

¿Una “tercera” doctrina judicial sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus efectos en la calificación del despido?

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia declara con contundencia la intromisión ilícita en el derecho fundamental a la intimidad personal de la trabajadora producida por el registro de un maletín por otra trabajadora, ilicitud que contamina indirectamente el posterior registro de la empresa, fuente de la prueba de los hechos y de la causa del despido de la trabajadora propietaria del maletín. Privado el despido de su causa, en virtud de prueba indirectamente ilícita, la sentencia declara el despido improcedente, ya que no se efectuó con ánimo lesivo del derecho fundamental de la trabajadora despedida, ni produjo violación de su derecho fundamental. Procede indemnizar a la trabajadora por los daños y perjuicios derivados de la lesión de su derecho fundamental causada por la obtención ilegítima de las pruebas y por su aportación al acto del juicio oral, en la que, sin embargo, no hubo ánimo lesivo. Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuante relevante.*

Palabras clave: *Derecho fundamental a la intimidad. Vulneración. Prueba ilícita. Registro de pertenencias de los trabajadores. Improcedencia del despido. Nulidad del despido. Propósito de vulneración de derechos fundamentales.*

Abstract: *The judgment of the Social Chamber of the Superior Court of Galicia forcefully declares the illegal interference in the fundamental right to personal privacy of the worker caused by the search of a briefcase by another worker, an illegality that indirectly contaminates the subsequent registration of the company, source of proof of the facts and the cause of the dismissal of the worker who owned the briefcase. Deprived of the dismissal of her cause, by virtue of indirectly illegal evidence, the sentence declares the unfair dismissal, since it was not carried out with an intent to harm the fundamental right of the dismissed worker, nor did it violate her fundamental right. It is appropriate to indemnify the worker for the damages and losses derived from the infringement of her fundamental right caused by the illegitimate obtaining of the evidence and by her contribution to the act of the oral trial, in which, however, there was no harmful intention. And the absence of an intention to violate fundamental rights is a relevant mitigating circumstance.*

Keywords: *Fundamental right to privacy. Violation. Illicit evidence. Registration of workers' belongings. Unfairness of the dismissal. Annulment of the dismissal. Purpose of violation of fundamental rights.*

I. Introducción

La cuestión de la relevancia constitucional de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales es, sin la menor duda, de máxima importancia, tanto desde el punto de vista de la construcción de la teoría de los derechos fundamentales, como desde el de su proyección en el ámbito del contrato de trabajo y en los poderes extintivos empresariales y, de modo particular, en la calificación del despido.

La cuestión accedió por vez primera al Tribunal Constitucional en el caso de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, de amparo, en la que el Tribunal formuló una doctrina general, muy cuidada y matizada, ante la ausencia de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico. La conclusión del Tribunal fue la necesidad de ponderar, en cada caso, el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés en el reconocimiento de la plena eficacia de los derechos constitucionales para dar acogida preferente a uno u otro, sin que exista “un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita” (FJ 2). En ausencia de ley y de que sea un derecho subjetivo fundamental autónomo, el Tribunal no dejó de vincular “la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental” con “la posición preferente” de éstos y su condición de “inviolables” (art. 10.1 de la Constitución), que garantiza “la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución” y “la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”; y, en concreto, con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Añadiendo que “cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento” la “exigencia prioritaria” es “atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso” (FJ 4). En el proceso laboral de instancia, cuya sentencia había declarado la procedencia del despido del demandante, se había tenido como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. La sentencia de amparo constitucional descartó la vulneración del derecho fundamental sustantivo alegado, el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), afirmando que no dispensaba protección en relación con los propios comunicantes. No existe en nuestro ordenamiento un “hipotético derecho a la voz”, sino como concreción del derecho a la intimidad (FJ 8).

La doctrina de la STC 114/1984 fue recogida en numerosas sentencias de amparo de contenido penal, en que el Tribunal indubitadamente afirmó que “la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)” (STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4, por todas).

En el ámbito material de las relaciones de trabajo la cuestión de la prueba ilícita no resurgió de manera polémica hasta la STC 61/2021, de 15 de marzo^[1], que, como no podía ser de otra manera, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, aquí comentada, cita expresamente y aplica, y de la que ofrece una particular interpretación, con la que dice abrir una tercera vía en el campo en que, hasta el momento, se habían movido sus análisis doctrinales, laudatorios y críticos. Como sentencia de esa “tercera” vía enuncia un camino argumental sobre la ilicitud de la prueba vulneradora de derechos fundamentales y sobre la calificación del despido, de la que es pieza esencial la existencia o la falta de intención empresarial de causar la lesión de los derechos fundamentales para declarar su nulidad o su improcedencia o

procedencia, que, no obstante esa “tercera” vía, en el caso, conduce a los mismos resultados de la STC 61/2021.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 925/2023, de 15 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 6281/2022.

ECLI: ES:TSJGAL:2023:910

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema litigioso se suscita por un despido disciplinario, calificado por la sentencia de instancia impugnada en suplicación, de nulo al basarse en prueba obtenida ilícitamente al abrir otra trabajadora el maletín, olvidado en lugar ajeno a la empresa -un establecimiento abierto al público- por la trabajadora despedida, que contenía documentación de la empresa, sin que concurriesen los requisitos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La apertura del maletín no respondió a la necesidad de identificar a su propietario o de comprobar su contenido para garantizar la protección del patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores, porque no existía la más mínima sospecha sobre la trabajadora despedida. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia declara la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora. Sin embargo, considera que no hubo ánimo de vulneración de derechos fundamentales en la obtención de las pruebas ilegítimas, ni por parte de la empresa ni de la trabajadora que accedió primero al contenido del maletín, lo que califica de circunstancia atenuante relevante. La sentencia condena a la empresa, por la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora, al pago de una indemnización de daños y perjuicios de 6.000 euros, y a ejercer la opción entre el pago de salarios de tramitación y la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización correspondiente al despido disciplinario improcedente.

1. Hechos

La trabajadora era Directora de Departamento de Empleo y Formación de la Confederación Empresarial de Ourense. Fue despedida disciplinariamente por la empresa el 22 de enero de 2022 como consecuencia de haber obtenido ésta conocimiento del hecho de que la trabajadora estaba en posesión de documentos de la empresa que guardaba en un maletín que olvidó en las instalaciones de un establecimiento abierto al público -el Liceo Recreo Ourense- y que fue entregado a la Confederación Empresarial de Ourense por quien lo había recibido de una trabajadora de hostelería del Liceo Recreo Ourense. El maletín fue abierto por dos trabajadoras de la Confederación Empresarial de Ourense para conocer su contenido (la sentencia de suplicación dirá, atendiendo a la prueba testifical practicada en el juicio oral, que realmente fue una trabajadora quien lo abrió y, a la vista de lo que encontró, avisó a la segunda), y, al comprobar que contenía documentación de la Confederación, lo pusieron en conocimiento de su secretario general, quien ordenó a una trabajadora la elaboración de un inventario con el contenido del maletín, que se adjuntó a la carta de despido. El secretario general de la Confederación Empresarial acudió al Liceo Recreo Ourense, donde se entrevistó con su gerente al que enseñó

una foto de la trabajadora despedida, reconociéndola aquel como dueña y portadora del maletín. En el proceso de despido se celebró la conciliación sin avenencia ante el SMAC.

La trabajadora había sido objeto de un anterior despido disciplinario -el 25 de enero de 2021-, frente al que formuló demanda, turnada al Juzgado de lo Social núm, 3 de Ourense, habiéndose alcanzado acuerdo en el acta de conciliación -el 29 de abril de 2021-, por el que se reconoció la improcedencia del despido y la posterior readmisión de la trabajadora con efectos de 10 de mayo de 2021. Según explicó la presidenta de la empleadora en el acto del juicio oral del segundo despido, que es el que aquí interesa, aquel primer despido se produjo por el extravío de un portátil propiedad de la empleadora, que la trabajadora devolvió en el acto de conciliación, razón por la que, al devolverlo, se la readmitiera. Desde el 17 de diciembre de 2021 la trabajadora estuvo en situación de IT derivada de contingencias comunes con el diagnóstico de crisis de ansiedad.

2. Antecedentes

La trabajadora presentó demanda de despido disciplinario contra la Confederación Empresarial de Ourense. La sentencia de 30 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense estimó la demanda de la trabajadora y declaró nulo su despido, notificado el 22 de enero de 2022, por vulneración de sus derechos fundamentales, condenando a la Confederación Empresarial demandada a la readmisión inmediata de trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación. Desestimó la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de la trabajadora demandante.

La sentencia es recurrida en suplicación, tanto por la Confederación Empresarial condenada, como por la trabajadora, habiendo sido ambos recursos objeto de la correspondiente impugnación.

IV. Posición de las partes

1. De la trabajadora demandante y recurrente

La trabajadora recurre en suplicación la desestimación por la sentencia de instancia de su pretensión de indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 60.000 euros. Denuncia la infracción, por interpretación errónea e inaplicación, de los artículos 183.1 y 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), argumentando que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios y justificando la cuantificación de la indemnización solicitada de 60.000 euros.

En el escrito de impugnación del recurso de la empresa, sostuvo, adicionalmente, la calificación de nulidad del despido disciplinario por considerarlo una represalia frente al anterior proceso de despido dada la proximidad temporal entre ambos.

2. De la Confederación Empresarial de Ourense, demandada y condenada por despido nulo y recurrente

La Confederación empleadora demandada combate la calificación de nulidad del despido de la trabajadora, de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, con la pretensión de su declaración como procedente, o subsidiariamente improcedente. Considera infringidos los artículos 18 del ET, en relación con los artículos 55.5 y 6 del mismo texto legal, y el artículo 18 de la Constitución Española. Pretende, por ello, principalmente, la declaración de procedencia del despido, pues fue lícita la prueba aportada como justificativa de los hechos y la causa de despido disciplinario; subsidiariamente solicita que el despido disciplinario de la trabajadora sea calificado de improcedente, ya que, si la prueba fuera ilícita, la consecuencia sería la falta de prueba de la causa del despido, lo cual conduciría a la calificación de su improcedencia, y no de su nulidad.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española

- “Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[...].

Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.

Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

- “Artículo 11

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

[...]

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

“Artículo 90. Admisibilidad de los medios de prueba

[...]

2. No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas [...].”

VI. Doctrina básica

La sentencia comienza a sentar su doctrina identificando la esencia del problema litigioso que ha de resolver: si la obtención de la prueba para despedir ha producido la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) de la trabajadora despedida, derecho desarrollado en el ámbito de las relaciones de trabajo por el art. 18 del ET -bajo el desajustado título “Inviolabilidad de la persona del trabajador”-, que limita la posibilidad de efectuar “registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares” a su carácter necesario “para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa”, con los condicionamientos de que dichos registros se practiquen dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, con respeto máximo a la dignidad e intimidad del trabajador, y esté presente en los registros un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, otro trabajador de la empresa, “siempre que ello fuera posible”.

1. Sobre la ilicitud de la prueba del despido obtenida con vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de la trabajadora despedida en los dos momentos de su obtención

La sentencia no deja duda de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, causada por la apertura del maletín por ella olvidado y el acceso a

su contenido, primero, por otra trabajadora y, después, por la empleadora a través de su secretario general. Pero distingue dos momentos temporales en la obtención ilícita de la prueba para despedir.

En un primer momento, cuando el maletín olvidado por la trabajadora despedida en lugar abierto al público fue llevado a la Confederación Empresarial y abierto por la trabajadora que lo recibió, no se sabía a quién pertenecía el maletín. Pero, dice bien la sentencia, ese desconocimiento no legitimaba la apertura del maletín y el acceso a su contenido, ni con la finalidad de identificar a su propietario, ni con la de comprobar lo que había dentro. El acceso al contenido del maletín, un “efecto particular” de la trabajadora despedida, solo hubiera sido legítimo en las condiciones exigidas por el artículo 18 del ET, que no concurrieron y, por ello, ni siquiera se alegaron: la identificación de su propietaria o la comprobación del contenido del maletín debían haber sido necesarias para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores de la empresa. Sin embargo, en aquel momento inicial no existía ni la más mínima sospecha de que la persona propietaria del maletín hubiera incurrido en un incumplimiento contractual. Nada, pues, justificaba el registro.

Destaca la sentencia que, en aquel momento primero, la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a su intimidad personal se produjo sin mediar orden de la empresa, por una decisión libre de la trabajadora de la empleadora que recibió el maletín, a la que no guiaba ánimo alguno de vulnerar un derecho fundamental. En el juicio oral la trabajadora declaró que había abierto el maletín ajeno de buena fe ante las dudas sobre su contenido, ya que quien se lo entregó dijo que era un portátil, que, en cambio, su tacto desmentía. Insiste la sentencia en que esa buena fe “no purifica el acceso” al contenido del maletín, no justificado por las causas de necesidad del artículo 18 del ET. Cuestión distinta hubiera sido que el litigio versare sobre la imposición de una sanción por el empresario a la trabajadora que abrió el maletín, supuesto en que la ausencia de ánimo infractor de un derecho fundamental “obviamente sería una circunstancia muy relevante”.

El segundo momento es el protagonizado por el secretario general de la Confederación Empresarial de Ourense, puesto en conocimiento del contenido del maletín por las trabajadoras. El secretario general ordenó un registro del maletín a una tercera trabajadora, al no tener la Confederación constituida representación legal de los trabajadores, lo que se conformó a las exigencias del artículo 18 del ET. También fue conforme con el precepto estatutario la ausencia en el registro del maletín de su propietaria. Ciertamente, dicho precepto legal no exige la presencia de la trabajadora afectada en la práctica del registro, obviamente cuando éste no versa sobre la propia persona trabajadora. No obstante, esa presencia puede considerarse comprendida en el requerimiento del precepto de respetar “al máximo” la dignidad e intimidad del trabajador en la realización del registro. Sin embargo, no fue incumplida en el en el caso, pues se desconocía la identidad de la persona propietaria del maletín y el registro se llevó a cabo, entre otras cosas, para conseguir su identificación, que se obtuvo cuando aparecieron documentos con notas manuscritas en que la trabajadora encargada del registro reconoció la letra de la demandante. Pese a ello, el intento de la empleadora de cumplimiento del artículo 18 del ET no fue posible, pues la justificación causal del registro -necesidad de protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa- trajo origen del ilegítimo acceso inicial, ilegitimidad que “emponzoña la legitimidad del posterior registro. O sea, el posterior registro ni vale para subsanar el acceso inicial ilícito ya consumado, ni sus formas lícitas convalidan su causa en cuanto está contaminada por dicho acceso inicial ilícito”.

2. Sobre el empeño fracasado de romper la conexión de antijuridicidad entre la fuente de la prueba y el medio de prueba, y de nuevo la ilicitud de la prueba, directa e indirecta

Rechaza la sentencia la virtualidad de la aplicación al caso de la doctrina del hallazgo casual del procedimiento penal, alegada por la Confederación Empresarial de Ourense, con el fin de romper la conexión de antijuridicidad y evitar la ilegitimidad de la prueba del despido de la trabajadora recurrente. De aplicarse esa doctrina al ámbito

laboral, se precisaría que el hallazgo casual de la comisión de un ilícito contractual laboral hubiera sido inevitable y se hubiese producido en el ejercicio de una actuación legítima empresarial, lo que falta en el caso. La sentencia razona con contundencia que ni la trabajadora que accedió al contenido del maletín lo hizo en ejecución de sus obligaciones laborales, sino por propia iniciativa, ni el descubrimiento era inevitable, lo que únicamente sucedería si el bolso estuviera abierto y, sin necesidad de manipularlo, se observase la existencia de unos documentos en su interior.

La sentencia prosigue por el camino abierto por la Confederación Empresarial y se pregunta, sin alegación de parte, por la posible aplicación al caso de la doctrina de la “lista *Falciani*”, que, también en una investigación penal, otorga validez a una prueba obtenida ilícitamente por un particular contra sujetos incriminados en virtud de esa prueba si no existe conexión entre la obtención ilícita de la prueba y los derechos procesales de las partes. También aquí alcanza una conclusión negativa y, con los criterios de la jurisprudencia constitucional (STC 97/2019, de 16 de julio), concluye que la vulneración del derecho fundamental ciertamente no se produjo para obtener la prueba, pero la obtención de la prueba vulneró el derecho fundamental con “tal intensidad” –“afectó al núcleo axiológico primordial de la privacidad”- que el reconocimiento de su validez deviene imposible, además de que su anulación cumple fines “generales de prevención o disuasión” de la vulneración para evitar que “se reiteren en el futuro situaciones similares”.

La prueba del registro del maletín fue ilícita y nula (arts. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS); según la doctrina de la sentencia, no fue directamente ilícita, al cumplirse en el registro del bolso practicado por la empresa las exigencias del artículo 18 del ET, sino “indirectamente ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín, constituyendo fruto del árbol envenenado”.

3. Sobre el recurso de suplicación de la Confederación Empresarial empleadora y la calificación del despido como improcedente al carecer el despido de propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora, ni producirse dicho efecto

La cerrada argumentación de la sentencia sobre la ilicitud de la prueba de la causa del despido, y su consiguiente nulidad, conduce derechamente a desestimar la pretensión principal de la Confederación Empresarial de Ourense recurrente de declaración de la procedencia de un despido sin causa.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de la empresa de improcedencia del despido, la sentencia precisa que su respuesta se sitúa en la muy polémica cuestión de determinar los efectos de la ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales en la calificación del despido producido con causa sustentada en esa prueba ilícita. Recuerda las tesis jurisprudenciales y doctrinales enfrentadas (teoría de la irradiación de la nulidad y teoría de la independencia) y se acoge a una tercera vía de apreciación casuística, en la que sitúa a la STC 61/2021, de 15 de marzo.

En esa ponderación casuística de las circunstancias del caso destaca como elementos relevantes: 1) la vulneración del derecho fundamental *no se produjo por la empleadora*, sino por otra trabajadora, que registró el maletín al margen de sus funciones y, por supuesto, de una orden de la empleadora; 2) la trabajadora actuó de buena fe, “*sin ánimo de vulnerar el derecho fundamental a la privacidad*” de la persona propietaria del maletín; 3) la empleadora acordó un registro posterior conformado a los requisitos del art. 18 del ET “*con la finalidad legítima de aclarar todas las circunstancias*”; 4) el registro empresarial permitió comprobar las irregularidades cometidas e identificar a la propietaria del maletín. Considera especialmente significativo el hecho 1).

Siendo estas las circunstancias del caso, “la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, lo que permite descartar en la decisión de despedir el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante, ni dicho efecto se produce, por más que la ilicitud de aquellas pruebas impidan su utilización para acreditar la causa”.

La sentencia concluye que, en el caso, la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, que, privado causa por la ilegitimidad constitucional y nulidad de su prueba, califica de improcedente.

4. Sobre el recurso de suplicación de la trabajadora y la indemnización de daños y perjuicios por vulneración su de derecho fundamental a la intimidad. La ausencia de intencionalidad infractora de derechos fundamentales como circunstancia atenuatoria relevante de la infracción

La sentencia rechaza la nulidad del despido por represalia de la demanda de despido frente a un despido disciplinario anterior -que había concluido con el reconocimiento empresarial de su improcedencia y la readmisión de la trabajadora-alegada, adicionalmente, por la trabajadora en su escrito de impugnación del recurso de suplicación de la empresa. Descarta, como indicio de la represalia, la supuesta proximidad temporal de ambos despidos, contrarrestada por la significativa distancia temporal entre el acuerdo en conciliación del anterior despido (29/04/2021) y el despido del que traen causa los recursos de suplicación (notificado el 22 de enero de 2022), y por el propio acuerdo de conciliación con readmisión de la trabajadora, “que viene a demostrar que no había ninguna intención de librarse de ella, y luego además se espere más de medio año para represaliarla por haber impugnado aquel despido”.

Y resuelve sobre su solicitud de indemnización de daños y perjuicios, aparejada a la vulneración de su derecho fundamental, cuantificada en la demanda de despido en 60.000 euros, atendiendo a la reincidencia de la empresa en su despido, a su situación de incapacidad temporal por crisis de ansiedad, y al arco sancionador de las infracciones muy graves en su grado medio de la LISOS.

Reconoce la sentencia que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios, siempre procedente por daños morales - sin perjuicio de la acreditación de otros daños físicos o psíquicos-, pues de tal naturaleza es el que produce a una persona la vulneración de sus derechos fundamentales por cuanto afecta a su dignidad. No comparte, en cambio, la sentencia la cuantificación de los daños efectuada por la trabajadora recurrente, que rebaja a 6.000 euros. Tras descartar la reincidencia de la empresa -el despido anterior no fue con violación de derechos fundamentales y se concilió- y la relación de causalidad entre la incapacidad temporal de la trabajadora y la obtención de la prueba ilícita, no acreditada y, por demás, anterior aquélla a ésta, la sentencia vuelve a su doctrina, y precisa que el objeto de la indemnización no son los daños y perjuicios derivados de la pérdida del puesto de trabajo, ya que el despido “no tuvo como móvil la vulneración de derechos fundamentales, ni produjo ese efecto”; los daños indemnizables traen causa de la obtención de pruebas ilegítimas y de su aportación al juicio oral. Y vuelve al centro de su doctrina: la ilicitud de la obtención de la prueba no devino de un ánimo o intencionalidad vulneradora de derechos fundamentales -inexistente, primero, en la trabajadora y, después, en la empleadora-, sino de la propia vulneración de derechos fundamentales como resultado: “Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante” de la vulneración, que ha de compadecerse con una cuantificación inferior de los daños, obtenida orientativamente de las sanciones de las infracciones muy graves contenidas en la LISOS, pero en el grado mínimo y no el medio propuesto por las trabajadora recurrente.

VII. Parte dispositiva

La sentencia falla:

“Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por [... la trabajadora] , y estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la Confederación Empresarial de Ourense contra la Sentencia de 30 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Social número 2 de Ourense, dictada en juicio seguido a instancia de [...la trabajadora] contra la Confederación Empresarial de Ourense, la Sala la revoca, y, con estimación parcial de la demanda rectora de estas actuaciones,

declaramos la improcedencia del despido disciplinario, y, en legal consecuencia, condenamos a la demandada a que readmita a la demandante con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 62,42 euros diarios hasta su readmisión o hasta que la demandante hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esa última fecha y se probase por la demandada lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, o a que, a su elección, la demandada opte, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia y sin esperar a su firmeza, por el abono a la demandante de una indemnización de 38.622 euros. La opción se ejercitará mediante escrito o comparecencia ante la Oficina del Juzgado de lo Social. Si no se optare por readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera. Asimismo, declaramos la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de [... la trabajadora] y condenamos a la Confederación Empresarial de Ourense a abonar 6.000 € a [... la trabajadora]. Devuélvanse a la Confederación Empresarial de Ourense depósitos, consignaciones y aseguramientos. Sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina [...].

VIII. Pasajes decisivos

- “[...E]l nudo gordiano del presente litigio es la determinación de si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba utilizada por la empleadora demandada para acreditar la causa del despido disciplinario de la trabajadora demandante [...] (FD 2º);

- “la vulneración de derechos fundamentales, de existir, se produciría en relación con el derecho fundamental a la intimidad personal contemplado en el artículo 18 de la Constitución Española, cuyo desarrollo legal, en el ámbito de la relación laboral, se encuentra en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, donde, bajo el confuso rótulo “inviolabilidad de la persona del trabajador” (confuso porque su contenido no se refiere a tal cuestión), se contiene una habilitación a la empresa para excepcionalmente acometer ciertas injerencias en la privacidad de las personas trabajadoras [...] (FD 2º);

- “[...]para comprobar si la prueba cuestionada en el presente litigio se ajusta o a las disposiciones anteriores, es oportuno distinguir dos momentos temporales, no tanto a los efectos de la decisión sobre la ilicitud de la prueba, que será la misma en ambos momentos, como a los efectos de la motivación, que será distinta en ambos momentos, y ello además repercutirá en las consecuencias anudadas a la decisión sobre la ilicitud de la prueba (calificación del despido impugnado e indemnización por una vulneración de derechos fundamentales)” (FD 2º);

- “el acceso inicial al contenido del maletín se produjo sin mediar ninguna orden de la empresa, sino en virtud de una decisión motu proprio de la trabajadora de la empleadora que recibió el maletín de la persona que lo entregó y quien, a su vez, lo había recibido de quien lo encontró en un establecimiento abierto al público. Se desconocía en ese momento quien era propietario del maletín. Pero este simple desconocimiento no legitimaba el acceso a su contenido ni con la finalidad de identificar a su propietario, ni con la finalidad de comprobar lo que había dentro. Únicamente sería legítimo el acceso al contenido del maletín si la identificación del propietario o la comprobación del contenido fuera algo necesario para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores de la empresa, pero en el caso de autos no existía, en el momento del acceso inicial al contenido, ni la más mínima sospecha de que hubiera un incumplimiento contractual por quien fuera propietario del maletín, ni tampoco concurría ninguna otra circunstancia (de hecho, ni se alegó nada al respecto) que, por las causas legalmente establecidas de protección del patrimonio empresarial o de trabajadores, justificase el acceso” (FD 2º);

- “[...] no se ha alegado en ningún momento que este acceso inicial al contenido del maletín estuviese guiado por un ánimo de vulneración del derecho a la privacidad.

Al contrario, la trabajadora implicada (en una versión no puesta en duda por ninguna de las partes litigantes) ha manifestado en el acto del juicio oral que lo abrió de buena fe para comprobar su contenido a la luz de las dudas que le surgieron (quien se lo entregó afirmó que era un portátil, y al tacto se podía comprobar que no lo era, lo que le llevó a abrirlo). Pero esta ausencia de ánimo de vulneración de un derecho fundamental, [...] no purifica el acceso que, en ese momento inicial, no se encontraba avalado por la habilitación contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores” (FD 2º);

- “[...] una vez el secretario de la empleadora fue puesto en conocimiento de todas las circunstancias atinentes al hallazgo encontrado en el maletín, aquel acordó un registro del maletín ajustado a lo establecido en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, pues, dado que la empleadora no tiene constituida representación legal del personal, intervino otra trabajadora diferente a las que hasta ese momento eran las dos conocedoras de los hechos. [...] No resultaba óbice alguno para la legitimidad del registro la ausencia del propietario del maletín [...] en casos, como el de autos, en que cuando se inició el registro del maletín su propietario ni siquiera estaba identificado, y en que el registro se llevó a cabo, entre otras cosas, para conseguir esa identificación, que se consiguió cuando aparecieron documentos con notas manuscritas que la trabajadora encargada del registro reconoció como de la letra de la demandante” (FD 2º);

- “[...] el intento de ajustarse al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores no puede tener éxito pues la exigencia causal justificativa del registro es que sea necesario para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, y esa necesidad solo ha surgido en el caso a resultas del ilegítimo acceso inicial, cuya ilegitimidad, en consecuencia, emponzoña la legitimidad del posterior registro. O sea, el posterior registro ni vale para subsanar el acceso inicial ilícito ya consumado, ni sus formas lícitas convalidan su causa en cuanto está contaminada por dicho acceso inicial ilícito” (FD 2º);

- “[...]el hallazgo casual en el ámbito de una relación laboral se produciría cuando, en la ejecución de una actuación legítima desarrollada dentro del círculo de organización de la empresa, inevitablemente se descubren indicios de la comisión de un incumplimiento laboral. Pues bien, en el caso de autos ni la trabajadora que accedió al contenido del maletín lo hizo en ejecución de sus obligaciones laborales, sino por propia iniciativa, ni el descubrimiento era inevitable: ello solo ocurriría si el bolso estuviera abierto y, sin necesidad de manipularlo, se observase la existencia de unos documentos en su interior” (FD 2º);

- “[...] En el caso de autos, la prueba no se ha obtenido de manera instrumental, pero la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta al núcleo axiológico primordial de la privacidad, y, además, existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración con el fin de que no se reiteren en el futuro situaciones similares” (FD 2º);

- “Conclusión: atendiendo al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [...], y a su trasunto en el artículo 90.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social [...], la prueba del registro del maletín es una prueba ilícita, no tanto directamente, pues en su práctica se han cumplido las exigencias formales del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino indirectamente ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín, constituyendo fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*)” (FD 2º);

- “[...] la ilicitud de la prueba [...] deja sin prueba la causa del despido” (FD 4º.2);

- “[...] el efecto que la ilicitud de la prueba produce sobre la calificación del despido [...]es] una cuestión muy polémica que ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales y doctrinales, una de ellas considerando que la nulidad de la prueba conduce a la nulidad del despido (tesis de la irradiación), y otra considerando que ambas cuestiones se mueven en planos diferentes, una es procesal y otra es sustantiva (tesis de la

independencia). A ellas se une una tercera que apunta a distinguir supuestos, que nos parece la tesis más prudente a la vista de la diversidad de la casuística. De hecho, la STC 61/2021, de 15 de marzo, ha rechazado ofrecer una interpretación constitucional de alcance general, y en el caso concreto consideró razonable desde la perspectiva de la motivación de las sentencias y del derecho a la tutela judicial efectiva, una interpretación de la legalidad ordinaria según la cual (insistimos: en el caso) la nulidad de la prueba no conducía a la del despido” (FD 4º.3);

- “[...] en el caso de autos hay varios elementos relevantes. El más significativo es el de que la vulneración del derecho fundamental se produjo sin intervención de la empleadora, esto es, fue una trabajadora la que accedió al contenido del maletín sin que mediara orden de la empleadora, ni estuviera ello entre sus funciones. Al mismo tiempo, esa trabajadora actuó de buena fe, sin ánimo de vulnerar el derecho fundamental a la privacidad de quien fuera el propietario del maletín. Conocida esta situación por el secretario de la empleadora, este acuerda, con la finalidad legítima de aclarar todas las circunstancias, un registro posterior ajustado a las exigencias formales legalmente establecidas que permite en efecto constatar las irregularidades cometidas e identificar a la propietaria del maletín” (FD 4º 3);

- “[...] la decisión de despedir nace de la constatación de unas irregularidades y de la identificación de la trabajadora demandante gracias al registro del maletín que no es una prueba directamente ilícita, e incluso presenta apariencia formal de ajuste a la legalidad, sino que su ilicitud es contaminación de la ilicitud del acceso inicial al maletín, que ni fue buscado por la empresa, ni obedeció a un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora implicada, de donde, en estas circunstancias, la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, lo que permite descartar en la decisión de despedir el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante, ni dicho efecto se produce, por más que la ilicitud de aquellas pruebas impidan su utilización para acreditar la causa” (FD 4º.3);

- “[...] en el caso de autos la nulidad de la prueba no afecta a la calificación del despido, que, precisamente por la falta de prueba derivada de la nulidad del acceso y registro del maletín, se calificará como improcedente” (FD 4º.3);

- “Coincidimos con la trabajadora demandante en que la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por daños y perjuicios y en que, de no acreditarse otros daños físicos o psíquicos, cuando menos procede una indemnización por el daño moral que la vulneración de cualquier derecho fundamental produce en la medida en que se afecta a la dignidad de la persona” (FD 5º);

- “[...] el objeto de la indemnización no es aquí la pérdida del puesto de trabajo, o los daños y perjuicios inherentes, pues el despido no tuvo como móvil la vulneración de derechos fundamentales, ni produjo ese efecto, de ahí que lo hayamos calificado como improcedente, sino que lo que aquí se indemnizará son los daños y perjuicios derivados de la obtención de unas pruebas ilegítimas y por su aportación al acto del juicio oral” (FD 5º);

- “Unas pruebas ilegítimas que, además, no lo fueron porque hubiera un ánimo de vulneración de derechos fundamentales en su obtención, ni por parte de la empleadora ni por parte de la trabajadora que inicialmente accedió al contenido del maletín, sino porque, aun sin ánimo vulnerador, produjeron el efecto de vulnerar derechos fundamentales. Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante” (FD 5º).

IX. Comentario

1. Sobre la ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales

La sentencia disecciona con gran precisión y acierto los dos momentos de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de la trabajadora despedida (art. 18.1 CE) por el registro ilegítimo de su maletín, realizado inicialmente

por otra trabajadora receptora del maletín por propia decisión, sin que mediara orden de la empresa que desconocía el hallazgo del maletín registrado y su contenido, y, posteriormente, por la empresa, una vez que adquirió conocimiento del hallazgo del maletín y de su contenido, consistente en documentación relativa a la empresa. La trabajadora fue despedida por el incumplimiento contractual acreditado con los documentos habidos en el registro ilícito del maletín de su propiedad.

La sentencia no duda de la vulneración del derecho fundamental “a la privacidad” - realmente, a la intimidad personal- de la trabajadora producido por la intromisión ajena en un objeto de su propiedad, sin su consentimiento y al margen de las previsiones legales, que restrictivamente autorizan los registros sobre los “efectos particulares” de los trabajadores por su estricta necesidad “para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa” (art. 18 ET), que en el caso no concurrieron, pues no existieron factores objetivos o indicios racionales de afectación que conectasen el bolso con dichas previsiones legales y no existía la más mínima sospecha de la existencia de un incumplimiento contractual por la persona que resultara ser propietaria del maletín. Su construcción es inicialmente firme y está firmemente apoyada en su declarada defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores. Descarta bien la sentencia que el desconocimiento de esa persona, o la finalidad de llegar a su conocimiento o al del contenido del maletín, sean razones tenidas en cuenta por el legislador para habilitar excepcionalmente los registros: “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares [...]” (art. 18 ET). La justificación causal del registro, por su necesidad para la defensa del patrimonio empresarial, emergió posteriormente, cuando se practicó por la empresa, pero emergió como consecuencia del primer registro ilegítimo acometido por la trabajadora, y esa ilegitimidad contamina o “emponzoña la legitimidad del posterior registro”. La conclusión que alcanza la sentencia no excusa el análisis de la posible legitimidad de la prueba (doctrina del hallazgo casual, doctrina *Falciani*, traídas del ámbito jurídico-penal), que resuelve en sentido negativo, sin dejar de afirmar, con criterios de la jurisprudencia constitucional, que, en el caso, “la violación del derecho fundamental es de tal intensidad que afecta al núcleo axiológico primordial de la privacidad, y, además, existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración con el fin de que no se reiteren en el futuro situaciones similares”. Para acabar afirmando, más matizadamente, que la prueba del registro del maletín es una prueba ilícita, “no tanto *directamente*”, pues en su práctica por la empresa “se han cumplido las exigencias formales del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino *indirectamente* ilícita en cuanto contaminada con la ilicitud del acceso inicial al maletín” por la trabajadora, “constituyendo fruto del árbol envenenado”. Aplicando esta doctrina de exclusión de medios probatorios conectados a la primera prueba viciada, también procedente de la dogmática procesal penal estadounidense, la sentencia deslinda la ilegitimidad del registro inicial de la trabajadora y la ilegitimidad del posterior registro empresarial “más detallado”.

La sentencia da por supuesta la lesión de derechos fundamentales de los trabajadores por otros trabajadores. Es su presupuesto conceptual. Pero, formulada la conexión de antijuridicidad entre la fuente de la prueba y el medio de prueba, descarta insertar la conducta lesiva de la trabajadora en el círculo de organización de la empresa. Al contrario, desarrollando su argumentación de la mano del relato fáctico, destaca que aquella conducta lesiva inicial -el acceso inicial al contenido del maletín-, respondió, sin mediar orden de la empresa, a la libre decisión de la trabajadora -por sus dudas sobre el contenido del maletín-, que la llevó a cabo al margen de la ejecución de sus obligaciones laborales. Nada pudo hacer la empresa para evitar la infracción constitucional. La empresa protagoniza autónomamente la lesión constitucional con su segundo registro, formalmente acompasado ya al art. 18 del ET, del que incluso la sentencia dirá más adelante que tuvo una “finalidad legítima (FD 4º.3), pero contaminado por la ilegitimidad del primero.

En aquella lesión originaria del derecho fundamental producida por la trabajadora, que, se recordará, afectó “al núcleo axiológico primordial de la privacidad” de la trabajadora despedida (FD 2º), la sentencia introduce la buena fe o la ausencia de

ánimo lesivo en la trabajadora causante, que es el *leitmotiv* de su motivación, para rechazar, con toda corrección constitucional, pero con firmeza solo respecto de ese registro inicial -respecto del registro empresarial habrá matizaciones, no respecto de la falta de ánimo lesivo, que se refuerza, sino de la causación de la lesión constitucional, que se debilita-, que esa ausencia de ánimo lesivo de un derecho fundamental impida la lesión, que, según jurisprudencia constitucional reiterada, es un resultado objetivo, que no requiere de “la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo”, ni de “la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma” (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 9, con cita de otras anteriores, y continuada en las posteriores)^[2]. Y deja dicho, en un *obiter*, que la ausencia de ánimo lesivo “obviamente sería una circunstancia muy relevante si de lo que aquí se tratase es de decidir sobre una sanción a la trabajadora en cuestión”.

2. Sobre los efectos de la prueba ilícita en la calificación del despido; y su improcedencia

La sentencia busca aquí un juicio prudencial, que propugna de aplicación a cada caso atendiendo a sus circunstancias, alejado de doctrinas de alcance general sobre la existencia o inexistencia de “consecutividad lógica y jurídica”^[3] o de “correlación entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido”^[4].

De la STC 61/2021, de 15 de marzo, que abrió la caja de los truenos al negar que de la nulidad de la prueba practicada con violación de derechos fundamentales resultase la del despido producido “con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” (art. 55.5 ET)^[5], precisa la sentencia comentada que rechazó “ofrecer una interpretación constitucional de alcance general”^[6], limitando sus efectos a considerar razonable en el caso concreto, con el canon de enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial efectiva y a la motivación de las sentencias (art. 24.1 CE) “una interpretación de la legalidad ordinaria según la cual (insistimos: en el caso) la nulidad de la prueba no conducía a la del despido” (FD 4º.3).

Ciertamente, la STC 61/2021 dijo que el objeto de su enjuiciamiento era resolver si la nulidad del despido era una consecuencia constitucionalmente derivada del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE) (FJ 1). Pero también dijo que “no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE” (FJ 3). Y en el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Galicia, ahora comentada, la nulidad del despido se plantea como consecuencia de la vulneración del derecho sustantivo a la intimidad personal de la trabajadora despedida (art. 18.1CE), ajena, desde luego, al canon de motivación razonable, no arbitraria y no incurso en error de hecho patente del art. 24.1 CE.

El itinerario argumental de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en esta cuestión principal, insiste en los hechos del caso: la empresa no intervino en el registro ilícito del bolso practicado por la trabajadora; ésta actuó de buena fe y sin ánimo lesivo al proceder al registro, que no estaba entre sus funciones; la empresa acordó un segundo registro acomodado a los requerimientos formales del art. 18 del ET, al que la sentencia atribuye, pese a la contaminación reconocida de su inconstitucionalidad por falta de finalidad legítima, “la *finalidad legítima* de aclarar todas las circunstancias” (FD 4º.3), finalidad que fue efectivamente satisfecha y permitió identificar a la trabajadora propietaria del maletín.

Así las cosas, el despido “nace” de la constatación de las irregularidades cometidas por la trabajadora, identificadas y desveladas por el registro del maletín, una intromisión ilícita en el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la intimidad personal de intensidad intolerable cuando fue cometida por

la trabajadora receptora del maletín, pero convertida en prueba del despido “no” directamente ilícita, sino consecencial a aquella lesión constitucional, cuando la lesión se comete por el registro posterior efectuado por la empresa; que no buscó la lesión primera, que no tuvo en su origen un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora por la otra trabajadora. El móvil del despido fue disciplinario, sancionador del incumplimiento contractual de la trabajadora, *carente de propósito lesivo del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora despedida, ni produjo la violación de su derecho fundamental*, “por más que la ilicitud de aquellas pruebas impidan su utilización para acreditar la causa” (FD 4º.3). Carente el despido de causa, se califica de improcedente. Es la solución alcanzada por otros muchos Tribunales Superiores de Justicia en casos de ilicitud constitucional de la prueba, como puso de manifiesto la STC 61/2021 (FJ 5)^[7].

No entra la sentencia en la consideración de que la prueba nula era la única que acreditaba la causa del despido y de que, siendo única, el despido totalmente desprovisto de prueba de su causa por lesión de derechos fundamentales en la obtención de aquélla podría merecer la calificación de nulidad radical^[8] para evitar el reconocimiento de efectividad alguna a las contravenciones de los derechos fundamentales (el *deterrent effect*), pues, aunque improcedente, el despido se produce, quedando la readmisión a la decisión de la empresa, no desapareciendo los efectos de la prueba ilícita, pese a su nulidad radical. El despido no queda desconectado del derecho fundamental lesionado alegado.

La doble finalidad de la sentencia de suplicación de hacer justicia material ante la completa falta de responsabilidad de la empresa en el registro ilegítimo inicial y las irregularidades contractuales cometidas por la trabajadora despedida, puestas de manifiesto por el registro doblemente ilegítimo -aunque menos ilegítimo el registro empresarial-, y, al tiempo, de hacer efectiva su voluntad proclamada de defensa de los derechos fundamentales y de prevención y disuasión de su vulneraciones, se satisface con la declaración de la ilegitimidad constitucional del registro, directa e indirecta, y de la improcedencia del despido, un despido que lo es, pero indemnizado -a falta de readmisión-, al que se suma la indemnización por daño moral aparejada a la vulneración del derecho fundamental.

La desconexión entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneradora de derechos fundamentales y la nulidad del despido queda consagrada en el caso, y dejada su conexión posible en otros supuestos a la apreciación prudencial de jueces y tribunales a tenor de sus circunstancias.

La nulidad del despido basado en prueba ilícita resultará, según la sentencia, si responde a un móvil lesivo de los derechos fundamentales de los trabajadores o produce vulneración de dichos derechos fundamentales, de la que es elemento relevante el ánimo de vulneración.

En esa interpretación del art. 55.5.1º del ET con efectos generales radica, en mi personal criterio, la debilidad de la construcción argumental de una sentencia tan armada, que no lo es en su aplicación al caso, según resulta de sus razonamientos.

Cierto es que dicho precepto legal, expresión de la libertad del legislador en la configuración de la nulidad del despido, emplea el término “móvil” para declarar nulo el despido “que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley”. Pero acota ese elemento subjetivo, equiparable a la intencionalidad, a las causas de la discriminación prohibida, por tanto a un *móvil discriminatorio*. En lo demás, el legislador califica de nulo el despido que “se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, siendo la violación de los derechos fundamentales un concepto constitucional que, como ha quedado dicho, la jurisprudencia constitucional ha identificado con un resultado objetivo de violación de los derechos fundamentales, que no precisa de ánimo o intencionalidad subjetiva lesiva. Basta una conexión de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo.

La sentencia recurre en dos ocasiones al concepto de buena fe para describir la conducta de la trabajadora que vulneró primeramente el derecho fundamental de la despedida: la trabajadora declaró en el juicio oral que había abierto el maletín “de buena fe” para comprobar su contenido ante sus dudas -pues la persona que se lo entregó había dicho que era un portátil, y al tacto se podía comprobar que no lo era-; la trabajadora actuó “de buena fe”, concepto que equipara con la ausencia de ánimo vulnerador del derecho fundamental (FFDD 2º y 4º.3), y que afortunadamente la sentencia abandona, ya que no es un concepto constitucional, de efecto confirmatorio o limitativo del ejercicio de los derechos fundamentales, por arraigado que esté en la tradición de nuestro Derecho (art. 7.1 CC). Y lo sustituye por el de ausencia de ánimo lesivo, ¿sin el cual el derecho fundamental no quedaría comprometido?

Adviértase que, en la sentencia, la ausencia de ánimo lesivo no excluye la lesión del derecho fundamental en la obtención ilícita de la prueba: la ausencia de ánimo de vulneración de la trabajadora no “purifica el acceso que, en ese momento inicial, no se encontraba avalado por la habilitación contemplada en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores” (FD 2); unas “pruebas ilegítimas que, además, no lo fueron porque hubiera un ánimo de vulneración de derechos fundamentales en su obtención, ni por parte de la empleadora ni por parte de la trabajadora que inicialmente accedió al contenido del maletín, sino porque, aun sin ánimo vulnerador, produjeron el efecto de vulnerar derechos fundamentales” (FD 5º). La cuestión es si la ausencia de ánimo lesivo excluye en la sentencia comentada la lesión autónoma del derecho fundamental por el acto de despido, ya lesionado por la obtención de su prueba, y, en consecuencia, su nulidad. En el caso, la decisión de despedir, afirma la sentencia, nace de la constatación de unas irregularidades y de la identificación de la trabajadora demandante gracias al registro del maletín que no es una prueba directamente ilícita, e incluso presenta apariencia formal de ajuste a la legalidad, sino que su ilicitud es contaminación de la ilicitud del acceso inicial al maletín, que ni fue buscado por la empresa, ni obedeció a un móvil de vulneración de la privacidad de la trabajadora implicada, de donde, en estas circunstancias, la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador, *lo que permite descartar en la decisión de despedir el propósito de vulnerar la privacidad de la trabajadora demandante, ni dicho efecto se produce [...] (FD 4º.3). Se consuma la desconexión de la nulidad del despido de la nulidad su prueba ilícita.*

Es decir, que si, volviendo al plano de los efectos doctrinales de la sentencia, tras la prueba ilícita, la decisión empresarial de despedir no produce el efecto de vulnerar el derecho fundamental o “no se produce con violación de derechos fundamentales” (art. 55.5.1º ET), el despido no es nulo. La cuestión problemática, en su dimensión constitucional, es vincular la falta de lesión constitucional producida por el despido con la falta de ánimo de lesionar de la decisión de despedir sustentada en prueba ilícita.

En esa interpretación de la sentencia, la reducción material o relativización de la efectividad de los derechos fundamentales que produciría la exigencia de que su violación se acompañase de esa intencionalidad subjetiva, de difícil prueba en numerosas ocasiones, no se compadecería con la interpretación hecha por la jurisprudencia constitucional del concepto constitucional que el legislador ha decidido incorporar a la legalidad ordinaria en igual ejercicio de su libertad de regulación de la nulidad del despido, de márgenes amplísimos como sabemos. No obstante, el precepto hoy contenido en el art. 55.5.1º ET respondió al objetivo del legislador de acoger la jurisprudencia constitucional y anudar la sanción de nulidad radical a los actos empresariales, extintivos y no extintivos, causales y no causales, con intencionalidad lesiva y sin ella, pero en todo caso lesivos de los derechos fundamentales de los trabajadores -dicho esto tantas veces por la jurisprudencia constitucional que excusa su cita-. Por lo demás, sabido es que la interpretación de la ley por los jueces y tribunales ha de hacerse de conformidad con la Constitución y las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOPJ). En definitiva, el despido producido con violación de los derechos fundamentales del trabajador no exige el propósito vulnerador del empresario, aunque, como es patente, el despido producido con tal propósito vulnere los derechos fundamentales. La tutela constitucional elaborada por el Tribunal Constitucional

quebraría con una interpretación distinta de la legalidad ordinaria, engarzada en la Constitución.

La interpretación que suscribe la sentencia comentada responde al caso de autos, en el que constata la ausencia de propósito lesivo de la empresa en reiteradas ocasiones, incluso en la obtención de la prueba ilícita -y de la trabajadora que, primero, lesionó el derecho a la intimidad de la trabajadora despedida con total intensidad-, pero, en lo que ahora importa, en su decisión y acto de despido disciplinario. La interpretación de la sentencia fortalece su calificación de la improcedencia del despido basado en la prueba ilícita y nula, pues el despido fue ajeno a todo propósito del empresario de vulnerar el derecho fundamental de la trabajadora a su intimidad personal, y no produjo ese efecto de vulneración constitucional. Como otras sentencias de suplicación, la comentada separa la infracción del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, cometido mediante la obtención de la prueba de los hechos de su despido, de éste que se produjo sin el propósito del empresario de vulnerar dicho derecho fundamental, ni vulneró el derecho.

3. Sobre la indemnización de daños y perjuicios y la ausencia de ánimo lesivo como circunstancia atenuante

La construcción de la sentencia es perfectamente explicativa de su presupuesto y de su aplicación al caso. De su presupuesto, la vulneración de un derecho fundamental lleva aparejada la indemnización por los daños y perjuicios morales que en todo caso causa, ya que “se afecta a la dignidad de la persona”, y además por los daños físicos o psíquicos que se acrediten. En su aplicación al caso, precisa la sentencia que el objeto de la indemnización no son los daños y perjuicios derivados de la pérdida del puesto de trabajo, al ser calificado el despido de improcedente, sino los daños y perjuicios ocasionados por la obtención de las pruebas ilegítimas y por su aportación al acto del juicio oral.

En este momento tan avanzado de la argumentación aparece el último de los elementos clave de la sentencia. Reitera que las pruebas fueron ilegítimas, pero que no hubo ánimo de vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora despedida, ni por parte de la empleadora ni por parte de la trabajadora que inicialmente registró el contenido del maletín. “Y la ausencia de un ánimo de vulneración de derechos fundamentales es circunstancia atenuatoria relevante”. ¿De la cuantificación de la indemnización? ¿De la ilegitimidad de las pruebas? ¿De la lesión de los derechos fundamentales? ¿De la nulidad del despido producido con violación de los derechos fundamentales?

¿Cabe en la vulneración de los derechos fundamentales circunstancias atenuantes de su eficacia y efectividad? ¿Y la incorporación al tipo del ilícito constitucional de un elemento subjetivo con ese carácter? La violación de un derecho fundamental es un acto tan incompatible con la dignidad humana que no consiente atenuantes ni exigencias adicionales de intencionalidad, negligencia, culpa o dolo.

Únicamente en la cuantificación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por su vulneración. La sentencia rebaja la indemnización a 6.000 euros frente a los 60.000 solicitados por la trabajadora recurrente por las razones que aporta. Quizá no sea poca cosa para un derecho fundamental, su contenido esencial y su ámbito existencial de realización.

X. Apunte final. Sobre la ausencia de ánimo de vulneración de los derechos fundamentales por la decisión empresarial de despedir como criterio de desconexión de la nulidad de la prueba ilícita de la nulidad del despido

La sentencia hace una aplicación inteligente de la STC 61/2021, cuyo efecto separador de los efectos de nulidad de la prueba ilícita de la nulidad del despido es su punto de partida. Como en el caso de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 337/2021, de 10 de mayo de 2021^[9], enjuiciada por

aquella sentencia del Tribunal Constitucional, la nulidad de la prueba no conduce a la del despido, sino a su improcedencia, revocándose la declaración de nulidad de los despidos efectuada por los jueces de instancia, y se fija una indemnización de daños y perjuicios para la trabajadora despedida por la vulneración de sus derechos fundamentales causada por la obtención ilícita de la prueba del despido, no por su despido, que ha dejado de ser nulo al no vulnerar, en si mismo considerado, derechos fundamentales.

No obstante, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dice colocarse en una “tercera” corriente doctrinal entre las tesis que denomina de la “irradiación” (la nulidad de la prueba conduce a la nulidad del despido) y de la “independencia” (la nulidad de la prueba es cuestión procesal y la nulidad del despido es sustantiva), y dice optar por distinguir esos efectos según los casos, que “nos parece la tesis más prudente a la vista de la diversidad de la casuística” (FD 4º.3). Se sigue de ello que la solución aquí dada sobre la improcedencia del despido no tiene por qué reproducirse en otros hipotéticos enjuiciamientos de los efectos de la prueba vulneradora de derechos fundamentales en la calificación del despido, que podría ser nulo si vulnera derechos fundamentales del trabajador despedido.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia se obtiene la conclusión de que no son de corto alcance los efectos que pueden extraerse de su doctrina para casos posteriores, ya fijados por otros Tribunales Superiores de Justicia. Del todo claro es, en efecto, que “cuando la decisión de despedir presenta un móvil disciplinario y el efecto buscado con tal despido es solo un efecto sancionador”, móvil y efecto que hay que reconocer propios de todo despido disciplinario, pero, sobre todo, cuando ese móvil y ese efecto permiten descartar de la decisión de despedir todo propósito empresarial de vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores, “ni dicho efecto se produce” (FD 4ª.3), la ilicitud de las pruebas vulneradoras de derechos fundamentales, impositiva de su utilización procesal para acreditar la causa del despido, no conduce a su nulidad, y sí a su improcedencia o a su procedencia (si existiesen otras causas lícitamente acreditadas). La sentencia de suplicación de la Sala de Madrid, antes citada, había razonado, en su caso, que, puesto que no se había probado que “la decisión extintiva acordada por la empresa demandada, en si misma considerada, pretendiera la vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas de la trabajadora, ni que el móvil del empresario al acordar el despido respondiera a una causa vulneradora de esos derechos fundamentales”, el despido no podía llevar aparejada la nulidad, “no pudiendo de esta manera confundirse el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba [...] de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción” (FD 2º).

La ausencia de ánimo vulnerador de los derechos fundamentales en la decisión de despedir no anula el criterio, mas apropiado, de que la vulneración de derechos fundamentales no se produzca objetivamente con la decisión de despedir para separar el despido de la sanción de nulidad. Pero no puede desconocerse que, en la sentencia, este criterio, que es el que incorpora el art. 55.5.1º ET y se corresponde con la doctrina constitucional, se empaña u oscurece por la aparición, en primer plano y con gran fuerza definitoria, del ánimo vulnerador empresarial, cuya inexistencia y desconexión con el despido acarrearía como consecuencia la desconexión del despido con la nulidad de su prueba constitucionalmente ilegítima y cuya existencia produciría la solución contraria. Advertidos sus problemas conceptuales, no pueden dejar de advertirse ahora los que podrán generarse en su aplicación concreta, problemas que precisamente trató de evitar la configuración objetiva de la lesión de los derechos fundamentales por la jurisprudencia constitucional. Esta construcción doctrinal responde al objetivo de la sentencia de facilitar la distinción entre los despidos de efecto disciplinario de los despidos disciplinarios de efecto lesivo de derechos fundamentales, basados en una prueba ilícita obtenida con vulneración de esos derechos fundamentales de los trabajadores despedidos; esto es, al objetivo de hacer transitable y efectiva esa “tercera” vía a la que responde la sentencia, y por la que ya han transitado tras, elevando a categoría identificativa de la vulneración de derechos

fundamentales por el despido, y de su consiguiente nulidad, el ánimo o propósito lesivo del empresario. No obstante, ese elemento subjetivo de la vulneración de los derechos fundamentales no es necesario para que la vulneración se produzca, lo que la sentencia reconoce sin razonamiento alguno. El peso hermenéutico se lo lleva el propósito de vulneración.

Tampoco puede dejar de advertirse la diferente argumentación de la sentencia a propósito del valor de la intencionalidad lesiva de los derechos fundamentales, cuya ausencia no excluye la lesión constitucional en la obtención de la prueba al margen de la habilitación legal de los registros de los efectos particulares de los trabajadores, aunque rebaje la intensidad de la lesión empresarial, pero puede excluir la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales de la persona despedida. La ilicitud de las pruebas impiden su utilización para acreditar la causa del despido, y la ausencia de propósito empresarial de vulnerar el derecho fundamental de la trabajadora mediante su despido, derecho fundamental vulnerado por la obtención de la prueba, excluye la nulidad del despido.

Ad casum, la ponderación de la sentencia alcanza los equilibrios ya comentados, dignos de ser resaltados. Y toda su construcción, muy potente sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales, merece ser seguida con la máxima atención.

Finalmente, no es de extrañar que, pese a vivir tiempos en que la fundamentalidad se ha hecho global (art. 10.2 CE), destacadamente en cuestiones relativas a los derechos de privacidad de las personas frente al imparable proceso tecnológico, globalidad a la que ha contribuido la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, la sentencia no recurra a decisiones del TEDH. Sabido es que dicho Tribunal ha advertido en su jurisprudencia que, aunque el artículo 6 del CEDH garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de las pruebas como tales, que es fundamentalmente una cuestión que debe regularse en la legislación nacional (véase *Schenk c. Suiza*, 12 de julio de 1988, § 45, Serie A Nº 140, y *García Ruiz c. España* [GC], nº 30544/96, § 28, ECHR 1999-I). En consecuencia, no corresponde al TEDH determinar, como cuestión de principio, si determinados tipos de pruebas - por ejemplo, las pruebas obtenidas ilegalmente en virtud del derecho interno - pueden ser admisibles. La pregunta que debe responderse es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvieron las pruebas, fue justo. Esto implica un examen de la ilegalidad en cuestión y, cuando se trate de la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la violación constatada (véase *P.G. y J.H. c. el Reino Unido*, § 76, y *Gäfgen c. Alemania* [GC], nº 22978/05, § 163, CEDH 2010). Consúltense *López Ribalda c. España II* 17 octubre 2019 [GC] § 149 y § 159, demandas nº 1874/13 y 8567/13.

Referencias:

1. [^] *De la Sala Primera, aprobada con el voto particular de una magistrada. Precedida de STC 97/2019, de 16 de julio, del Pleno, que calificó la prueba ilícita, obtenida con vulneración de derechos fundamentales de problema de mera legalidad ordinaria, respecto del que el Tribunal Constitucional ha de limitarse estrictamente a “determinar si la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en relación con” el artículo 11.1 de la LOPJ “resulta compatible con las exigencias constitucionales que dimanar del art. 24.2 CE” (FJ 5). La sentencia suscitó la crítica generalizada de la doctrina procesalista.*
2. [^] *A excepción del derecho fundamental a la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), que protege frente a la adopción por el empleador de “medidas intencionales de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la*

- tutela de sus derecho” (STC 138/2015, de 10 de septiembre, FJ 3, por todas).
3. ^ SSTC 114/1984, FJ 1; 61/2021, FJ 3.
 4. ^ STC 61/2021, FJ 5.
 5. ^ Frente a la STC 196/2004, cit.
 6. ^ Se refiere la sentencia comentada al FJ 5 de la STC 61/2021. Mas exacto sería decir que dicha sentencia rechazó ofrecer una interpretación constitucional, situando el art. 55.5 ET en el terreno de la legalidad ordinaria, pese a su referencia a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador sancionada con la nulidad “radical” del despido disciplinario, cuya interpretación por la sentencia recurrida en aquel recurso de amparo la STC 61/2021 enjuició con un “control externo”, sin dejar de referirse a la falta de “un pronunciamiento del máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1 CE)”.
 7. ^ Vid. la sentencia núm. 1211/2020, de 6 de octubre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, anulada por STC 119/2022, de 19 de septiembre, del Pleno, por vulnerar los derechos de la empresa a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con el voto particular de cinco magistradas y magistrados.
 8. ^ Tesis del Ministerio Fiscal en la STC 61/2021 y, en parte, de su voto particular.
 9. ^ ECLI:ES:TSJM:2021:5357.