

⁹ Gómez del Castillo y Gómez, M.M., (2001) “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 1/2001, pp. 77-90, esp. p. 78.

¹⁰ Abel Lluch, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en X. Abel Lluch (Dir.) y J. Picó i Junoy (dir.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 17-46, esp. pp. 20-21.

sobre hechos expuestas por las partes. Se entiende la misma como pilar básico sobre el cual debe fundarse la resolución del órgano judicial, quien motivará qué pruebas han sido relevantes para su decisión. A partir de esta idea central, se derivan diversos puntos de vital importancia que procedemos a desarrollar. Así, y en primer lugar, se subraya que corresponde a las partes la iniciativa probatoria, quienes deben aportar todo el material fáctico que sea relevante para el asunto, con la finalidad de probar la existencia o inexistencia de los hechos que vienen siendo alegados. No obstante, se reconoce la existencia de concesiones en favor del órgano judicial para practicar la prueba, como ocurre en el caso de las diligencias finales. En segundo lugar, se destaca que el objeto de la prueba está directamente relacionado con la causa petendi manifestada en los escritos de exposiciones de los litigantes. Es decir, la prueba debe estar estrechamente vinculada a la pretensión que las partes buscan hacer valer en el proceso judicial. En tercer lugar, se enfatiza que la finalidad de la prueba es valorar los hechos afirmados por las partes, utilizando los medios que se consideren más apropiados para someter dichas valoraciones al criterio del juez. La prueba es esencial para establecer los hechos relevantes del caso y poder tomar una decisión justa y basada en el derecho aplicable. En cuarto y último lugar, se hace hincapié en que el órgano judicial debe emitir una respuesta fundamentada y motivada, a través la cual se efectúe una valoración de las pruebas que se han considerado pertinentes, útiles y fiables para la resolución del asunto. Dicha valoración puede basarse en reglas preestablecidas o en la sana crítica del juez, pero en todo caso, es fundamental para garantizar una decisión justa y adecuada a las circunstancias del caso en cuestión.

El proceso jurisdiccional se sustenta en un planteamiento racional, que busca arribar a una decisión basada en la práctica de diversas pruebas aceptadas por el órgano jurisdiccional. La prueba se convierte en un factor fundamental en la tramitación de actuaciones procesales. Su objetivo principal es demostrar la veracidad o falsedad de ciertos hechos y proporcionar al juez una base racional para tomar una decisión justa. La verdadera utilidad de la prueba reside en persuadir al órgano juzgador acerca de los hechos relevantes del caso y que, por ende, tienen valor procesal. La práctica probatoria es vital para que el juez pueda tomar una decisión fundamentada y motivada. Debe valorar la credibilidad de cada medio de prueba presentado en la sala de acuerdo con sus propias máximas de experiencia y las aportaciones de las partes involucradas. La función de la prueba es demostrar las afirmaciones realizadas por las partes y dotar al juez del conocimiento necesario para seleccionar la versión que considera más veraz y justificar su elección. En síntesis, la prueba es un componente crucial en la búsqueda de una decisión justa, equitativa y no arbitraria en un proceso judicial.

Este último aspecto ha de ser reevaluado, puesto que el clásico concepto de prueba es completado como resultado del advenimiento de las tecnologías emergentes a las relaciones humanas, y especialmente, al proceso judicial. Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) han procedido a efectuar una

abrupta entrada en todos los niveles, tanto sociales, laborales como procesales. No son pocos los procedimientos actuales en los cuales la práctica probatoria basa su gran mayoría de actuaciones en instrumentos tecnológicos (captación de imágenes y sonido en su gran mayoría). Se lleva el plano judicial y procesal a un nuevo *status* necesario de adaptar conforme las ventajas y desventajas que implica el uso de la tecnología. Así, y ante la gran complicación, especialmente relativa a la locución utilizada para ello¹¹, que supone llevar a cabo una definición de prueba tecnológica¹², se ha de partir del estudio basado en el aspecto que le diferencia respecto a la prueba en sentido clásico, y este sería el mecanismo utilizado para su captación y reproducción, así como el soporte en el que se almacena¹³, sin obviar su contenido¹⁴.

2.1. Diferencias entre fuentes y medios de prueba

Siguiendo a Montero Aroca¹⁵, existen notables diferencias entre el concepto de fuente y medio de prueba, lo que conlleva desgranar adecuadamente ambos para un correcto entendimiento de las instituciones aquí analizadas. Las fuentes de prueba se entienden como un concepto metajurídico, y son elementos que

¹¹ Tal y como recoge Arrabal Platero, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35-41, el término ha llevado a ser aplicado de muy variadas formas, siendo ampliamente aceptados los vocablos prueba electrónica o tecnológica, pero coexistiendo con otros más dispares como informática, cibernética, digital o telemática, conviviendo las mismas como sinónimos o complementos para determinados asuntos.

¹² Aun así, no han sido pocos los autores que se han aventurado a ofrecer una definición de una institución tan cambiante conforme la aparición de las nuevas realidades tecnológicas habidas en cada momento histórico. Para De Urbano Castrillo, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47-48, son los dispositivos que pueden reproducir palabras, sonidos e imágenes, y a los instrumentos que permiten archivar, consultar o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas relevantes para el caso, ya sea de índole contable o de otra naturaleza. Ofreciendo un concepto más amplio Abel Lluch, X., *Prueba electrónica*, en X. Abel Lluch (dir.) y J. Picó i Junoy (dir.), *La prueba electrónica*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2011, pp. 21-230, esp. p. 33: “información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso. Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel -por citar algunos ejemplos-, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una “prueba electrónica” o “documento electrónico”, aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes”.

¹³ Sanchís Crespo, C., “La prueba en soporte electrónico”, en E. Gamero Casado (coord.) y J. Valero Torrijos (coord.), *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 707-734, esp. p. 173.

¹⁴ Sobre la importancia de valorar el contenido, véase Delgado Martín, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 40, quien lo define como “toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio”.

¹⁵ Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007, p. 150.

existen en la realidad, previos al proceso, y que están en contacto con el objeto del mismo. Pueden ser ilimitadas –razón a que su existencia se sitúa en un plano extrajudicial, y corresponden a la interacción del conflicto u objeto del proceso con las diferentes realidades existentes- y cada parte tiene la responsabilidad de investigar y presentar aquellas que sean relevantes para el caso¹⁶. De estos “germinan” los medios de prueba, los cuales pueden ser definidos como aquellas fuentes probatorias que las partes han elegido para fundamentar sus argumentos en un asunto específico, siendo debidamente propuestas para su admisión y valoración por el juez en el proceso judicial. A diferencia de los anteriores, estos están limitados, puesto que su conocimiento debe de situarse en un plano judicial, y no todas las realidades existentes pueden ser trasladadas al proceso. Así, para llevar a cabo esta “depuración” o “purga” entre las fuentes de prueba y los medios de prueba, a los litigantes les compete la tarea de seleccionar aquellas fuentes de prueba que entiendan más acordes para la defensa de sus intereses procesales. El órgano judicial tiene la responsabilidad de decidir qué pruebas son admisibles y cuáles no, evaluar su legalidad, pertinencia y utilidad. Es en los medios de prueba donde puede encontrarse la ya citada función de convencimiento del órgano juzgador, puesto que los mismos se formulan en vistas de conseguir probar la veracidad de las afirmaciones expuestas por cada parte. Es así un elemento para dar a conocer un hecho, conllevando de esta manera un resultado probatorio¹⁷.

El art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge el catálogo existente de medios de prueba, denominándolos como aquellos que se podrán hacer uso en juicio. Desarrolla así el legislador un *numerus clausus* de los medios de prueba existentes en el proceso civil, de carácter finito, que otorga seguridad a las partes acerca de qué puede ser propuesto. Estos instrumentos podrían catalogarse como aquellos medios de prueba clásicos o tradicionales, utilizados desde un punto de vista histórico como las únicas vías para la resolución de los conflictos, y debidamente adaptados a las necesidades de las partes y el orden jurisdiccional donde son propuestos y practicados. Desde un prisma laboral, los medios de prueba vienen recogidos en el art. 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el cual se valora la admisibilidad de las pruebas. Recoge en su primer apartado que los litigantes podrán valerse de los medios probatorios previstos en la norma siempre y cuando justifiquen la relevancia y pertinencia de los mismos. A partir de aquí, se recoge en los artículos posteriores los clásicos métodos probatorios compuestos por los interrogatorios de parte y testigo, la prueba documental, la prueba pericial, el reconocimiento judicial y el informe de expertos.

El avance tecnológico ha venido ocasionado la aparición de nuevas realidades en la sociedad, de nuevos instrumentos utilizados por la ciudadanía para llevar a cabo sus propias relaciones interpersonales y contractuales. Partiendo así desde este

¹⁶ Abel Lluch, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., p. 24

¹⁷ Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 447-450.

prisma, la normativa procesal, a través de cláusulas abiertas y generales, recoge la posibilidad de la utilización de estas nuevas vías en el seno del proceso judicial. El inciso segundo del art. 299 LEC prevé la posibilidad de admitir los medios que permiten la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y aquellos dispositivos que posibilitan la conservación, acceso y reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra naturaleza. Muy similar ha sido igualmente desarrollado por el art. 90. LRJS, mostrando su finalidad en su propuesta cuando estos devengan de interés en la materia que se trate en el juicio pendiente. Se parte así de ofrecer habilitación procesal a la existencia de múltiples nuevos instrumentos utilizados en los pleitos judiciales y que ofrecían situaciones y posibilidades que iban más allá de los tradicionales planteamientos de prueba existentes. Así, y conforme correctamente manifiesta Ortuño Navalón¹⁸, estos artículos recogen como fuente de prueba las imágenes, videos e informaciones, mientras que los soportes de almacenamiento descritos en el articulado comprenderían los medios probatorios¹⁹.

El tercer apartado del artículo analizado de la LEC puede ser entendido como un cajón de sastre, el cual recoge, acertadamente, la posibilidad de que el órgano judicial pueda aceptar cualquier otro medio de prueba²⁰ y tomar las medidas necesarias para su efectiva práctica y despliegue de efectos oportunos si fuera de interés para obtenerse certeza relativa a los hechos relevantes del asunto. El aspecto sustancial del mismo es ofrecer un *numerus apertus* para la propuesta y admisión de fuentes probatorias desconocidas en el momento de la redacción del precepto. No se pretende en el actual apartado abordar las diferentes posturas existentes tanto

¹⁸ Ortuño Navalón, M.C., *La prueba electrónica ante los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 35.

¹⁹ Algunos autores como Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2000, pp. 168-170, o Durán Silva, C.M., *La videovigilancia en el proceso penal. Tratamiento procesal y eficacia probatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 220-221, han efectuado críticas a la redacción del segundo apartado del artículo 299 LEC, al entender que la misma conlleva una postura evidenciada por el legislador que podría resumirse en que los medios tecnológicos sean entendidos como una modalidad especial de prueba documental y carente de sustantividad propia. Así, ambos autores parten igualmente de la idea de que realmente el precepto ofrece una línea de continuidad al situarles en el mismo plano que los medios tradicionales bajo el vocablo utilizado “también”.

²⁰ Recoge Abel Lluch, X., *Prueba electrónica*, op. cit., p. 64 que el precepto debe de ser interpretado como alusión a cualquier fuente de prueba y no medio. Sobre tal cuestión se pronuncia Montero Aroca, J., *Introducción al derecho procesal laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 488, entiende que la terminología “medios de prueba” únicamente puede ser aplicada a los instrumentos recogidos en el apartado primero del art. 299 LEC; los restantes apartados recogerían nuevas fuentes probatorias que pueden ser aportadas al proceso a través de una adaptación de los anteriores medios de prueba para su correcta propuesta, práctica y valoración.

en la doctrina²¹ como en la jurisprudencia²², las cuales parten de aplicar un concepto amplio de prueba documental e incluir en la misma los mecanismos tecnológicos, en el cual deben de incluirse los mecanismos tecnológicos, hipervalorizando el concepto de documento. Simplemente, y sin ánimo exhaustivo, es necesario partir de la idea de “independizar”²³ la prueba electrónica o tecnológica -preservando su propia naturaleza²⁴- para ofrecer una respuesta acorde a las nuevas realidades, especialmente aquellas percepciones adquiridas por una Inteligencia Artificial o cualquier otra tecnología disruptiva.

2.3. Concepto y caracteres de la prueba ilícita

La institución jurídica de la prueba ilícita es una figura de amplia controversia. Su falta de uniformidad en cuanto a su aplicación ha venido degenerando el concepto inicialmente desarrollado sobre la misma en el art. 11.1 LOPJ, hasta tal punto que recientemente se ha empezado a entender que podemos estar ante el final de la misma²⁵. Tomando posiciones menos extremistas, no es menos cierto que la jurisprudencia aplica tesis y excepciones que restringen el concepto inicial de prueba ilícita acuñado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Así, y gracias a tal pronunciamiento, se transcribió el actual art. 11.1 LOPJ, por el cual la prueba ilícita es aquella que en su obtención se hayan vulnerado los derechos o libertades fundamentales²⁶. Se observa de esta manera

²¹ Véase, a modo de ejemplo, Montón Redondo, A., “Medios de reproducción de la imagen y del sonido”, *Cuadernos de derecho judicial*, 7/2000, pp. 173-202, esp. p. 180. En la misma línea puede situarse Nores Torres, L.R., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales. Aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de información laboral*, 7/2016, pp. 21-52, p. 48, para quien es necesario llevar a cabo un análisis *case by case* pero, a su vez, tiende a atribuir el carácter de prueba documental a ese tipo de pruebas derivadas del uso de las tecnologías.

²² El interés de catalogar a la prueba tecnológica como prueba documental radica en poder aplicar la tesis establecida en el art. 193 letra b), por el cual, y mediante el recurso de suplicación, se podrán “revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales [...]”. Así, han sido múltiples los pronunciamientos que han optado por aplicar esta tesis, tales y como STSJ, Sala de lo Social, Galicia, de 28 de enero de 2016, ECLI:ES:TSJGAL:2016:173; STSJ, Sala de lo Social, Madrid, de 27 de julio de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:8724.

²³ Ya el propio texto procesal civil, en su exposición de motivos, ofrece una idea de confeccionar a la prueba tecnológica como un tipo de prueba independiente con una serie de garantías propias para su valoración probatoria (art. 382.1 LEC)

²⁴ Bueno de Mata, F., “La validez de los “screenshots” o “pantallazos” como prueba electrónica a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en F. Bueno de Mata (coord.), J. Pérez Gaipo (coord.) y A. Neira Pena (dir.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 141-152, esp. p. 144.

²⁵ A tal ejemplo véase Ascencio Mellado, J.M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, 9499/2019.

²⁶ Es necesario efectuar una diferenciación del término prueba ilícita de otras locuciones con significado similar pero distinto. Así, la prueba irregular es aquella en la que para su obtención se ha

cómo el concepto es sencillo y claro, puesto que la LOPJ únicamente hace referencia a la transgresión de un derecho constitucionalmente catalogado como fundamental. Manifiesta Picó i Junoy²⁷ que es necesario valorar si la noción de prueba ilícita es amplia o restrictiva, lo que lleva al autor hacia una concepción genérica que englobe los términos “fuente” y “medio” dentro del articulado expuesto. Compartimos tal opinión, puesto que el precepto manifiesta una terminología que nos lleva a aplicar ambas locuciones. Y exactamente así queda reflejado cuando se indica “obtenidas”, lo que nos conduce inexorablemente a la fuente de prueba; y “no surtirán efecto”, lo cual es un claro indicador de la existencia de un resultado consecuencia de la práctica de un medio de prueba.

Genera mayores controversias la regulación expuesta en el art. 283.3 LEC, el cual manifiesta que bajo ninguna circunstancia se aceptará como prueba cualquier acción que esté prohibida por la norma. Esta definición tiene un carácter más amplio, pues engloba en principio a la vulneración de ley ordinaria. La interpretación de este precepto debe de llevarse a cabo desde un punto de vista restrictivo. El articulado de la ley procesal civil regula criterios de admisión de pruebas, lo que nos conduciría a entender que viene a recoger, al igual que manifiesta la LOPJ, una vulneración de un derecho fundamental²⁸. No obstante, esta opinión no es pacífica. Es ampliamente aceptada la postura de entender que el articulado de la norma procesal civil engloba una vulneración de las normas legales, esto es, una vulneración de una ley ordinaria o de un derecho fundamental²⁹.

vulnerado una normativa procesal pero sin afectación de un derecho fundamental (Arrabal Platero, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, op. cit., p. 73). Se entiende así que la infracción cometida es de carácter leve, no genera indefensión y puede ser debidamente subsanada, lo que conllevaría su admisión y práctica en el proceso. De igual interés radica el concepto de prueba prohibida, el cual ha venido siendo mayormente confuso y equiparado tanto a prueba irregular como a prueba ilícita. Lo trascendental en la misma radica en que es una vulneración que ha podido afectar tanto a derechos fundamentales como a derechos con un menor rango de protección. Así, y en consonancia con el art. 90.2 LRJS, si la prueba prohibida afectase a un derecho fundamental, su efecto será equivalente al de la prueba ilícita, puesto que deberá de ser inadmitida del proceso tal prueba así como aquellas sobre las que exista un efecto reflejo y deriven o traigan causa de la misma. Por el contrario, si la prueba prohibida no afectase a un derecho fundamental sino a una cuestión de legalidad ordinaria, podrá ser excluida únicamente esta prueba si no fuere subsanada, en caso de que se pudiera.

²⁷ Picó i Junoy, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch (coord.) y J. Picó i Junoy (coord.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 17-48, esp. p. 20.

²⁸ Sobre tal cuestión, Picó i Junoy, J., “Alcance de la prueba ilícita en la LEC”, *Justicia: revista de derecho procesal*, 3-4/2007, pp. 122-124, esp. p. 123, entiende que la LEC parte de un concepto estricto de prueba ilícita en aras de establecer criterios para evitar la infracción del procedimiento. Esto nos llevaría a que no puede estar aduciendo a cualquier norma, sino exclusivamente a aquella de carácter constitucional.

²⁹ Sobre esta postura véase Moreno Catena, V., “Comentario al art. 287”, en F. Escribano Mora (coord.), *Proceso civil. Libro II. artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 2213-2228, esp. p. 2228, para quien, la ley procesal civil se caracteriza por elaborar un

Siguiendo la idea de la STC de 29 de noviembre de 1984³⁰, la prueba ilícita se torna en un inicial camino sencillo, pero poco a poco controvertido. La falta de posibilidad de valoración procesal puede existir como resultado de una salvaguarda objetiva e implícita en el sistema de protección de los derechos. Esta circunstancia no se origina necesariamente por la afectación de un derecho fundamental específico. Tal garantía puede exigir la exclusión de toda prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. Es esencial señalar que la admisión hipotética de una prueba obtenida de forma ilícita no implica automáticamente una lesión a un derecho fundamental. Esto no significa que la admisibilidad de pruebas ilícitas y su posterior uso en la toma de decisiones, no puede ser considerada como completamente ajena a la protección de los derechos fundamentales, garantizados por el recurso de amparo constitucional. La potencial afectación y lesión a dichos derechos solo pueden ser evaluadas en relación con los derechos que se materializan en el contexto del proceso.

En el ámbito procesal laboral, la prueba ilícita cobra particular importancia al momento de analizar la relación contractual existente entre el personal empleado y el empleador. El poder de dirección y control ejercido por la empresa con el fin de establecer una correcta ordenación del trabajo puede, en ciertas ocasiones, significar una intromisión injusta en el ámbito personal de la persona empleada. Ello tendría como consecuencia una prueba cuyo origen radica en una vulneración de los derechos fundamentales de la persona empleada. Esta problemática se vuelve aún más delicada en una perspectiva temporal reciente, ya que la aparición de distintas tecnologías de la información ha brindado nuevos métodos de control a favor de las empresas. Esto ha permitido la captación de datos sensibles de las personas afectadas por dichos dispositivos, lo que genera controversias en relación a la confidencialidad y salvaguarda de la información personal.

El segundo apartado del art. 90 LRJS recoge una definición igual a la ya aducida previamente. Determina que la prueba ilícita es aquella cuyo origen u obtención provenga de procedimientos en los cuales se hayan violado derechos fundamentales o libertades públicas. Esta definición en una norma procesal social prosigue con el planteamiento efectuado por la LOPJ, la cual no hacía otra cosa que normativizar los extremos expuestos por la doctrina constitucional. Al retrotraernos a la pretérita sentencia de 1984, es de interés resaltar que este pronunciamiento,

criterio más amplio de prueba ilícita, lo que incluiría cualquier prueba alcanzada o realizada en contravención a las leyes constitucionales. o de legalidad ordinaria.

³⁰ Conforme manifiesta Fuentes Soriano, O., “La prueba prohibida aportada por particulares a la luz de las nuevas tecnologías”, en J.M. Asencio Mellado (coord.) y A. Rosell Corbelle (coord.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2020, pp. 715-745, esp. p. 736, la importancia de este pronunciamiento es primordial para la regulación de la institución aquí estudiada, puesto que produjo un “giro copernicano” en la concepción existente sobre la misma elaborando unos límites en la prueba que confeccionaron a la misma como una garantía procesal.

el cual llevó a un cambio profundo y transformador en la forma en que se entendía la prueba ilícita en el derecho nacional, resolvía una cuestión nacida en el ámbito laboral. Así, puede observarse que la institución relativa a la prueba ilícita tiene su origen en una cuestión contractual, y exactamente, en la obtención de la prueba a través de una grabación de una conversación sin comunicación ni consentimiento del otro interlocutor. Este inicial posicionamiento, en el cual se elabora un concepto de prueba ilícita caracterizado por su rigidez y garantismo de los derechos procesales de las partes, ha sido limitado a través de distintas posturas basadas en la ponderación de intereses en juego como método a aplicable³¹. En consecuencia, la evaluación de las pruebas en estos casos requiere de un examen riguroso de su origen y de la legitimidad de los métodos empleados para obtenerlas, a fin de proteger los derechos fundamentales del personal trabajador y garantizar el respeto de su esfera privada. Este proceso debe llevarse a cabo de manera rigurosa y justa, a través de un enfoque equilibrado que busque armonizar los intereses del empleador y del trabajador. Y para ello, los tribunales nacionales han ofrecido soluciones basadas en un juicio de proporcionalidad que ofrezca, en cada caso concreto, una respuesta ponderada acerca de la admisión de una prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental.

La aparición y desarrollo de los variados instrumentos tecnológicos ha propiciado una inevitable transformación en cuanto a la ejecución de las tareas laborales. Su principal consecuencia es una notable incidencia e intromisión en la preservación de los derechos fundamentales del personal laboral. En efecto, la utilización de herramientas tecnológicas, en particular aquellos que posibilitan la monitorización de la persona empleada, ha provocado una invasión en la esfera privada de los mismos. Ello ha dado lugar a una serie de situaciones en las que se han violentado algunos de los derechos más elementales que protegen a la persona humana en el seno empresarial. Este nuevo entorno digital y telemático ha posibilitado la obtención de pruebas que, en muchas ocasiones, han sido obtenidas mediante la vulneración de los derechos del personal laboral, con lo que se compromete gravemente la validez y admisibilidad de tales elementos probatorios en el seno del proceso judicial. En suma, la aparición de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo ha supuesto una mayor vulneración de los derechos fundamentales en el seno empresarial, al otorgar una mayor capacidad de control y monitorización sobre las actividades laborales, lo que conlleva un notable riesgo de lesión en los derechos humanos de los mismos. Y esto lleva a la pregunta objeto del presente trabajo, ante un despido justificado en una prueba ilícita, cual es

³¹ Para un estudio acerca de la utilización del juicio de ponderación o proporcionalidad en el ámbito social puede acudirse a los pronunciamientos de mayor relevancia en el plano constitucional tales y como SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 29/2016, de 3 de marzo; 119/2022, de 29 de septiembre. Desde una óptica supranacional, véase SSTEDH asunto Bărbulescu contra Rumania, de 5 de septiembre de 2017; asunto López Ribalda y otros c. España II, de 17 de octubre de 2019.

la consecuencia de tal vulneración de un derecho fundamental, ¿la improcedencia, la nulidad o una tesis intermedia que admita ambas posturas?

3. TESIS DE NULIDAD vs TESIS DE IMPROCEDENCIA

En el presente apartado se va a proceder a efectuar un análisis acerca de las actuales calificaciones que llevan a cabo los órganos judiciales sociales cuando conocen de un asunto en el cual existe una prueba ilícita. Así, el estudio se va a centrar en abordar las tesis de nulidad y de improcedencia, comprender su aplicación, sus fortalezas y debilidades. A modo de corolario, se expresa una propuesta intermedia en la cual se determina la imposibilidad de aplicar las anteriores tesis de manera general, optándose por un análisis particular *case by case*.

3.1. Una primera aproximación a la situación

En España, el despido se rige por una normativa que establece que debe ser causal, es decir, debe estar justificado por alguna causa objetiva o disciplinaria, tal y como se estipula en los artículos 52 y 54 ET. En otras palabras, no basta con la simple declaración de voluntad de la empresa, sino que ésta debe alegar y probar la existencia de una causa que justifique la extinción del contrato laboral. Sin embargo, en aquellos casos en los que se reconozca la imposibilidad de demostrar dicha causa, se aceptará la calificación del despido como improcedente. El problema radica cuando la causa que justifica la extinción de la relación laboral tiene su fundamento en una vulneración de los derechos fundamentales. La respuesta a esta cuestión ha venido siendo ampliamente controvertida, puesto que los pronunciamientos habidos en la materia, especialmente dentro del seno de los Tribunales Superior de Justicia, no han ofrecido una tesis unánime, sino que han variado entre diferentes planteamientos.

Por líneas generales, en los despidos, especialmente aquellos de índole disciplinario, el acervo probatorio no está compuesto por más de una, dos o tres pruebas. A su vez, y en múltiples ocasiones, se encuentran conexas entre ellas, esto es, la segunda y la tercera son derivaciones de la primera. La obtención de pruebas puede ser consecuencia de una sospecha o de un mal hacer empresarial que suponga una injerencia injusta en la esfera personal de la persona trabajadora. Así, si es en la prueba originaria la que recaen dudas acerca de su licitud, esta situación puede llevar a aplicar a las pruebas derivadas o reflejas la misma consecuencia jurídica que a la primera prueba puesta en tela de juicio. La existencia de un nexo causal entre las pruebas llevaría a determinar que todas ellas obedecen a un mismo acto ilícito, no teniendo ninguna de ellas cabida en el proceso judicial. Aun así, también puede darse a cabo la situación por la cual las pruebas propuestas carezcan de relación entre las mismas. Aun ante la existencia de una prueba ilícita, las restantes pruebas aportadas no deriven de ella, sino que su obtención sea autónoma

e independiente. Aun cuando ambos escenarios poseen un denominador común -la existencia de una prueba ilícita-, deben de carecer de un mismo tratamiento y resultado, puesto que el material probatorio restante es distinto.

Aunque inicialmente los planteamientos de los órganos jurisdiccionales se enfocaban exclusivamente en la práctica realizada, la tendencia desde el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y la actual norma procesal laboral, han tendido a valorar igualmente cual era la intención del empresario³² y la posibilidad de ponderación de los intereses en juego. Y es la normativa la cual ofrece una serie de ideas para decidir si la prueba ilícita ha de conllevar la improcedencia o nulidad del despido.

En el ámbito del proceso social, especialmente en los despidos disciplinarios, el art. 105 LRJS regula la necesidad de la parte demandada, conforme a las inversiones de carga probatoria que se aplican en este tipo de procesos especiales, de justificar y probar el despido. En el supuesto en que la parte demandada no llevare a cabo la labor que la normativa le exige, se aplica una presunción de improcedencia del despido adoptado, puesto que no han podido probarse los hechos alegados en la carta de despido. Los efectos de este principio legal son similares a aquellos que, en materia criminal, se derivan del principio constitucional de la presunción de inocencia. No obstante, hay que entender que este derecho recogido en el art. 24.2 CE no tiene cabida en un proceso cuyos intereses son meramente privados, y su no aplicación conlleva una improcedencia del despido. Si existiere una aplicación directa de este principio constitucional, su vulneración conllevaría que la no condena del trabajador llevara a una nulidad del despido³³.

La jurisprudencia ha vacilado en cuanto a la aplicación de una doctrina acerca de las consecuencias en el despido de la declaración de ilicitud de la prueba. La falta de una respuesta unánime ha conducido a un muy variado *maremágnum* de resoluciones jurisprudenciales y estudios que, ante supuestos iguales, aplicaban consecuencias muy variadas. En consecuencia, se ha producido una diversidad de criterios en relación a la aplicación de las consecuencias derivadas de la ilicitud de la prueba en supuestos de despido. Esta situación ha llevado a una gran complejidad

³² Sobre tal cuestión, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 5 de Septiembre de 2000, ES:TSJCAT:2000:10928, FJ. 5 remarca que La categorización del despido debe hallarse ligada al propósito que lo motivó o a la infracción de los derechos y libertades contemplados en el artículo 55.5 ET, y no al carácter ilícito de alguna de las pruebas que se hayan presentado en el proceso. Esta última condición, aunque pudiera influir en la determinación que se adopte en última instancia (pues incidiría en la demostración de los hechos y, por ende, en el principio de inversión de la carga de la prueba), no afecta directamente a la calificación jurídica que merece la decisión disciplinaria que tomó la compañía.

³³ Baviera Puig, I., “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, 12/2008, p. 75-93, esp. p. 87.

en la toma de decisiones en estos casos, generando una notable inseguridad jurídica tanto para empleadores como para trabajadores.

Tal y como se interpreta de la normativa y jurisprudencia, la obtención de una prueba mediante la transgresión de un derecho fundamental conlleva su ineficacia y nulidad. Sin embargo, esto no implica necesariamente que el despido se deba calificar como tal. La normativa actual refleja la idea del móvil del transgresor, no únicamente la determinación de la fuente probatoria. El art. 108.2 LRJS manifiesta que “será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, rigiéndose en igual línea que el art. 55.5 ET. Desde el presente trabajo únicamente es de interés la segunda parte del precepto, sobre la cual se procede a debatir. La intención se estipula como un factor clave para determinar si el despido ha de ser calificado como nulo o improcedente. Una idea loable del legislador, pero insuficiente. Hay supuestos en los cuales puede manifestarse un evidente propósito de perjudicar a la parte trabajadora al utilizarse instrumentos que ocasionan una intromisión injusta en la esfera interna de la persona trabajadora y que, por tanto, pueda delimitarse exactamente que la intención era doble: despedir y vulnerar los derechos fundamentales. Pero en la mayoría de supuestos esto no es así, y la voluntad de la parte empresarial está enfocada en descubrir una conducta irregular llevada a cabo en el seno empresarial, aun cuando para ello deba de vulnerar un derecho fundamental de la persona empleada, cuestión que realmente no desea. En estos supuestos, el resultado es el mismo, pero no existe un “dolo” en la parte empresarial, y por tanto, no podría categorizarse el despido como nulo sino como improcedente. Igualmente, y en ambos supuestos, hay un factor a tener en cuenta, y es la dificultad de demostrar esa intención en el actuar del empresario, puesto que la misma puede inclusive subsumirse en materias ponderativas de los derechos contrapuestos. Igualmente, ¿se ha de dejar en un factor tan volátil y enteco la calificación del despido?

Aunque la norma es clara y evidente, la jurisprudencia y la doctrina han optado por dos tesis muy diferenciadas³⁴, la tesis de la nulidad, por la cual se establece que la ilicitud de una prueba extiende sus efectos a la calificación del despido; y la tesis de la improcedencia, a través la cual o se propugna la autonomía de la calificación del despido respecto de la ilicitud probatoria, no existiendo irradiación de efectos de una a la otra, tal y como sí que sucede en la primera tesis, lo que lleva a una calificación del despido como improcedente, procedente o nulo³⁵ conforme a las

³⁴ Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, *LABOS. Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 2/2022, pp. 76-101, esp. p. 79.

³⁵ Lousada Arochena, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, 5/2006, pp. 825-838, esp. p. 830.

características propias del asunto y el material probatorio. Esto es lógico, se pueden amparar en el artículo citado, siendo determinante el móvil³⁶ que determina la calificación del despido y no así la ilegalidad de las pruebas incorporadas al proceso por las partes³⁷. Es el juez quien ha de determinar si existiere intencionalidad o mala fe en la conducta de la parte demandada, estipulándose así como figura garante de los derechos constitucionales de las partes.

3.2. La tesis de nulidad: motivos que sustentan la calificación del despido como nulo ante la existencia de una ilicitud probatoria

Quienes abogan por las tesis de nulidad basan sus argumentaciones en la regla de exclusión, otorgando un amplio valor a los derechos fundamentales, irradiándose la calificación de ilicitud de la prueba al despido. Su justificación se fundamenta en la prevalencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, lo que supone una especial protección y limitación bajo determinadas causas especiales. La ilicitud en la obtención de la prueba implicaría la nulidad de las medidas disciplinarias, puesto que el empresario ha sobrepasado los límites legales y constitucionales para la obtención de la prueba. Su consecuencia conlleva la necesaria aplicación del máximo castigo posible a tal situación: la nulidad del despido.

Esta postura basa su argumentación en una interpretación literal del art. 55.5 ET, por el cual la vulneración de un derecho fundamental va más allá del motivo del despido adoptado. Se integra así, tal y como ya se ha analizado anteriormente, otras variables que han afectado al asunto. La forma a través la cual se ha producido la adopción de la medida disciplinaria se transforma en uno de los factores incluidos en el precepto. Si la parte empleadora ha utilizado instrumentos que han supuesto una intrusión injusta -y contraria a la legalidad y a los derechos fundamentales-, ha existido una violación de derechos fundamentales y libertades públicas. En tal

³⁶ Manifiesta la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 12 de Enero de 2018, ECLI:ES:TSJCLM:2018:1, FJ. 7, que la nulidad del despido se fundamenta en el motivo que lo originó, en el caso de que el despido mismo viole un derecho fundamental, como establece el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, si el objetivo del empleador es demostrar el comportamiento del trabajador para obtener una prueba que justifique el despido, la nulidad se limita a la prueba obtenida ilegalmente, sin afectar directamente la calificación del despido, que podría ser considerado improcedente. Para un estudio acerca de esta sentencia y sus posibles consecuencias véase Benito-Butrón Ochoa, J.C., “¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales, aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 421/2018, pp. 124-133. En este análisis, el autor parte de una posición crítica a la jurisprudencia por la no aplicación de la tesis de nulidad del despido ante prueba ilícita.

³⁷ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de Septiembre de 2000, ECLI:ES:TSJCAT:2000:10928, FJ. 1

idea se apoya la STC de 21 de julio de 2008³⁸, y especialmente la STSJ País Vasco de 10 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TSJPV:2011:5122) por la cual se establecía una doctrina que fue entendida como la base para aplicar la nulidad a este tipo de despidos³⁹. Esta última partía de un posicionamiento excesivamente radical, puesto que obvió los aspectos relativos a la ilicitud probatoria, enfocando su interés exclusivamente en el hecho de que una violación de derechos fundamentales conlleva un despido nulo, no entrando a desarrollar si este actuar vulnerador afecta igualmente a la práctica probatoria⁴⁰. Esta línea es igualmente desarrollada y defendida en pronunciamientos tales y como las SSTC de 11 de febrero de 2013⁴¹ y de 26 de noviembre de 2018⁴². Se observa una interpretación que conducía a entender que la nulidad del despido prevista en los arts. 55.5 ET y 108.2 LRJS tenía un carácter automático y se vinculaba a la acreditación de la trasgresión de un derecho fundamental. Igualmente, diferentes Tribunales Superiores de Justicia vienen adhiriéndose a esta doctrina⁴³, otorgando a la nulidad del despido el carácter de consecuencia necesaria frente a la actuación empresarial.

Se crea así un nexo de unión entre la prueba y la calificación del despido, lo que implica que, si se determina que la prueba utilizada es ilícita, el despido

³⁸ STC 92/2008, de 21 de julio, ECLI:ES:TC:2008:92.

³⁹ Segalés Fidalgo, J., “La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de éste último. Control de la intimidad informática mediante autorización judicial: comentario a la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2602)”, *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, 3/2006, pp. 3042-3045, esp. p. 3045.

⁴⁰ Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., p. 82.

⁴¹ STC 29/2013, de 11 de febrero, ECLI:ES:TC:2013:29. Este pronunciamiento, aun cuando no versa sobre un despido, sí considera, a través de una interpretación analógica de las tesis de nulidad del despido, nulas las sanciones que le han sido impuestas al personal laboral a consecuencia del control ejercido a través de un sistema de grabación, vulnerándose así el derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE.

⁴² STC 125/2018, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TC:2018:125.

⁴³ Entre otros véase TSJ Asturias, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2016, ECLI:ES:TSJAS:2016:103, FJ. 2., pronunciamiento en el cual el tribunal manifiesta que en virtud del incumplimiento por parte de la empresa del deber informativo exigido por la normativa, se evidencia una violación de los derechos fundamentales del demandante que se han visto afectados por la medida intrusiva. A pesar de que la recurrente intenta restringir la consecuencia de dicha infracción a la validez del medio de prueba obtenido a través de la grabación de imágenes, la nulidad del despido se presenta como la consecuencia necesaria y adecuada de la actuación empresarial; en similares ideas puede encontrarse el posicionamiento llevado a cabo por la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 5 de abril de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:2619, FJ. 5, que indica que la falta de cumplimiento por parte de la empresa de su deber informativo con respecto a la instalación de un sistema de vigilancia por video constituye una trasgresión de los derechos fundamentales del trabajador afectado por la medida intrusiva. Las consecuencias derivadas de tal infracción no se limitan a la invalidez del medio de prueba obtenido, sino que se extienden a la nulidad del despido como consecuencia necesaria y apropiada de la actuación empresarial. La grabación de

será declarado nulo de forma inmediata⁴⁴. La lógica detrás de este planteamiento es clara: los efectos de la prueba empleada para justificar la causa del despido se extienden a la medida disciplinaria adoptada. Existe así una relación entre el medio utilizado y el resultado que conlleva el mismo. No cabe una separación entre ambos institutos jurídicos⁴⁵, puesto que el primero es causa del segundo. Si no se hallase tal medio probatorio no hubiere podido llevarse a cabo el despido, y por consiguiente, el vicio de nulidad se extiende entre ambos, lo que conlleva un efecto de contagio del primero al segundo.

Igualmente se ha tornado de interés entender que la calificación del despido como nulo ofrece un mayor halo de seguridad e integridad al derecho fundamental lesionado por la conducta empresarial⁴⁶. Se apunta así a una necesaria reintegración en el derecho fundamental a la persona que se ha visto afectada por la intromisión injusta. Una reparación total únicamente puede suponer la nulidad de la medida disciplinaria adoptada frente a la persona trabajadora⁴⁷. Esta tesis pretende superar las limitaciones derivadas de la declaración de improcedencia de un despido ocasionado conforme una prueba ilícita. En este último supuesto, tal calificación del despido seguiría permitiendo a la parte empleadora, en base del art. 56 ET, la elección entre la readmisión o no de la persona trabajadora. Se entiende que el derecho fundamental pierde el *status* y protección que la Carta Magna le otorga. La única reparación al derecho fundamental afectado es la eliminación de

imágenes constituyó un elemento esencial para la adopción de la medida disciplinaria, lo que a su vez determina, por sí solo, la nulidad del despido en cuestión.

⁴⁴ Siguiendo esta línea véase STSJ, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2018, ES:TSJCL:2018:1431, FJ. 3, la cual manifiesta que La vulneración de los derechos fundamentales inherentes al trabajador por parte de la entidad empleadora en virtud de la ilicitud de la prueba aducida no solo conlleva la imposibilidad de acreditar los hechos imputados en la comunicación del despido, sino que nos conduce a incurrir en la hipótesis contemplada en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se prescribe la categorización de nulidad del despido en aquellos casos en los que se haya perpetrado con quebranto de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador afectado.

⁴⁵ Colàs-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E., “Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad”, en J. de Quintana Pellicer (Dir.), M. Mirón Hernández (Dir.) y F. Pérez Durán (Dir.), *Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2019, pp. 255-283, esp. p. 270.

⁴⁶ Gil Plana, J., “La prueba ilícita y sus efectos en la calificación del despido”, en J. Cabeza Pereiro (coord.) y N. M. Martínez Yáñez (coord.), *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 249-263, esp. pp. 255-256.

⁴⁷ Se estaría así en consonancia con la postura adoptada por el art. 9.2. a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por el cual la tutela judicial comprende aquellas medidas para el “restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior”.

sus efectos derivados⁴⁸. No obstante a todo lo anterior, la especial justificación a este planteamiento es que es así como se estipula en la normativa, la cual es clara al fijar la nulidad del despido y el restablecimiento del derecho del trabajador⁴⁹, eliminando absolutamente todos los efectos⁵⁰.

La nulidad conlleva la ineficacia del acto jurídico, la determinación que el mismo no ha existido o no se ha producido, o más correctamente, que no puede producir efectos jurídicos válidos. Ello es conexo con los efectos de la prueba ilícita conforme a la teoría de los frutos del árbol envenenado, que nos conduce a que la prueba que sea nula y provoca que sus derivados tengan la misma consideración. Así, si la prueba ha nacido nula por la ilicitud en su obtención, el efecto derivado de la misma, el despido, debería ser entendido como nulo. Se observa una idea de conexión entre las instituciones de la prueba y del despido, partiéndose que si la segunda es consecuencia de una actividad ilícita en la primera, existe un “trasvase” del vicio.

A modo conclusivo del presente apartado, se ha de manifestar que la cuestión de la prueba ilícita adquiere especial relevancia en el ámbito social, puesto que puede generar diferentes resultados a la calificación del despido. Sin embargo, no todas las pruebas ilícitas conllevan necesariamente la automática calificación de nulidad del despido. Es necesario que la prueba ilícita sea relevante y determinante para el despido del trabajador. Esto es, debe ser la única o la principal –derivándose

⁴⁸ STC 196/2004, 15 de noviembre, ECLI:ES:TC:2004:196, FJ. 10: “la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo”. Citando a este pronunciamiento véase STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4613, FJ. 3, órgano que entiende que el sustento de la calificación de nulidad del despido reposa en la circunstancia de que el procedimiento empleado por la empresa para validar los presuntos incumplimientos laborales del trabajador, sujetos a sanción con despido, ha conllevado una conculcación de sus derechos fundamentales. La reparación de dicha lesión no puede limitarse al simple pronunciamiento de invalidez de la prueba obtenida de tal modo, sino que obliga a considerar la nulidad del despido en cuestión, habida cuenta de que, de no haberse producido la aducción probatoria ilícita, el despido del trabajador no hubiera podido acontecer.

⁴⁹ Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., p. 80.

⁵⁰ Para la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4613, FJ. 3, la fundamentación de la calificación de nulidad del despido yace en el hecho de que la empresa ha empleado un método que, para obtener la acreditación del incumplimiento laboral sancionable con despido del trabajador, ha infringido sus derechos fundamentales. La reparación de tal violación no puede limitarse a la mera anulación de la prueba obtenida en tales circunstancias. En consonancia con lo dispuesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debe lograr la eliminación absoluta de los efectos de tal vulneración y, por ende, llevar a considerar el despido nulo. La existencia de prueba ilícita, de hecho, hace que el despido del trabajador no se hubiera podido producir sin la misma. Por tanto, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador exige la calificación de nulidad. De no ser así, se conllevaría que un trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados podría perder su empleo, incluso con indemnización, sin que haya una reparación para su lesión de derechos fundamentales.

el restante acervo probatorio de la evidencia ilícita originaria- prueba que se utiliza para justificar el despido, lo cual conllevaría una automática calificación de nulidad de la medida disciplinaria adoptada contra la persona trabajadora. Si existen otras pruebas válidas y lícitas que permiten acreditar los hechos que se imputan al trabajador, éstas pueden ser suficientes para que el despido sea considerado procedente o improcedente si de las mismas no se pudiese determinar las causas del despido. Por tanto, es importante tener en cuenta que la prueba ilícita no es determinante en sí misma para la resolución del caso, sino que deben valorarse todas las pruebas que se hayan obtenido de manera lícita y que permitan acreditar los hechos objeto de controversia. No debe de aplicarse una tesis de un calado tan restrictivo para todos los supuestos en los que sea aportada una prueba que haya sido obtenida bajo la vulneración de un derecho fundamental.

3.3. La tesis de improcedencia: motivos que sustentan la calificación del despido como improcedente ante la ilicitud probatoria

Por contraparte, las tesis que abogan por la improcedencia como calificación del despido –tesis de desvinculación de la prueba ilícita con la calificación del despido- no valoran la regla de exclusión. Parten de una perspectiva fundamentada en la separación entre la obtención de la prueba y la calificación del despido, y sostienen la inexistencia de irradiación entre ambos elementos. Todo ello aun cuando la única prueba propuesta fuere obtenida a través de una violación de derechos fundamentales (también podría admitirse la situación en la cual los restantes medios de prueba derivasen de tal prueba o fuere independiente, pero sin suficiente capacidad para demostrar los hechos justificativo de la medida disciplinaria adoptada). La STC de 10 de julio del año 2000⁵¹ valora la necesidad de entrar a conocer todas las pruebas propuestas y admitidas y aplicar la improcedencia del despido, lo que nos conduce a tesis contrarias a decretar la nulidad del despido.

Al no tenerse en cuenta la prueba ilícita, esta no es valorada en el proceso ya que es ineficaz. La no valoración de la prueba lleva a una imposibilidad de probar los hechos que han sido alegados conforme a una interpretación literal del art. 55.4 ET, y con ello, a la improcedencia del despido. La finalidad del empresario en la adopción de la medida no es tomada en cuenta, sino únicamente la introducción de la fuente probatoria que ha sido obtenida con vulneración del derecho fundamental. Entienden así que el despido no es el instrumento de transgresión del derecho, sino que es la consecuencia de un hecho cierto (la irregularidad cometida por el personal trabajador) incorrectamente acreditado por la parte empresarial.

⁵¹ La STC 186/2000, de 10 de julio, ECLI:ES:TC:2000:186, entra a valorar la licitud o no de un sistema de control por cámaras en la empresa y determina que la existencia de material probatorio ajeno a la prueba sometida a un control de legalidad, debe de ser valorado para la convicción judicial, tomando partidos de las tesis que aplican la improcedencia del despido.

Lo trascendental en esta idea es separar la actividad probatoria y la vulneración de los derechos fundamentales, lo que conlleva la imposibilidad de acreditación de los hechos que la persona trabajadora había sido imputada. La violación de un derecho fundamental ha de relacionarse a la actividad probatoria, lo que conlleva que no pueda tenerse en cuenta en el proceso la prueba ilícita y las derivadas de la misma. El medio de prueba se separa del despido, el cual es consecuencia de la actuación irregular del personal laboral, no de la medida de control adoptada por la empresa⁵².

Si únicamente existiere una prueba contra la parte trabajadora y esta fuere declarada ilícita, debería ser calificado como improcedente, puesto que se trataría de un despido sin causa⁵³ (la justificación a la misma no puede ser incluida en el proceso al haber sido obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental). Se diferencia así el despido que proviene de una actuación intencionadamente discriminatoria o vulneradora de los derechos fundamentales, el cual debe de ser declarado como nulo; de aquel en el cual la prueba ha sido obtenida a través de la violación de tales derechos pero sin que la finalidad sea causar este perjuicio, sino la obtención de pruebas para descubrir la irregularidad y poder adoptar la medida disciplinaria, siendo improcedente el despido. A diferencia de la anterior tesis de nulidad, en la cual la reparación del derecho fundamental lesionado se centraba en calificar como nulas todas las medidas disciplinarias adoptadas bajo la justificación de ese actuar, la presente tesis de desvinculación entiende que la reparación al derecho fundamental vulnerado únicamente debe de consistir en la expulsión del proceso de aquella prueba que provocó la intromisión injusta en la esfera privada de la persona trabajadora.

Si la anterior tesis sobre la irradiación de los efectos de la ilicitud probatoria en la calificación del despido se basaban en la teoría de la exclusión, o mejor dicho, en la teoría de los frutos del árbol envenenado, esta tesis también es acogida, aunque de

⁵² La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2011, ECLI:ES:TSJM:2011:6385, FJ. 4, manifiesta que a fin de que el despido sea calificado como nulo, debe ser motivado por una causa ajena al contrato laboral, cuya naturaleza atente directamente contra un derecho fundamental, constituyendo así el verdadero móvil de la decisión extintiva del empleador, independientemente de cualquier motivo disciplinario. En el presente caso, se han presentado hechos concretos que se imputan al trabajador, presuntamente cometidos en su puesto de trabajo y con ocasión del mismo, los cuales, de haber sido acreditados, podrían ser objeto de sanción por parte del empleador, si bien, la petición de declaración de nulidad presentada por el recurrente se centra en la violación de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba correspondiente a los hechos imputados. Este supuesto, claramente diferenciable del que versa sobre la vulneración de la voluntad vulneradora del empleador al despedir, se focaliza en la actividad probatoria previa al despido, donde la prueba obtenida de manera ilícita y aquella derivada de dicha ilicitud, no puede ser considerada en el proceso, por lo que, en ningún caso se puede hablar de despido nulo, sino más bien de uno improcedente.

⁵³ Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., p. 83.

un modo distinto, por los defensores de la aplicación de la improcedencia a la medida disciplinaria de la empresa. Ello tiene su justificación en la decadencia de la regla de exclusión a través de diferentes excepciones que pretenden romper la conexión de antijuridicidad. Llevado al plano del despido puede aplicarse igualmente. Si la idea de las excepciones es romper el nexo existente entre la conducta ilícita y las pruebas, para poder así valorar el restante conjunto de evidencias, trasladado al ámbito del despido significaría una ruptura de la conexión existente entre la prueba ilícita y la calificación del despido, especialmente por la posibilidad de soslayar la prueba ilícita mediante la valoración de otras pruebas no ilícitas⁵⁴.

Esta tesis puede apoyarse igualmente en el controvertido art. 55.5 ET. Anteriormente se había manifestado que el precepto hacía referencia a la nulidad del despido no sólo cuando el móvil del mismo sea discriminatorio, sino también cuando provenga de actuaciones tendentes a ocasionar una violación de derechos fundamentales, ya sean intencionadas o no. Quienes defienden la presente tesis optan por señalar que la idea del legislador no venía centrada en englobar en el mismo la obtención de una prueba, puesto que parten de una desvinculación entre las actuaciones tendentes a controlar y dirigir la empresa, de las sanciones disciplinarias que puedan derivar de tales medidas amparadas en el art. 20.4 ET. Así, se parte de aplicar el apartado quinto del precepto 55 ET únicamente como un requisito de valoración en supuestos de que exista un móvil de vulneración del derecho fundamental de la persona trabajadora por parte de la parte empresarial⁵⁵. En nuestra opinión esta postura no tiene realmente cabida, siendo una débil justificación amparada en una idea errónea. El art. 55.5 ET es tajante al determinar que la violación de un derecho fundamental puede conllevar la nulidad del despido. Es evidente que tal situación acaecerá cuando la medida disciplinaria se sustente en una prueba ilícita. Se observa que esta justificación a tal postura no es la más adecuada, ya que alberga un posicionamiento contrario al espíritu de la norma, en aras de “salvar” las actuaciones.

⁵⁴ A tal cuestión manifiesta Bohigues Esparza, M. D., “La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 2/2021, pp. 263-287, esp. p. 272: “existe una clara separación entre la conducta atentatoria del derecho fundamental al obtener la prueba, y la decisión del despido en el que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, con la consecuencia, de que si la única prueba es ilícita, su ineficacia impedirá que se acredite el incumplimiento, y por tanto, ante un despido sin causa, *per se* la declaración de improcedencia”.

⁵⁵ En tal opinión véase STSJ, Sala de lo Social, Castilla la Mancha, de 30 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TSJCLM:2018:2819, FD. 4, manifestando que, si el empleador ejerce su poder de supervisión y control en contravención de los límites legales, la prueba obtenida de tal actividad resultaría ilícita, y no podría ser utilizada con el propósito de demostrar la comisión de una falta susceptible de ser sancionada con la extinción del contrato laboral. En consecuencia, se derivaría la declaración de improcedencia del despido por falta de prueba de la causa justificativa del mismo, tal y como dispone el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. Es de destacar que en este caso no sería de aplicación el párrafo quinto del mencionado precepto, el cual se refiere a la nulidad del despido cuando éste tiene como móvil la vulneración de un derecho fundamental del trabajador.

3.4. La STC 61/2021, de 15 de marzo y la tesis de la desvinculación

Tal y como se ha analizado, la tesis de la desvinculación ha tenido un fuerte apoyo jurisprudencial. Ya en el Caso López Ribalda I⁵⁶ se partía de la idea de que la prueba ilícita no llevaba a la nulidad del despido al existir más material probatorio. Desde un prisma nacional, es de interés estudiar la STC de 15 de marzo de 2021⁵⁷, pronunciamiento que avala, e incluso lleva al exceso, la argumentación efectuada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en pronunciamiento de 13 de septiembre de 2018⁵⁸ en tal materia. Desde la presente óptica, el órgano máximo intérprete de la Carta Magna parte de entender que no existe ningún derecho constitucional por el cual pueda conectarse la lesión extraprocesal con la calificación de nulidad del despido. La lesión del derecho en la obtención de la prueba ya se reconoce en el momento de su inadmisión por vulneración de un derecho fundamental. Se aplica de esta manera una de las dos posibilidades existentes, y se procede a valorar como más viable aquella que entiende que ya dispone de un “anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico” (FJ. 5), y que parte de tratar la prueba ilícita como una cuestión de legalidad ordinaria.

Como aspecto innovador respecto a previos pronunciamientos apoyados en la tesis de desvinculación, puede hacerse visible la interpretación relativa a la indemnización. Contradiendo a la jurisprudencia ya consolidada, el tribunal entiende que desestimar la indemnización conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En el momento en el cual la resolución del órgano juzgador manifieste la existencia de vulneración de un derecho fundamental e inadmita una prueba por ilícita, conllevaría automáticamente que la sentencia que no se pronuncie o desestime la indemnización, carezca de los requisitos de congruencia que todo pronunciamiento judicial ha de revestir. E igualmente, y en sustento del apartado primero del art. 183 LRJS, aquella sentencia que declare que ha cometido una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización. Esto es, la indemnización no debe de depender de la calificación del despido, sino mera y exclusivamente de la violación de un derecho fundamental (FJ. 6).

Aun cuando en el posterior apartado se va a llevar a cabo una propuesta intermedia de aplicación futura, se entiende desde la presente la necesidad de proceder a un breve análisis de las críticas que este último planteamiento puede

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto López Ribalda y otros vs. España, de 9 de enero de 2018.

⁵⁷ STC 61/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:61. Para un estudio de esta sentencia puede acudir a: Casas Baamonde, M.E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Labora*, 4/2021, pp. 1-19. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001261

⁵⁸ STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:11813

recibir⁵⁹. No es menos cierto que el TC, al adoptar esta tesis, parte de una idea menos garantista de los derechos fundamentales del personal trabajador, lo que podría equipararle a degradar el valor de la prueba ilícita⁶⁰. Esto es, su planteamiento en favor de limitar los efectos e importancia de esta institución jurídica puede ser similar al efectuado por el mismo tribunal en el supuesto de la sentencia 97/2019, de 16 de julio, más popularmente conocida como asunto de la Lista Falciani⁶¹. Una resolución que pondera mayormente el derecho fundamental a la prueba que los derechos de las partes afectadas por la ilicitud de la prueba. Mantiene aquella idea, extraña y alejada del marco legal establecido por el art. 11.1 LOPJ y, en nuestro caso, art. 90.2 LRJS, por el cual la licitud de las pruebas obtenidas mediante la vulneración de un derecho fundamental corresponde a un problema de legalidad ordinaria. El pronunciamiento llega inclusive a interpretar erróneamente el tenor literal de los artículos citados y de la doctrina favorable a ellos, considerándolos como posiciones teóricas indefendibles salvo por la vía de entenderlos como propuestas de *lege ferenda*⁶².

Se observa así como el pronunciamiento, aun cuando defiende una postura razonadamente aceptable, utiliza fundamentos no exentos de crítica para justificar

⁵⁹ Sobre tal cuestión véase con igual interés el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quien procede a articular una postura distinta a los restantes magistrados del TC, partiendo de la teoría previamente analizada por la cual el despido ha de calificarse como nulo en el supuesto de declaración de ilicitud de uno de los medios probatorios propuestos. Así, su posición se fundamenta en el art. 55.5 ET, por el cual es necesario reforzar la defensa constitucional en los supuestos de implicaciones de derechos fundamentales, tal y como sucede a través de la prueba ilícita. Manifiesta la magistrada que tanto el momento de obtención de prueba como el de calificación del despido han de ser presentados en unidad de actos. Ello le lleva a la necesidad de efectuar una interpretación más favorable en la protección de los derechos fundamentales, aquella que otorgue el debido status a tales valores (FJ. 2 del voto particular: “si se acepta el criterio de la resolución impugnada, se degrada el valor y la importancia de los derechos fundamentales, cuya lesión, de admitirse esa tesis, podría no llevar aparejada en muchos supuestos la inexcusable reacción reparadora”).

⁶⁰ En esta cuestión incidía ya la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJCLM:2020:2881. Determina el Tribunal que la exclusión de la prueba ilícita ya es garantía suficiente para el litigante que ha sufrido la vulneración del derecho fundamental, entendiéndose así que no ha de ofrecerse un excesivo blindaje a la persona trabajadora en defensa de sus actos irregulares en sede empresarial (FD. 5).

⁶¹ En tal opinión véase a Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 3/2021, pp. 13-26, esp. p. 20, para quien la sentencia 61/2021 va más allá del pronunciamiento 97/2019, de 16 de julio al eludir la referencia a un proceso justo a través de su postura de restricción del derecho a la tutela judicial efectiva. Este último lo limita a la obtención de un resultado fundado en derecho y no arbitrario. Conforme manifiesta el autor, opinión que se comparte desde la presente autoría, el derecho recogido en el art. 24.1 CE, conforme a la interpretación efectuada por el TC, quedaría restringido a un mero derecho prestacional, desvaneciéndose las garantías procesales que tanta protección ofrecen a los litigantes.

⁶² Véase, a modo de ejemplo, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, op. cit., pp. 16-17.

la tesis de la desvinculación. Se promueve la idea de sustitución de las garantías procesales por la búsqueda de un pronunciamiento que no sea irrazonable, arbitrario o incurso en un error judicial. Parte de una posición extraña, en la cual no se pronuncia aun existiendo un actuar lesivo de derechos fundamentales que ha conllevado un despido. La STC 61/2021 ha querido dejar su impronta al decretar que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho a un servicio no arbitrario. Efectúa un entendimiento restringido del art. 24 CE, el cual lo limita exclusivamente a un derecho de prestación a obtener un resultado fundado en derecho, cuestión que lleva a obviar el real contenido del derecho de acción. Entendemos así que las garantías recogidas en el primer y segundo apartado del artículo constitucional son meras intenciones desde esta óptica propuesta por el TC. Conforme a la doctrina consolidada, el Tribunal solo está facultado para revisar una interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por jueces y magistrados si ésta resulta arbitraria o irrazonada, lo que constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así se establece un modelo de “deferencia al juez ordinario” que restringe el ámbito del control constitucional sobre sus resoluciones⁶³.

Se constata una merma en la protección que brindan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, especialmente y en el caso concreto, en lo que concierne al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En este sentido, se aduce que no emana un requerimiento, ni de un derecho subjetivo que pueda salvaguardar la tipificación del despido disciplinario de la demandante de amparo como nulo. Un camino erróneo que marca un evidente retroceso en la modernización y protección de los derechos constitucionales en el ámbito de las relaciones laborales. Estas últimas, conforme a sus propias características derivadas de la relación contractual entre empresa-persona trabajadora, y por la posición de superioridad habida por la primera respecto a la segunda, debe caracterizarse por ser una vía judicial ampliamente garantista de los derechos fundamentales del personal laboral. Cuestión no obtenida a través de una aplicación muy extensiva de la tesis de desvinculación por el TC, otorgando habilitación legal (y constitucional) a la calificación de improcedencia del despido basado en pruebas ilícitas.

Según lo anticipado, el Tribunal no suscribe la postura que distingue la nulidad del despido en casos de vulneración de derechos fundamentales para la obtención probatoria. En efecto, se parte del supuesto de inexistencia de un derecho constitucional que acarree la nulidad del despido laboral. No obstante, se reconoce una indemnización por la vulneración del derecho fundamental a causa de la intromisión ilícita generada⁶⁴. Lo que queda claro de la misma es que el posicionamiento lleva a una reducción en el interés del personal laboral de buscar

⁶³ Velasco Pardo, B., “Prueba ilícita y calificación del despido. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 56/2021, pp. 225-233, esp. p. 230.

⁶⁴ Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., pp. 89-90.

amparo ante el TC, el cual ha promulgado una tesis que le es evidentemente poco beneficiosa, pero en cambio, abre las puertas convertirse en, tal y como manifiesta Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “una vía utilizada por los empleadores para contener o reprimir los entusiasmos de los jueces ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales del trabajador”⁶⁵.

A pesar de la importancia que supone una sentencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia que ha venido dictándose posterior al fallo estudiado no ha terminado de aceptar tal postura. Se observa así cómo los Tribunales Superiores de Justicia siguen siendo “fieles” a la teoría de la nulidad⁶⁶. El planteamiento defendido para ello es la conexión⁶⁷ (real, no procesal) que supone la vulneración de un derecho fundamental con la adopción del despido, y en virtud del art. 55.5 ET, la calificación del despido debe de ser de nulidad. Lo que queda claro es que, tal y como manifestaba la el Tribunal Constitucional en su sentencia, existen pronunciamientos dispares que, aun estando en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, crea una disparidad de criterios a aplicar para casos iguales. El problema no es que hasta el 15 de marzo de 2021 existiera tal problemática, sino que la sentencia del Tribunal Constitucional no ha venido a solucionar el problema, encontrándose en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios la misma incertidumbre que se pretendió solucionar.

3.5. Entre la improcedencia y la nulidad: una propuesta para la calificación del despido

Tras el análisis de ambas tesis se procede a delimitar qué postura ha de ser aplicada y en qué condiciones. Se han estudiado dos líneas muy dispares que ofrecen resultados muy distintos, y que podrían delimitarse conforme al grado de protección de los derechos fundamentales y su reparación. Manifiesta Velasco Pardo⁶⁸ que parece que la doctrina de la desvinculación encuentra un mayor encaje en el ordenamiento jurídico interno. Pero se observa a su vez como el art. 55.5 ET ofrece habilitación legal para la aplicación de la tesis de la nulidad –aun cuando venga siendo interpretado en sentido contrario-. Así, y tras un estudio de ambas posibilidades, se da inicio al análisis de la manera en que ha de procederse.

⁶⁵ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, op. cit., p. 21.

⁶⁶ Véase a modo de ejemplo STSJ, Sala de lo Social, País Vasco, de 11 de mayo de 2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1542. En la sentencia se califica como nulo el despido al entender que el TC, al determinar que es una materia de legalidad ordinaria, permite la calificación a los órganos jurisdiccionales (FD. 5).

⁶⁷ Destaca la STSJ, Sala de lo Social, Islas Canarias, de 23 de junio de 2021, ECLI:ES:TSJICAN:2021:2208, que la conectividad existente entre la medida adoptada –vulneradora de un derecho fundamental- por la parte empresarial y la calificación del despido como nulo (FD. 2).

⁶⁸ Velasco Pardo, B., “Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, op. cit., p. 233

En la opinión desde la óptica de este trabajo, se parte de un planteamiento más intermedio, por el cual la improcedencia o nulidad no ha de devenir en la intención del empresario en violentar un derecho fundamental o en la mera calificación de ilicitud de la prueba cuestionada. No ha de existir una única respuesta ante variadas situaciones acaecidas, sino que se ha de otorgar al órgano judicial la capacidad de tener en cuenta el acervo probatorio existente para la toma de decisiones.

Esto lleva a la posibilidad de aplicar ambas tesis pero con matices. Si no existiere más que una única evidencia procesal, y esta fuere declarada nula, automáticamente el órgano judicial no podrá entrar a valorar el asunto a consecuencia de la ilegalidad de la prueba propuesta, debiendo de calificarse como nulo el despido. Por el contrario, la medida disciplinaria del empresario será calificada como improcedente si, conjunta e independientemente a la prueba declarada como ilícita, existieren otras pruebas que permitan al órgano juzgador tener suficiente material fáctico como para efectuar una valoración de los hechos. Si no fueren lo suficiente como para enervar esta “presunción de inocencia”⁶⁹, devendrá la improcedencia del despido.

Es importante valorar si el restante material probatorio es independiente de la prueba ilícita y no deviene de la misma. Esto es, la prueba complementaria no sido obtenida por el conocimiento directo y derivado de aquella que es declarada ilícita. Este restante material deberá de ser debidamente admitido, practicado en sala y valorado por el órgano judicial para la resolución de la controversia. Si la única prueba que disponía para evidenciar la infracción cometida es declarada ilícita, el despido sería nulo. Si por el contrario existiere restante material probatorio, deberá de ser valorado por el órgano judicial, y si no demostraren los hechos que han llevado a la adopción del despido por la empresa, este será considerado improcedente.

Esta propuesta, que a continuación procedemos a desarrollar, consideramos que es la más óptima para dar respuesta ante el incesante número de procesos en los cuales el despido viene avalado por una medida empresarial vulneradora de los derechos fundamentales del personal laboral. No existe realmente un criterio uniforme en la doctrina española, la mayoría de jurisprudencia se apoya en calificar el despido como improcedente⁷⁰. Las características propias del proceso social conllevan una amplia disparidad de criterios doctrinales emanada desde los Tribunales Superiores de Justicia, órganos que aplican su propia

⁶⁹ Entrecorramos ‘presunción de inocencia’ puesto que es una expresión que se utiliza de forma imprecisa. La presunción de inocencia es una garantía del debido proceso que se aplica en el ámbito penal, no en el laboral. Sin embargo, se utiliza esta garantía en el ámbito social para entender la postura de la defensa e inocencia de la persona trabajadora, aunque desde una perspectiva disciplinaria.

⁷⁰ Colàs-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E., “Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad”, op. cit., p. 263.

línea jurisprudencial de una manera muy variada. Igualmente, el recurso de casación para la unificación de doctrina no ha otorgado una respuesta acorde, sino pronunciamientos vacilantes en los cuales ha interpretado diferentes tesis en lapsos temporales excesivamente cortos. Inicialmente parecía que la tesis de desvinculación era la mayormente recogida, pero la jurisprudencia no fue ajena a la tesis de la nulidad. La doctrina constitucional no ha terminado de establecer una doctrina firme sobre la que asentarse. Sus pronunciamientos no entraban a valorar exactamente esta problemática, sino que se han venido enfocando en la ilicitud o no probatoria a consecuencia de una hipotética vulneración de un derecho fundamental, especialmente el relativo a la intimidad.

Siguiendo la ya citada STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2018, y su aval por la STC de 15 de marzo de 2021, se parte inicialmente de una idea de desligar la calificación de la terminación del contrato laboral de la invalidez de la prueba obtenida con transgresión de preceptos fundamentales. Así, y aunque este pronunciamiento inicialmente se ha expuesto como defensor de la tesis de la desvinculación, ha de advertirse que de la misma se extraen posibilidades de aplicación de la nulidad para los casos en que la única prueba (así como las derivadas) sea ilícita. Siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional, la tesis que establece una diferenciación entre el despido en el que se han vulnerado derechos fundamentales y la acción vulneradora de derechos fundamentales en la obtención de la prueba que justifica el despido, no resultaría infundada. Aun cuando es en el apartado anterior el momento en el cual se ha analizado el contenido del mismo en relación a la tesis de desvinculación, es importante rescatar ciertas ideas. Es trascendental para el desarrollo de la idea expuesta en el presente apartado, aun cuando más que le posicionamiento de los magistrados lo que se pretende es partir de la doctrina expuesta por el Ministerio Fiscal.

El órgano público, en su informe, valora ambas situaciones y determina los intereses en juego. Su postura no obedece a seguir una postura u otra, sino que centra su interés en el análisis *case by case* para poder ofrecer una adecuada respuesta. En primer lugar, considera que la infracción de un derecho fundamental en la adquisición probatoria conlleva la nulidad del despido⁷¹, y así mismo, que esta prueba ilícita conllevará que los hechos se tengan como no probados, valorándose el restante acervo probatorio aportado al proceso⁷². Así, el Ministerio

⁷¹ “[...] aunque no sea el hecho de despedir lo que viola un derecho fundamental, sino que la violación es anterior al despido, y este no existiría sin esa violación previa, de tal modo que no resulta lógico desligar esta del despido”, AH. 7.

⁷² “[...] en ese sentido un documento u otro medio de prueba obtenido con vulneración de derechos fundamentales no podrá ser tenido en cuenta, no podrá utilizarse para probar los hechos en los que el empresario justifique el despido, de tal modo que si es la única prueba de dichos hechos o si las otras se derivan de ella con la conexión antes mencionada, esos hechos se tendrán por no probados; pero si hubiera otros medios de prueba, estos podrían ser analizados con total separación de los anteriores, para ver si son suficientes para probar por si mismos los hechos que se aleguen”, AH. 7.

Fiscal entiende que, y en primer lugar, cuando del restante material probatorio propuesto se califique la existencia de una infracción laboral, la causa del despido no ha de ser entendida como una vulneración de un derecho fundamental, sino una irregularidad efectuada por la persona trabajadora. Pero, y en segundo lugar, si de las restantes pruebas no pudiese entenderse que los hechos alegados tienen la suficientemente gravedad para ser castigados, y por tanto únicamente a través de la prueba ilícita pudiese determinarse el perjuicio que se ha cometido a la empresa, nos llevaría a la aplicación de la nulidad del despido.

De esta sentencia, se observa igualmente que el TC determina⁷³ que es tarea de los juzgados y tribunales la decisión acerca de la improcedencia o nulidad de la sanción disciplinaria adoptada por la empresa⁷⁴ –aun cuando su posicionamiento es claro en favor de la tesis de aplicar la improcedencia al separar la ilicitud probatoria de la calificación del despido como nulo, dejando esta posibilidad exclusivamente cuando la motivación sea irrazonable o arbitraria⁷⁵-. Especialmente recae en el TS, a quien le confiere efectuar una unificación de doctrina, la competencia para establecer los criterios sobre los cuales han de servirse los órganos inferiores para resolver tal controversia. En el momento de la escritura de las presentes líneas todavía no ha sucedido tal unificación de criterios, aunque sí que se ha expresado por el más alto tribunal algunas ideas en tal cuestión. La STS de 26 de julio del 2022⁷⁶, aun cuando manifiesta en reiteradas ocasiones (FD. 4 y 5) su postura más cercana a determinar que si la única prueba existente (o el restante material probatorio no fuere capaz de demostrar los hechos) es ilícita, la sentencia devendrá nula, no resuelve acerca de ello porque las sentencias opuestas no aportan contradicción, y ambas posibilidades las considera plausibles, en determinación teniendo en cuenta las particularidades inherentes a cada caso.

Esta última idea ya había sido manifestada a través de ATS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:10641^a. El tribunal manifiesta que la calificación del despido llevada a cabo por el órgano juzgador ha de atender a las circunstancias especiales de cada caso específico que esté conociendo. Se entiende que no existe, ni debe de existir, una respuesta única frente a una situación muy variada y dependiente de múltiples factores que van más allá del aspecto meramente teórico.

⁷³ Velasco Pardo, B., “Prueba ilícita y calificación del despido. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, op. cit., p. 233.

⁷⁴ Romero Burillo, A. M., “Los efectos del despido acreditado mediante una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, 3/2021 pp. 133-141.

⁷⁵ Bohigues Esparza, M. D., “La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo”, op. cit., p. 285.

⁷⁶ STS, Sala Cuarta de lo Social, de 26 de julio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3192.

Nuestro planteamiento viene aquí a darle estabilidad a tal cuestión, puesto que la exégesis de la literalidad de ambos artículos ha causado amplias dudas a nivel judicial y doctrinal, aun cuando existen opiniones favorables a aplicar la tesis de la improcedencia por tener mejor encaje en el ordenamiento jurídico español. Así, y a través de una ordenada y lógica aplicación que aquí vuelve a exponerse, se propone aunar los conceptos existentes en la doctrina y finalizar con las clásicas dudas aún existentes en cuanto a qué sucede cuando se sanciona con el despido a un trabajador, y posteriormente la prueba es declarada ilícita, hubiese tenido o no intención el empleador en la vulneración del derecho fundamental. Así, puede subdividirse en cuatro las posibilidades existentes:

La primera de las posibilidades versa acerca de la calificación de nulidad del despido. Esta halla fundamento en la existencia de una única fuente de prueba que ha sido declarada ilícita al haberse obtenido con vulneración de los derechos fundamentales de la parte afectada⁷⁷. En este escenario, es trascendental que el medio probatorio propuesto sea único y el hecho no pueda ser comprobado a través de otras evidencia. Si se inadmitiere por ilícita la prueba, al únicamente haberse aportado al proceso la misma, el despido tendría su base en un hecho vulnerador de los derechos fundamentales, y por consiguiente, debería ser calificado como nulo.

La segunda posibilidad igualmente obedece al mismo resultado de nulidad, pero el acervo probatorio se compone de más de una prueba. Será calificada como nula la decisión sancionadora empresarial cuando la misma se sustente en una prueba declarada ilícita y varias fuentes de prueba derivadas directamente de aquella, las cuales no habrían podido obtenerse si no fuera por la prueba que vulneró los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Es así consecuencia lógica que, si la obtención de la primera y originaria prueba adolecía de un grave defecto (la violación del derecho fundamental de la persona trabajadora), las pruebas derivadas de la misma sufran los mismos efectos. Sin la prueba original estas no hubieren podido ser obtenidas, por tanto su nacimiento es consecuencia de la primera, de una fuente probatoria ilícita. En tal sentido, se aplicará la regla de exclusión, y no cabiendo la posibilidad de aplicar ninguna excepción, y que

⁷⁷ Como ya manifestó la STSJ de Catalunya, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2017, ECLI:ES:TSJCAT:2017:2532, FJ.4, en materia de videovigilancia, la ineficacia de la prueba supone la nulidad del despido, y más concretamente si esa es la única prueba aportada al proceso, basándose así en la teoría de los frutos del árbol envenenado. Así, En virtud del hecho de que la prueba obtenida ilícitamente era el único sustento para la decisión del empleador de despedir a la trabajadora, se hace imperativa la invalidación de todas las consecuencias derivadas de tal prueba, siguiendo en esta línea la conocida doctrina jurídica del “fruto del árbol envenenado” que ha sido aplicada en múltiples ocasiones en el ámbito penal. Por lo tanto, el despido resulta nulo debido a la violación de los derechos fundamentales de la trabajadora.

existiera un nexo de conexión entre todas ellas, no podría efectuarse una valoración del conjunto probatorio propuesto, resultando en la nulidad del despido⁷⁸.

En cuanto a la tercera hipótesis aquí valorada, esta tiene su enfoque en relación al art. 55.5 ET. Si el empleador actuara injusta e inmoralmemente contra la persona trabajadora, con la intención de vulnerar su derecho fundamental sin justa causa, para obtener una prueba en su contra, el despido sería considerado nulo conforme a la normativa aplicable. En este escenario planteado se analiza no solo la prueba como tal, sino la conducta de la persona empleadora. Si el órgano judicial determina que su actuar ha sido contrario a la norma, enfocado en una intención de vulnerar los derechos fundamentales del personal trabajador afectado por la medida, el despido deberá ser calificado como nulo. Se muestra evidente la importancia de los derechos fundamentales y su necesidad de protección frente a cualquier forma de abuso en el ámbito laboral. Deberá recaer en la parte trabajadora aportar los indicios suficientes para evidenciar la intención de la persona empleadora de vulnerar sus derechos fundamentales a través de la obtención de la prueba.

Como cuarto y último escenario, se declararía la improcedencia del despido ante la presencia de pruebas independientes a aquella calificada como ilícita. Esto es, no cabría nulidad del despido la existencia de material probatorio complementario e independiente suficiente para que, incluso ante la declaración de ilicitud de una de las pruebas, el órgano judicial pueda valorar los hechos y responder negativamente a las pretensiones de la parte actora, en virtud de la imposibilidad de acreditar los hechos alegados en la carta de despido⁷⁹. El aspecto trascendental y diferenciador de los anteriores puntos radica en la existencia de otras pruebas que permiten al órgano juzgador entrar a conocer de la decisión del empleador sin tener en cuenta la prueba declarada ilícita. El material probatorio adicional es considerado suficiente para efectuar una valoración de los hechos relevantes y poder valorar las causas que motivaron a la adopción del despido. Las pruebas adicionales han de ser legales, esto es, independientes de la prueba ilícita y, por supuesto, no haber sido obtenidas a través de la vulneración de un derecho fundamental de la persona trabajadora. Igualmente aquí cabría la posibilidad de que, si las pruebas adicionales son lo suficientemente sólidas, puedan respaldar la decisión de la parte empleadora y declarar el despido como procedente, rechazando las pretensiones de la parte actora.

⁷⁸ Sobre esta cuestión y la extensión de la contaminación entre la prueba ilícita y sus derivadas, véase STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de Mayo de 2011, ECLI:ES:TSJPV:2011:5122, FD. 6. Debido a que el único medio probatorio utilizado como base para la decisión de despido del demandante fue obtenido mediante la transgresión de su derecho fundamental a la intimidad, y, por consiguiente, el conocimiento de los hechos que motivaron su cese fue adquirido exclusivamente a través de una prueba ilícita, vulnerando así una garantía de rango constitucional, se infiere que la consecuencia pertinente es la nulidad del despido.

⁷⁹ Se obvia aquí la posibilidad de determinar una quinta posibilidad, la cual es la procedencia del despido ante la existencia de suficiente material probatorio independiente a la prueba ilícita como para demostrar la existencia de causa justificadora de tal medida sancionadora.

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La prueba ilícita se ha convertido en un gran desafío para los tribunales. Aunque de la lectura de los artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS parece evidente que su efecto es la inadmisión del proceso, no genera igual de claridad su afectación en la calificación despido basado en dicha prueba ilícita. Tal y como se ha analizado en líneas anteriores -y partiendo desde una perspectiva en la cual se analiza aquella prueba ilícita derivada de la vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora-, dos tesis coexisten en la jurisprudencia nacional: la tesis de nulidad y la tesis de improcedencia. Ambas tienen su justificación en la norma y en la distinta doctrina emanada de los tribunales superiores. La primera se basa en calificar como nulo del despido que se haya fundamentado en una prueba vulneradora de derechos humanos. Por otro lado, la segunda defiende la improcedencia del despido debido a la existencia de otros elementos de prueba sobre los cuales sustentar el pronunciamiento, así como la postura de eliminar los efectos de la prueba ilícita y no tenerla en cuenta por el órgano jurisdiccional. Se genera así una desvinculación entre la prueba ilícita y la calificación del despido.

Aunque ambas tesis otorgan una respuesta a las necesidades surgidas en un momento oportuno, se plantea la necesidad de establecer una tesis intermedia. Esta tiene como base unificar los criterios expuestos por ambas posturas y no posicionarse a favor de ninguna, sino poder aplicarlas según cada caso concreto que se presente ante el órgano judicial. No puede aplicarse la misma respuesta (ya sea nulidad o improcedencia) ante situaciones distintas. La propuesta aquí expuesta pretende aportar estabilidad a la cuestión en consideración, puesto que la hermenéutica literal de las dos tesis expuestas ha generado extensas inquietudes a nivel judicial y doctrinal. Es por ello que, tal y como se ha observado en las líneas precedentes, se ha procedido a confeccionar cuatro situaciones existentes y la respuesta que se ha de ofrecer ante la existencia de una prueba ilícita aportada por la parte demandada. Se busca no aplicar unas consecuencias jurídicas (la calificación del despido como improcedente o nulo) de manera automática, sino valorar *case by case* la situación que se está conociendo.

La aplicación de la tesis de desvinculación tendrá cabida cuando existan pruebas complementarias e independientes a la prueba ilícita original. A través de las mismas se proporcionará al órgano judicial la posibilidad de conocer de los hechos que han dado ocasión al despido, siendo no derivadas de aquella que se ha inadmitido por vulnerar un derecho fundamental. La calificación del despido podrá declararse como improcedente o procedente, conforme al análisis de todo el material probatorio aportado en su conjunto. La prueba ilícita no generará mayores efectos que a sí mismo y a sus derivadas, suponiendo su exclusión del proceso, y procediéndose a valorar los restantes medios de prueba admitidos.

Por su parte, la calificación del despido nulo acaecerá en aquellos supuestos en los cuales la prueba ilícita sea trascendental para el devenir del supuesto,

esto es, justifica el despido. De esta forma, las posibilidades expuestas pueden ser tres, aplicándose en todas ellas la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ. La primera de ellas es la calificación como nulo del despido que tenga su base en una actuación lesiva de los derechos fundamentales de la persona trabajadora. La segunda supone una situación similar, en la cual los mismos efectos se aplicarán cuando todas las pruebas existentes deriven de una prueba ilícita. Por último, y en tercer lugar, en aquellos supuestos en los cuales la prueba derive de un actuar de la parte empresarial, enfocado en una intencionalidad de vulnerar los derechos fundamentales del personal laboral en la obtención de la prueba, se derivará igual declaración de nulidad del despido. A diferencia de los dos anteriores supuestos, en este último la prueba no es sólo ilícita por el medio de obtención, sino también por la intención de la parte empleadora en ocasionar tal trasgresión.

A modo de corolario, partimos de entender la necesidad de establecer una tesis intermedia que permita la aplicación de ambas posturas. No ha de existir una calificación de nulidad o improcedencia automática, sino que la misma ha de obedecer a los supuestos propios de cada asunto. Esta cuestión otorga cierta estabilidad, y especialmente, permite adaptar la respuesta del tribunal al proceso que está conociendo. Es trascendental promover una garantía de los derechos fundamentales del personal laboral, pero esta cuestión no puede transformarse en una infranqueable vía que hipervalore la protección de los mismos (tal y como sucede con la declaración automática de nulidad del despido ante la existencia de una prueba ilícita, sin valorar el restante material probatorio). Por contraparte, tampoco debe de acudir a posiciones que ofrezcan a tal cuestión un *status* de mera legalidad ordinaria, separando completamente la irradiación de efectos que puede acaecer entre la prueba ilícita y el despido. Este enfoque intermedio, el cual parecía que era el camino sobre el cual se iban a asentar los primeros pronunciamientos basados en la tesis de desvinculación, ofrece una respuesta adecuada ante los dispares asuntos y adaptado a las características concretas de cada uno de ellos, otorgando igualmente un mayor halo de seguridad jurídica.