


El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos
fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o
modificación de la doctrina constitucional?
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de
15 de marzo, sala 1^a, rec. Amparo 6838-2019)

Disciplinary dismissal with evidence of harm to fundamental rights
and its qualification: formulation, clarification or modification of
the constitutional doctrine?
(Comment on the Ruling of the Constitutional Court 61/2021, of 15
March, 1st Chamber, amparo action 6838-2019)

JESÚS BAZ RODRÍGUEZ *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca*
 <https://orcid.org/0000-0003-3950-5893>

Cita sugerida: BAZ RODRÍGUEZ, J. "El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo, sala 1^a, rec. Amp". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 2 (2022): 143-152.

Resumen

La STC 61/2021, de 15 de marzo vino a avalar la constitucionalidad de la desvinculación entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora en su realización y la nulidad del despido. Dicha doctrina constitucional aborda la controvertida temática de la interpretación del artículo 55.5 ET desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), calificando la misma como mera cuestión de legalidad ordinaria. Se formulan en el texto algunos apuntes críticos a propósito de la fundamentación jurídica de dicha doctrina constitucional, que abandona la interpretación de la legalidad en atención a la efectividad de los derechos fundamentales y su tutela en clave de reparación integral de la lesión, finalizando con una valoración del impacto de la reformulada doctrina constitucional sobre las garantías de los derechos digitales laborales de las personas trabajadoras, dada su particular relevancia en el terreno de las pruebas tecnológicas.

Palabras clave

prueba ilícita; derechos fundamentales; despido disciplinario; tutela judicial efectiva; prueba tecnológica; derechos digitales laborales

Abstract

The STC 61/2021, of 15 March, endorsed the constitutionality of the dissociation between the nullity of the unlawful test due to the violation of the fundamental rights of the worker in its execution and the nullity of the dismissal. This constitutional doctrine addresses the controversial issue of the interpretation of Article 55.5 ET from the perspective of the constitutional right to effective judicial protection (Article 24 EC), classifying it as a mere question of ordinary legality. Some critical notes are made in the text regarding the legal basis of this constitutional doctrine, which abandons the interpretation of legality in favour of the effectiveness of fundamental rights and their protection in terms of full reparation of the injury, ending with an assessment of the impact of the reformulated constitutional doctrine on the guarantees of the digital labour rights of workers, given its particular relevance in the field of technological evidence.

Keywords

unlawful proof; fundamental rights; disciplinary dismissal; effective judicial protection; technological proof; digital labour rights

1. LA STC 61/2021, DE 15 DE MARZO (CASO “AMADEUS SOLUCIONES TECNOLÓGICAS, SA”). ANTECEDENTES Y SÍNTESIS DEL PRONUNCIAMIENTO: LA DESVINCULACIÓN ENTRE LA NULIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA Y LA NULIDAD DEL DESPIDO

La STC 61/2021, de 15 de marzo (Caso “Amadeus Soluciones Tecnológicas, SA”), por la que se resuelve el Recurso de amparo 6838/2019, ha venido a abordar un asunto largamente controvertido en el debate jurídico-laboral, en el que la doctrina judicial emanada de Salas de lo Social de los TTSSJJ venía exhibiendo posiciones interpretativas notoriamente discrepantes. Concretamente, se avala la constitucionalidad de aquella línea de interpretación del artículo 55.5 ET (en relación con los artículos 90.2, 108.2 LRJS y 11.1 LOPJ) según la cual no han de calificarse como nulos los despidos disciplinarios en los que no se acredite que la decisión extintiva adoptada por la empresa persiguiese o tuviese como móvil la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, con independencia de que el empresario, en su labor de acreditación y prueba de los incumplimientos, hubiese obtenido pruebas ilícitas con vulneración de los derechos fundamentales. La doctrina constitucional sentada en el pronunciamiento aquí comentado afirma que dicha línea interpretativa es conforme con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su faceta de derecho a la obtención de una resolución motivada y fundada en derecho, al no incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error de hecho patente. Respeta las exigencias constitucionales el órgano jurisdiccional, a juicio del TC, cuando decide excluir la prueba ilícita y continuar el enjuiciamiento con otras pruebas lícitas no vinculadas a aquélla, que acrediten los hechos correspondientes a la causa esgrimida, o bien a otras causas. Si vulnera el artículo 24.1 CE, en cambio, por incongruencia material, la desatención por parte de la resolución judicial de la pretensión indemnizatoria de la persona trabajadora derivada de la vulneración de sus derechos fundamentales con motivo de las actuaciones probatorias ilícitas, basada en el artículo 183.1 LRJS.

Sobre los antecedentes de hecho relevantes para la resolución del recurso de amparo, señalar, en apretada síntesis, que la trabajadora actuante (profesional con categoría de Project Office) prestaba servicios desde 1979 para la entidad “Amadeus Soluciones Tecnológicas, SA”, organización en la que se venían aplicando “normas de uso aceptable de los sistemas de información, internet y correo electrónico” conocidas por ella. En la carta de despido, basada en el artículo 54.2 ET, apartados b), c) y d), se le imputaban diversos incumplimientos laborales acreditados a partir de la monitorización de su equipo informático: la dedicación solamente de en torno al 30 % de la jornada laboral a labores profesionales, “empleando el 70% de la jornada restante a solventar cuestiones del ámbito de su esfera personal, o sencillamente, a no realizar labor alguna”. Frente al despido, la trabajadora interpone demanda ante los Juzgados de lo Social, esgrimiendo la vulneración de su dignidad (artículo 10.1 CE) y de sus derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 3 CE) como consecuencia de la citada monitorización, reclamando la nulidad del despido (o subsidiariamente su improcedencia) así como la condena a la empresa de una indemnización por los daños materiales y morales ocasionados por la intromisión ilegítima llevada a cabo. El Juzgado de lo Social Nº 19 de Madrid, en Sentencia de 19-11-2017 estimó parcialmente la demanda, apreciando la vulneración de tales derechos y declarando la nulidad del despido, de acuerdo con el artículo 55.5 ET, por haberse producido “con vulneración de derechos fundamentales”, por cuanto que la monitorización del ordenador, en las concretas condiciones en que se llevó a cabo, no estaba justificada desde el punto de vista de su necesidad y se verificó en condiciones desproporcionadas (con cita de la STEDH 5-12-2017, Caso *Barbulescu II*), pudiéndose haber alcanzado el objetivo empresarial a través de actuaciones menos invasivas. Se condena así a la empresa a una indemnización de 6.251 Euros, siguiendo la doble finalidad resarcitoria y preventiva contemplada por el artículo 183 LRJS, acogiendo como parámetro de cuantificación el importe de las multas previstas en la LISOS (artículo 40.1 c)) para las actuaciones empresariales contrarias a tales derechos fundamentales. No se estima, en cambio, la

cuantía indemnizatoria de un año de salario reclamada por la trabajadora (51.439,40 Euros); como tampoco la apreciación de una conducta de acoso laboral por parte de la empresa.

Interpuesto Recurso de suplicación, la STSJ Madrid 13-9-2018 acoge el argumento de la empresa según el cual, aun desechándose la prueba documental en la que constaba el resultado de la monitorización por haber sido declarado ilícita, se debía estimar la procedencia, o subsidiariamente la improcedencia del despido, y no su nulidad, en función de si quedan o no probados los incumplimientos contractuales alegados en la carta de despido a partir de una valoración del resto de las pruebas no excluidas. Se abogaba pues, en el citado pronunciamiento, por la tesis de la distinción entre el despido con violación de derechos fundamentales y la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba, negando además a partir de dicha argumentación la condena indemnizatoria *ex* artículo 183 LRJS, al declararse el despido como improcedente.

Inadmitido a trámite el Recurso de casación para la unificación de doctrina interesado por ambas partes (ATC 24-9-2018), la trabajadora presenta la demanda de amparo ante el TC frente a ambas resoluciones judiciales. Recurso que es admitido a trámite por la Sala Primera del TC, al apreciar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 LOTC), dado que el mismo planteaba un problema, o afectaba a una faceta del derecho fundamental “*sobre el que no hay doctrina del tribunal*” (en los términos de la STC 155/2009). La representación letrada de la empresa, en sus alegaciones frente al otorgamiento del amparo solicitado, se aferra a la tesis según la cual la consecuencia de la obtención de una prueba de forma ilícita se encuentra tasada en el ordenamiento jurídico (artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS) y consiste exclusivamente en la eliminación de la misma del procedimiento judicial. A partir de lo cual, se considera que la STSJ Madrid 13-9-2018 satisfizo plenamente el estándar de razonabilidad y motivación reforzada utilizado por el TC para valorar las vulneraciones del artículo 24.1 CE, sin que a éste competa la creación de una nueva causa de nulidad del despido que opere de forma objetiva y automática. Se esgrime, en suma, la ausencia de conexión legislativa entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido disciplinario, pues en un caso se actúa sobre la fuente de la prueba y en el otro sobre la calificación del despido, quedando reservada la nulidad para cuando el móvil del despido sea la vulneración de los derechos fundamentales. Y al tiempo se tilda al recurso como una suerte de “supercasación” que pierde de vista el objeto propio del amparo constitucional, al pretenderse del TC un pronunciamiento sobre cuestiones de legalidad ordinaria.

El Ministerio Fiscal, por su parte, en sus alegaciones, sí que interesaba en cambio el otorgamiento de amparo, al considerar vulnerado el artículo 24.1 CE, en relación con los artículos 18.1 y 3 CE. Recuerda éste que la doctrina constitucional sobre los efectos de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales se plasma fundamentalmente en los procesos penales y está vinculada al principio de presunción de inocencia. Y subraya al tiempo la relevancia, como destacado precedente en la materia, de la STC 196/2004: dicho pronunciamiento consideró que, conforme a una constante doctrina del TC, la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por un despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos: esto es, la nulidad del mismo. Apunta no obstante el Fiscal, que en todos los precedentes constitucionales se habían enjuiciado procesos en que la vulneración del derecho fundamental se producía en el despido mismo (despido del trabajador por un “acto lícito” de éste, en ejercicio de sus derechos fundamentales: libertad de expresión o libertad sindical). En este sentido, se considera infundada y “radical” la interpretación literal del artículo 55.5 ET, pues supondría dar los mismos efectos del despido nulo a supuestos diferentes: a) despidos en que la causa única surge de la violación del derecho fundamental, aunque no sea el hecho de despedir el que viola el derecho fundamental; y b) vulneraciones del derecho fundamental al obtener las pruebas, cuando del resto de pruebas lícitas se justifique la infracción laboral. En el caso analizado, a juicio del Fiscal, el empresario alegaba varios motivos y causas de despido, pero la única con gravedad suficiente era precisamente la acreditada a través de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, por lo que la interpretación congruente con el artículo 55.5 ET era la nulidad del

despido. No se considera errónea, así las cosas, la tesis interpretativa de la STSJ Madrid 13-9-2018, sino más bien su aplicación al caso concreto.

2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y SUS PREMISAS ARGUMENTALES BÁSICAS: EL EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE EL PRISMA Y ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ARTÍCULO 24 CE) Y SU CONSIDERACIÓN COMO CUESTIÓN DE LEGALIDAD ORDINARIA

El pronunciamiento del TC, como se ha apuntado, afronta esencialmente la demanda de amparo a partir del canon de enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE -en relación con los derechos sustantivos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículos 18.1 y 3 CE)-, en su vertiente de derecho a una respuesta motivada y razonada sobre las pretensiones esgrimidas judicialmente. Se descarta la afectación de los citados derechos sustantivos, al haberse producido una “*lesión extraprocesal*” causada por la empresa al monitorizar el ordenador para justificar el despido. En este sentido, afirma la doctrina constitucional que del contenido esencial de los citados derechos fundamentales “no dimana ni una exigencia, ni un derecho subjetivo que pueda amparar la calificación del despido disciplinario (...) como nulo”: de ser así, los derechos fundamentales, además de concretar un espacio determinado de libertad, integrarían en su contenido esencial el derecho subjetivo a la ineficacia de los actos atentatorios de su intangibilidad. De este modo, se afirma que *entre la lesión empresarial de un derecho fundamental y la calificación judicial del despido no hay una “consecutividad lógica y jurídica”, de modo que “no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo”*. A partir del citado planteamiento, por consiguiente, el objeto de amparo se focaliza exclusivamente en el ámbito material de protección derivado del artículo 24 CE, el cual se satisface con la obtención de una resolución judicial no incurso en error de hecho patente, irrazonabilidad o arbitrariedad.

Una vez ubicado el razonamiento jurídico en dicho estricto ámbito de protección constitucional, se somete a análisis la respuesta otorgada a las pretensiones del recurrente por parte de la STSJ Madrid 13-9-2018, cuya línea argumental restringía la vulneración de los derechos fundamentales conducente a la nulidad del despido a la concurrencia de un móvil lesivo, separando, por consiguiente, las vulneraciones producidas por la decisión extintiva empresarial de las derivadas del proceso de obtención de pruebas para acreditar los incumplimientos. Se considera, en suma, que dicha interpretación judicial del artículo 55.5 ET -aunque no unánime, al existir posiciones interpretativas discrepantes en la doctrina judicial de los TSJ- que descarta establecer una suerte de correlación directa entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido -dejando abiertas las calificaciones de procedente o improcedente a la concurrencia de otras pruebas posibles, desconectadas de la obtenida con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas- no puede ser calificada como arbitraria ni manifiestamente irrazonable, al tener un “anclaje positivo” en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el TC viene a rechazar que la interpretación contraria a la efectuada por la sentencia recurrida, acogida por la trabajadora demandante, pueda ser respaldada por ninguno de los pronunciamientos recaídos en la jurisprudencia constitucional previa citados en la demanda de amparo (SSTC 125/2018 y 92/2008), que nada tuvieron que ver con la “ilicitud de prueba alguna”. Como tampoco, con idéntico argumento, en la STC 196/2004, citada por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones. De este modo, en definitiva, el TC se abona finalmente a la premisa según la cual la interpretación del artículo 55.5 ET y su previsión de la nulidad del despido producido “con vulneración de derechos fundamentales” se situaría en el estricto ámbito de la legalidad ordinaria, ajeno, por tanto, en tanto que mero “*control externo*”, al ámbito material del recurso de amparo constitucional. Se afirma así contundentemente que “No es esta sentencia el marco adecuado para exponer los elaborados argumentos favorables y contrarios a cada una de las dos interpretaciones del mencionado precepto, que, incluso utilizando los mismos métodos de interpretación, alcanzan conclusiones opuestas” (F.J. 5º).

Sí que comparte la sentencia comentada la argumentación del Ministerio Fiscal, relativa a la decisión del TSJ de Madrid de dejar sin efecto la indemnización reconocida por la sentencia de instancia en favor de la trabajadora demandante, calificando dicha actuación judicial como un supuesto de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas en el proceso. La resolución impugnada resulta en este punto “incongruente, ilógica y contradictoria”, una vez que la misma había efectivamente declarado la lesión de los derechos fundamentales de la trabajadora causada por el empleador como consecuencia de la monitorización injustificada y desproporcionada de su dispositivo digital, calificación posteriormente negada para reconocer y determinar la indemnización reclamada. Incurre así la sentencia de duplicación en una “incongruencia interna” que no deja de existir porque el despido haya sido declarado improcedente. Se remite la sentencia a la propia literalidad del artículo 183.1 LRJS, norma que exige a la sentencia que declare la existencia de vulneración de un derecho fundamental un pronunciamiento sobre la cuantía de la indemnización. Y es que dicho remedio indemnizatorio no se hace depender en el citado precepto de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales, con independencia de la calificación del despido.

3. APUNTES CRÍTICOS SOBRE AMBOS PILARES ARGUMENTALES: LA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE UNA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA LEGALIDAD ACORDE A LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU TUTELA EN CLAVE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LA LESIÓN

Son sin duda múltiples los aspectos, dimensiones y, en definitiva, ángulos de análisis que se encuentran involucrados en el debate argumental, no precisamente de menor calado, abiertos por el pronunciamiento constitucional que aquí se comenta. El Voto Particular formulado a la sentencia por parte de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, de hecho, pone el foco de su análisis en el cuestionamiento frontal de los dos pilares básicos del aparato argumental sobre el que reposa todo el razonamiento jurídico: a) la consideración del objeto de la discusión como una cuestión de legalidad ordinaria; y b) la aplicación del restrictivo canon valorativo *ex* artículo 24.1 CE, en su faceta de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho, dotada de “anclaje positivo” en nuestro ordenamiento simplemente al estar carente de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente.

Vaya por delante nuestra sustancial coincidencia con la posición discrepante con la doctrina mayoritaria de la Sala formulada en el citado Voto Particular. Se encuentra plenamente justificado, en nuestra opinión, considerar que la cuestión sometida a examen no era una simple cuestión de legalidad ordinaria, al afectar la misma al ámbito material de las consecuencias que han de derivarse de la vulneración de los derechos fundamentales. No en vano, el artículo 55.5 ET es un precepto directamente conectado con la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales; de tal forma que en la determinación de su alcance aplicativo y consecuencias no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse “un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental” invocado ante el órgano judicial. Las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva, en tales casos, deberían ser distintas, más estrictas y reforzadas cuando, a pesar de no versar directamente la decisión judicial sobre la delimitación de los contornos técnicos de un derecho fundamental, uno de tales derechos, distintos de la tutela judicial efectiva, se encuentren “implicados”, “vinculados”, “conectados”, “en juego” o “afectados” por tal decisión – siguiendo la diversa terminología textualmente empleada por una extensa y consolidada doctrina del propio TC, cuyos principales exponentes son expresamente aludidos en el Voto particular (SSTC 25/2000; 63/2001; 164/2003; 186/2003; 192/2003; 11/2004; 71/2004; 63/2005; 180/2005; 224/2007; ó 92/2008). Como punto de partida, por consiguiente, en un caso como el analizado, además de una resolución motivada y fundada en derecho, el canon valorativo debería de consistir

en la exigencia de “una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego, que exprese o trasluzca una argumentación axiológica que sea respetuosa con su contenido”.

A partir de la asunción de este canon reforzado de protección, entendemos, en la línea argumental del Voto Particular, que debería cobrar relevancia el hecho de que, en el supuesto analizado, *fue justamente la actuación ilícita de la empresa*, vulneradora de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones -tal y como se declaró judicialmente por la propia STSJ Madrid 13-9-2018 impugnada- *el auténtico acto de génesis de la decisión extintiva*. Ante casos de estas características, en los que, recordemos, *la prueba ilícita se recogió en la carta de despido*, la distinción entre decisiones extintivas que vulneran un derecho fundamental y vulneraciones ocasionadas en el proceso probatorio, resulta ciertamente forzada o incluso artificiosa: no son actos separables, al presentar una “unidad de acción y de intención” para obtener el resultado extintivo perseguido. Y en tal medida se aleja de la interpretación del artículo 55.5 ET (despidos “con vulneración de derechos fundamentales”) más acorde con la protección efectiva de aquellos, alineada con el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales (STC 200/2014).

Se aparta notoriamente de dicho principio, entendemos, una interpretación judicial del citado precepto estatutario como la impugnada, que confina a la completa irrelevancia calificatoria la metodología y los procedimientos de actuación empresarial seguidos para llevar a cabo un despido disciplinario. Y es que dicha conclusión impide un resarcimiento integral de los perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental: no basta para ello como sucede en los procesos penales, con declarar que la prueba es ilegal y excluirla de su valoración judicial: en un proceso laboral por despido resulta preciso en cambio, en aras de lograr el resarcimiento pleno de la vulneración y la reposición de la situación jurídica anterior a la lesión, la declaración de la nulidad del despido prevista en el artículo 55.5 ET.

Especial importancia reviste en este terreno, como destacado precedente en la doctrina constitucional, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, relativa al conocido supuesto del despido de una trabajadora a partir de un análisis clínico del que se obtuvo información por parte de la empresa relativa al consumo de estupefacientes, llevado a cabo sin información previa sobre su finalidad. Si bien en aquel supuesto no se reconoció la vulneración del derecho fundamental por parte de la resolución de suplicación impugnada -sí previamente por el Juzgado de lo Social, y posteriormente por el propio TC-, sí que resulta extrapolable al caso analizado el efecto o consecuencia que dicho precedente concedió a la vulneración del derecho fundamental, determinándose la eliminación completa de los efectos de aquella a través de la nulidad del despido. Que dicho precedente, en el que se consagra efectivamente la nulidad del despido, versaba sobre un supuesto de prueba obtenida ilícitamente con vulneración de derechos fundamentales, constituye una aportación argumental difícilmente soslayable. También, por cierto, a los efectos de considerar el criterio interpretativo avalado por la STC 61/2021 como una modificación explícita de su doctrina previa, que hubiese merecido quizá su sometimiento a la decisión del Pleno del TC (artículo 13 LOTC).

No menos compartible resulta el rechazo, denunciado por el Voto Particular, a la ponderación judicial de la contemplación de otros hechos incluidos en la carta de despido, como si se tratase de un despido pluricausal. En puridad, como se sabe, dicha categoría hace referencia a aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a la presentación de un panorama indiciario de lesión de un derecho fundamental, el empresario logra probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la decisión extintiva (SSTC 48/2002; 7/1993): en tales casos, “el empresario ha de probar tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo además alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste meramente intentarlo”. Se trata obviamente de un corpus doctrinal que no puede traerse a colación en el caso analizado por la STC 61/2021, teniendo en cuenta que en el mismo no se ha acreditado por el empleador la concurrencia de circunstancias suficientes para proceder al despido disciplinario al

margen de la que trae causa de la vulneración de los derechos fundamentales: antes bien, se trata de un despido en conexión directa con dicha vulneración.

4. EL TRÁNSITO DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS HACIA LAS LESIONES “EXTRAPROCESALES” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Y LA INEXISTENCIA DE UNA “CONSECUTIVIDAD LÓGICA Y JURÍDICA” ¿UNA MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?

A partir de lo expuesto hasta el momento se puede ciertamente asumir que la pieza argumental basilar, auténtica clave de bóveda sobre la que reside el razonamiento jurídico de la STC 61/2021 aquí comentada consiste esencialmente en la desvinculación de la demanda de amparo de la infracción de los derechos fundamentales sustantivos alegados (artículo 18.1 y 3 CE), y su ubicación en el canon de enjuiciamiento exclusivo del artículo 24.1 CE en su faceta de derecho a una resolución motivada y fundada en derecho. Partiendo de un destacado conocimiento de la conformación técnica de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, cualificadas opiniones han llegado a calificar la doctrina sentada en su F.J. 3º como una operación argumental (...) para “corregir” la demanda de amparo, y así “dejarla desprovista de la alegada infracción de los derechos fundamentales sustantivos” (CASAS BAAMONDE)¹.

Es en el marco de esta operación, en suma, en el que la calificación del despido es reducida a una simple cuestión de legalidad ordinaria, desatendiéndose completamente la circunstancia de que la nulidad del despido (nulidad “radical” o *ab radice*), en la terminología inicialmente adoptada por la STC 38/1981, es justamente la consecuencia prevista para los despidos que tengan por móvil alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o se produzcan con vulneración de derechos fundamentales (artículo 55.5 ET). A dicho pronunciamiento, de hecho, cabe también atribuir inicialmente la relevancia constitucional de las reglas de distribución de la carga de la prueba indiciaria para la efectividad de los derechos fundamentales, cuya inobservancia trae consigo la vulneración del derecho fundamental sustantivo en juego. Teniendo su origen el artículo 55.5, Párrafo 1º en la propia jurisprudencia constitucional, su interpretación -y concretamente, la de su presupuesto normativo- se ubica decididamente en el espacio de las garantías constitucionales.

El desplazamiento de la interpretación del precepto desde el canon de la interpretación reforzada -por estar el derecho a la tutela judicial efectiva vinculado a otros derechos fundamentales- hacia el canon externo y negativo del derecho a una resolución motivada y fundada en derecho, ya había sido, de hecho, apuntado con anterioridad en señalados Votos particulares a determinadas sentencias del TC (formulados por el Magistrado Conde Martín de Hijas). Los cuales exhibían precisamente su desacuerdo, de manera concreta, con el canon reforzado de constitucionalidad sostenido por las SSTC 92/2008 y 124/2009, relativas a la interpretación del artículo 55.5 b) ET (procedente de la Ley 39/1999), en materia de nulidad objetiva del despido, por tratarse de un supuesto en el que está en juego el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). Canon reforzado que también se sostuvo, con posterioridad, en la STC 173/2013 sobre extensión de la nulidad al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba en el caso de trabajadoras embarazadas. En este último caso, por cierto, con Voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Re propugnando la sustitución del canon de constitucionalidad reforzado directamente por el del derecho sustantivo afectado.

En la operación correctora señalada, el TC viene ciertamente a utilizar como palanca para promover la mutación del canon valorativo una serie de materiales argumentativos extraídos de la

¹ Vid. 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 Laboral*, núm. 4, 2021, p. 12.

conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre, pronunciamiento que constituye ciertamente un referente en torno a la doctrina de la exclusión procesal de las pruebas ilícitamente obtenidas en el proceso laboral. Venía dicha sentencia a separar efectivamente la lesión empresarial o “extraprocesal” de derechos fundamentales sustantivos de la que se obtiene una prueba ilícita, de su posterior utilización en el proceso, en el que la admisibilidad de ésta no vulneraría directamente aquellos derechos sustantivos, sino en su caso los derechos procesales (derecho a un proceso con todas las garantías, *ex* artículo 24.1 CE). En dicho precedente, se denunciaba en amparo la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.1 CE), al haberse admitido como prueba del despido de un instrumento ilegítimamente adquirido: la grabación magnetofónica por parte de una tercera persona ajena a la empresa inducida por el propio trabajador para lograr un beneficio propio. Es por ello por lo que la lesión se imputaba directamente en tal caso a actuaciones judiciales, y no a la empresa en su decisión de despido. Son, por consiguiente, las peculiaridades de dicha demanda de amparo las que quedan reflejadas en el razonamiento jurídico de la STC 114/1984, siendo incorporada su doctrina finalmente, en un muy diferente contexto fáctico, a la STC 61/2021 en su F.J. 3º.

La tesis de la inexistencia de una “consecutividad lógica y jurídica” entre la posible lesión extraprocesal del derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión se formulaba pues, en la STC 114/1984, teniendo en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se vulnera extraprocesalmente para obtener la prueba y aquella otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso. La extrapolación descontextualizada de dicha línea argumental es la que viene a servir, a la postre, para desproveer a la demanda de amparo de su enraizamiento en los derechos fundamentales sustantivos del artículo 18.1 y 3 CE. Es así como se proclama “la inexistencia de un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo” en expresión procedente de la citada STC 114/1984, así como la no adscripción a su contenido esencial “de la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de dichos derechos”. (F.J. 2º). Una premisa argumental que, proyectada fuera del contexto original al que obedecía su formulación, viene a desconocer que “una cosa es el contenido esencial de un derecho fundamental, garantía frente al legislador democrático (artículo 53.1 CE), y otra muy distinta, la efectividad y eficacia de los derechos fundamentales frente a los demás poderes públicos y a los privados” (CASAS BAAMONDE).

Antes bien, en el contexto de las numerosísimas sentencias del TC en las que se ha confirmado o rechazado la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, cabe indubitadamente atribuir a la STC 196/2004 (despido a partir de un análisis clínico del que se obtuvo información relativa al consumo de estupefacientes), como hace el Voto particular a la STC 61/2021, el establecimiento de una conexión o “consecutividad lógica y jurídica” entre la ilicitud de la prueba practicada mediante la afectación no consentida, informada ni justificada del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 ET) y su despido, determinándose que la reparación de la lesión del derecho fundamental que hubiese sido causada por el despido debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, y por ende, su nulidad. Un canon de constitucionalidad posteriormente mantenido por las SSTC 241/2012 y 170/2013, aunque en las mismas el TC no apreciase vulneración del derecho a la intimidad ni del derecho al secreto de las comunicaciones.

A mayor abundamiento, la doctrina constitucional sentada por la STC 61/2021 no deja de exhibir una notoria fricción con criterios interpretativos de la jurisprudencia constitucional más que consolidados. Como lo es, sin duda, el de que no resulta exigible la concurrencia de un elemento intencional como componente de la vulneración de los derechos fundamentales, puesto que ésta no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, o a la indagación de factores psicológicos o subjetivos de dificultosa apreciación. El elemento intencional resulta irrelevante ante la presencia de un nexo de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma (SSTC 1/1998, 225/2001 y 196/2004).

A la vista de las anteriores consideraciones, y en particular de las dificultades para soslayar con éxito la tan citada STC 196/2004, cobra pleno sentido, a nuestro juicio, el parecer expuesto en el Voto Particular que se formula por parte de la Magistrada Balaguer Callejón: la STC 61/2021, más que formular *ex novo* un corpus doctrinal sobre un aspecto “sobre el que no hay doctrina del Tribunal”, o de aclarar la doctrina preexistente, ha venido propiamente a introducir una patente modificación o apartamiento de las coordenadas interpretativas preexistentes (textualmente se habla en este sentido en el Voto particular de “*overruling*”). Lo cual hubiese preceptivamente requerido (artículo 13 LOTC) de una elevación del debate y votación al Pleno del TC. Caso de avalarse por este último el giro doctrinal, se hubiese impuesto además la conveniencia -o más bien necesidad- de una formulación adecuada y argumentada de la inflexión efectuada y de los nuevos criterios interpretativos procedentes del proceso de reflexión interna para facilitar su adecuado conocimiento por parte de los operadores jurídicos.

5. REFLEXIÓN CONCLUSIVA SOBRE EL IMPACTO DE LA NUEVA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DIGITALES LABORALES

Tras la STC 61/2021, de 15 de marzo, goza pues de un anclaje constitucional expreso por un lado, la postura jurisprudencial mayoritaria en suplicación (*vid.*, por todas, STSJ Cataluña 4-6-2019) según la cual, pese a la eventual nulidad de las pruebas -en particular, digitales- de los incumplimientos laborales, cabe preservar la eficacia y validez de las actuaciones sancionadoras. Concretamente un despido disciplinario concomitante a una prueba digital ilícita por vulneración de los derechos del artículo 18 CE podrá ser declarado como improcedente de haberse aportado otras pruebas no contaminadas, o simplemente ante la ausencia de prueba adicional lícita alguna, si no se acredita que el empleador tuviese como móvil la vulneración de derechos fundamentales: ello se descarta para el TC si se persigue solamente la acreditación de los incumplimientos del trabajador. Lo cual, por cierto, se sitúa en la línea “despenalizadora” propia de la interpretación del artículo 197 CP a cargo de la Sala 2ª del TS relativa a la acreditación de ilícitos penales.

No obstante, por otra parte, desde el TC se apuntala el criterio de la automaticidad del derecho a una indemnización *ex* artículo 183 LRJS, en su caso adicional a la derivada de la improcedencia del despido, en contra de las reticencias mostradas en multitud de niveles jurisprudenciales (incluyendo el TS y el propio TEDH: Caso Barbulescu II); reparación que, en caso de vulneración del derecho a la protección de datos (artículo 18.4 CE), cuenta con el respaldo normativo añadido del artículo 82 RGPD. La solicitud de una indemnización correspondiente al daño moral provocado por la prueba ilícita deberá ser atendida, al margen de la calificación que se otorgue al despido, teniendo en cuenta no sólo su finalidad reparadora, sino también preventiva o disuasoria. Esta segunda faceta, no obstante, puede quedar notoriamente debilitada, en particular en su variante preventivo general (para otros supuestos posteriores), entendemos, con carácter general, ante la “recompensa” empresarial obtenida en forma de eficacia y validez del despido.

Si se coincide en que la efectividad en el disfrute de los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento reside, en buena medida, en la eficacia de sus garantías secundarias -técnicas que persiguen asegurar el cumplimiento del contenido real de los derechos-, poco contribuye la doctrina constitucional, efectuando un balance entre sus dos dimensiones, a impedir las conductas de abstención o renuncia al ejercicio real de los derechos digitales laborales (“*chilling effect*”) reconocidos primariamente a las personas trabajadoras a partir del RGPD y la LOPDP-GDD (LO 3/2018). El justo equilibrio entre derechos fundamentales (la obtención de pruebas por parte para hacer valer en un proceso laboral tiene indiscutible arraigo en el artículo 24 CE) debería conducir a los tribunales laborales, en todo caso, igualmente a partir de la nueva doctrina constitucional, a efectuar juicios de ponderación que no impliquen un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales (en particular, digitales) en juego, que reduzca su proclamación normativa a un puro simbolismo. Lo cual sucederá, desde luego, si la reparación no resulta íntegra en la medida de lo posible, ni disuasoria de futuras violaciones de derechos sustantivos fundamentales que puedan

derivar de pruebas tecnológicas injustificadas, no transparentes o manifiestamente desproporcionadas.

6. BIBLIOGRAFÍA

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 Laboral*, núm. 4, 2021.